

ANNALI
DELLA FACOLTA' GIURIDICA
DELL'UNIVERSITA' DI CAMERINO



VOL. XII (nuova serie)

CAMERINO
2023

A N N A L I
DELLA FACOLTA' GIURIDICA
DELL'UNIVERSITA' DI CAMERINO

VOL. XII (nuova serie)

COMITATO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE

Ignazio Buti, Ignacio De Cuevillas Matozzi, Antonietta di
Blase, Luigi Ferrajoli, Giulio Illuminati, Fabian Klinck, Luigi
Labruna, Franco Modugno, Pietro Perlingieri, Antonino
Procida Mirabelli di Lauro, Francesca Reduzzi, Ingo
Reichard, Rosalía Rodríguez López, Martin Josef Schermaier

DIRETTORE SCIENTIFICO

Prof. Rocco Favale

COMITATO DI REDAZIONE

Rocco Favale, Felice Mercogliano, condirettori;
Maria Pia Gasperini, Maria Paola Mantovani, Marta Cerioni,
Antonella Merli, Agostina Latino, Stefano Testa Bappenheim

CONTATTI

rocco.favale@unicam.it – felice.mercogliano@unicam.it

SEGRETERIA

Scuola di Giurisprudenza - Università degli Studi di
Camerino Via D'Accorso c/o Campus Universitario
I - 62032 Camerino (MC)

La Rivista subordina la pubblicazione dei contributi alla
valutazione positiva mediante referaggio esterno in forma anonima.

ISSN (on line): 2281-3063

Copyright: Scuola di Giurisprudenza. Università di Camerino.

SOMMARIO

STUDI

MARIA FEOLA, <i>Il rapporto obbligatorio al confine tra contratto e torto</i>	11
PAOLO BIANCHI, <i>Appunti in tema di rei vindicatio nel conflitto intersoggettivo</i>	49
PAOLA LAMBRINI, <i>I rimedi contro la violenza morale tra ordinamenti moderni e diritto romano</i>	87
FELICE MERCOGLIANO, <i>Sui fondamenti dell'azione redibitoria nel diritto romano (e altrove)</i>	103
CARLA GULOTTA, <i>The Future of Multilateralism and Mega-Agreements: The Hinge Function of GATT Article XXIV</i>	133
JACOPO ALCINI, <i>Profili etici del trattamento algoritmico dei dati nel contenzioso giudiziario</i>	167
MARIA GIULIA ORTOLANI, <i>La giustizia predittiva nell'ordinamento giuridico italiano e nei principali ordinamenti di common law</i>	213

NOTE

PIERANGELO BUONGIORNO, <i>Tacito, il diritto e la storia di Roma nella storiografia del secondo Dopoguerra: un itinerario</i>	243
ROCCO FAVALE, FABIAN KLINCK, SINEM YALCIN, <i>Difetto di prestazione di viaggio e rimedi a favore del turista nel diritto tedesco</i>	269
MARIA PAOLA MANTOVANI, CLAIRE-MARIE PÉGLION-ZIKA, <i>L'inesatta prestazione nel contrat du voyage à forfait e il sistema rimediale nel diritto francese</i>	297

FEDERICO LUBIAN, FILIPPO VIGLIONE, <i>Responsabilità dell'operatore turistico: il modello statunitense</i>	333
FRANCESCA BENATTI, <i>La responsabilità dell'operatore turistico nel diritto inglese</i>	359
DAVID F. ESBORRAZ, <i>La responsabilità dell'operatore turistico per inadempimento del dovere d'informazione nel diritto argentino</i>	383
JUAN ESPINOZA ESPINOZA, <i>Responsabilità civile e amministrativa del fornitore di servizi turistici nell'ordinamento giuridico peruviano</i>	415
ROBIN ANSTÖTZ, <i>Die Anwendung der zivilrechtlichen Generalklauseln (§§ 242, 138 BGB) durch die Rechtsprechung im Nationalsozialismus. ‚Einfalltore‘ für die nationalsozialistische Weltanschauung?</i>	441
FLORIAN STRÜBIG, <i>Nationalsozialistische Gesetzgebung auf dem Gebiet des Arbeitsrechts</i>	477
CLEMENS GRABE, <i>Hans Welzel – In den Jahren 1935-1938</i>	509

LETTURE

LAURA SOLIDORO, <i>Dalla dominicalità al neoproprietarismo. Storia e narrazioni di un percorso</i> , Torino, Giappichelli, 2023 (Felice Mercogliano)	537

RASSEGNE

GAETANO ANZANI, <i>L'“ingiustizia del danno” in una relazione qualificata. Per un nuovo confine tra le due specie di responsabilità</i> (Pisa, Edizioni ETS, 2023), p. 300 [R.F.]	541
MARTA BEGHINI, <i>La divisione giudiziale della comunione non ereditaria. Studio sulla funzione dell'adiudicatio</i> (Roma, Roma Tre Press, 2023), p. 217 [F.M.]	542
LUIGI CAPOGROSSI COLOGNESI, <i>Le vie del diritto romano</i> (Bologna, il Mulino, 2023), p. 260 [F.M.]	543
ANTONIO DE PETRIS, <i>Il principio servitus in faciendo consistere nequit e la categoria dell'onere reale nella tradizione romanistica</i> , (Bologna, University Press, 2023) p. 348 [F.M.]	544

LORENZO GAGLIARDI, <i>Romam commigrare. I Romani, i Latini e l'immigrazione</i> (Milano, Giuffrè, 2023), p. xvi, 279. [F.M.]	545
MAXIMILIAN GERHOLD, <i>Anwaltliche Berufsausübung im Dienste des Rechtsstaats. Eine grundrechtsdogmatische deutsch-französische Studie</i> (Tübingen, Mohr Siebeck, 2023), p. XXIX, 552 [R.F.]	546
GORDON KARDOS, <i>Alternative Dispute Resolution für Verbraucherstreitigkeiten. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum englischen und deutschen Recht</i> (Tübingen, Mohr Siebeck, 2023), p. XXVII, 465 [R.F.]	547
UWE KISCHEL E MICHAEL RODI (edited by), <i>Driving without a Driver, Autonomous Driving as a Legal Challenge. Proceedings of the 38th Congress of the Society of Comparative Law in Tübingen, September 29 to October 1, 2022</i> (Tübingen, Mohr Siebeck, 2023), p. VII, 175 [R.F.]	548
PAOLA LAMBRINI (a cura di), <i>Le obbligazioni naturali tra dogmi antichi e nuovi interrogativi</i> (Napoli, Editoriale Scientifica, 2023), p. 146 [F.M.]	549
PAOLA LAMBRINI, <i>Persistenze e mutamenti nelle figure del diritto privato</i> (Napoli, Jovene editore, 2023), p. viii, 239 [F.M.]	550
FRIEDRICH MÜNZER, 'Die Entstehung des römischen Principats' e altre conferenze münsterane, con una nota di lettura di Pierangelo Buongiorno (Napoli, Jovene, 2023), p. xxxvi, 112 [F.M.]	551
NICOLA RIZZO, <i>La causalità civile</i> (Torino, Giappichelli, 2022), p. xii, 366 [R.F.]	552
UMBERTO VINCENTI, <i>Dalla retorica al diritto</i> (Pesaro, Intra, 2023), p. 121 [F.M.]	553
Elenco Autori	554

STUDI

MARIA FEOLA*

IL RAPPORTO OBBLIGATORIO AL CONFINE TRA CONTRATTO E TORTO**

SOMMARIO: 1. Gli obblighi di protezione “autonomi”. Dall’“obbligazione senza prestazione” alla “prestazione senza obbligazione”. – 2. Le oscillazioni della giurisprudenza italiana: a) “contatto sociale” e “contrattualizzazione” della responsabilità nell’ambito dei diritti civile e amministrativo. – 3. *Segue.* b) L’opposto orientamento della Cassazione che, sulla base del principio del concorso, “de-contrattualizza” gli obblighi di protezione pur in presenza di un contratto. – 4. Le interferenze tra le due specie della responsabilità civile ed il principio di fungibilità o di equivalenza tra le soluzioni. Le vicende della responsabilità precontrattuale. – 5. Gli obblighi di protezione “autonomi”, ma “connessi” ad una prestazione prevista, dalla legge, come non dovuta.

1. *Gli obblighi di protezione “autonomi”. Dall’“obbligazione senza prestazione” alla “prestazione senza obbligazione”*

La scienza giuridica italiana ha iniziato a interrogarsi, da qualche tempo, sui rapporti tra illecito civile e obbligazione¹ e, più in generale,

* Professore ordinario di Diritto privato comparato nel Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Napoli Federico II.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

¹ Il dibattito, introdotto, in Italia, da C. CASTRONOVO, *L’obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 191 ss., è oggi più vivace che mai: v., in particolare, oltre agli A. cit. *infra*, i contributi di S. MAZZAMUTO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in

sulle mobili² e nobili³ frontiere⁴ delle responsabilità contrattuale e delittuale⁵. La circolazione soprattutto dei modelli dottrinali germanici ha indotto a parlare, sempre più frequentemente, di un fenomeno di “contrattualizzazione” della responsabilità aquiliana⁶ o, quanto meno, dei danni alla persona e al patrimonio⁷. Espressione, questa, tuttavia contestata, là dove celerebbe l'intento di contrassegnare come non autentico l'effetto conseguito attraverso il ricorso all'estensione del concet-

Europa e dir. priv., 2012, p. 437 ss.; L. NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, *ivi*, 2014, p. 45 ss.; F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione “autonomi”*, *ivi*, 2014, p. 109 ss.; ID., *“Contatto sociale” e affidamento*, Milano, 2021, p. 26 ss.; M. FEOLA, *L'obbligazione come rapporto complesso*, in H. STOLL - R. FAVALE - M. FEOLA - A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'obbligazione come rapporto complesso*, Torino, 2016, p. 84 ss., nonché, oltre alla traduzione del celeberrimo saggio di H. STOLL (*Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *AcP*, 136, 1932, pp. 257-320) *Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto*, *ivi*, p. 2 ss., i contributi di R. FAVALE, *Il rapporto obbligatorio e la dottrina degli obblighi di protezione nel modello tedesco*, *ivi*, p. 58 ss., e di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Obbligazione - Prestazione - Protezione*, *ivi*, p. 206 ss.

² Per tutti, F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 1 ss.

³ C. CASTRONOVO, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, p. 539 ss.

⁴ Aspetto, questo, evocato in molteplici contesti: ad es., F.D. BUSNELLI, *Nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Jus*, 1976, p. 62 ss.; S. RODOTÀ, *Le nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, Milano, 1988, p. 22 ss.; M. LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 85 ss.

⁵ Significativo, in proposito, il contributo di R. SACCO, *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di G. Visintini, Milano, 1984, p. 155 ss.; P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale (Analisi comparata di un problema)*, Padova, 1989, p. 79. Oltre agli studi citati *infra*, cfr. il pensiero, sempre attuale, di R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 670 ss.

⁶ Tra i tanti, A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, Torino, 2002, p. 22.

⁷ Ancor prima della svolta giurisprudenziale del '99, cfr. U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. di dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 1991, p. 673 ss.; F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, Milano, 1993, p. 130 ss.

to di obbligazione⁸ o, comunque, di ribadire la primazia⁹ della disciplina della responsabilità delittuale nella tutela della sfera giuridica della persona.

Questa locuzione, però, più che ipotizzare una prospettiva aquiliano-centrica che indurrebbe a ravvisare nella responsabilità delittuale pur sempre il genere, e nella responsabilità contrattuale soltanto la specie¹⁰, e che si proporrebbe di escludere da quest'ultima ogni peggioramento dello *statu quo*¹¹ della persona e del suo patrimonio che non sia determinato dalla violazione dell'aspettativa contrattuale¹², sembra definire con efficacia un fenomeno storicamente determinato e, cioè, il recente espandersi, anche in Italia, sulla scia di influenze sorte in altre esperienze europee¹³, sia dell'idea (e della nozione) di obbligazione come rapporto complesso¹⁴, sia dei confini della responsabilità contrattuale, la quale tende oggi a inglobare settori che, in precedenza, erano disciplinati sulla base delle regole dell'illecito aquiliano. I beni della vita, dell'integrità psico-fisica della persona e della proprietà, un tempo tutelati primaria-

⁸ Così, L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, p. 5 s.

⁹ Che, come rileva opportunamente G. PONZANELLI, *Responsabilità civile e mercato finanziario*, in *Danno e resp.*, 2002, p. 98, può tradursi in una sorta di "imperialismo". Discorre di una "crisi" della tradizionale partizione, auspicando il suo superamento, F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 539 ss.

¹⁰ In argomento, F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»*, cit., p. 539 ss.

¹¹ Si preferirà questa locuzione, rispetto a quella assai più usata, di "status quo", in quanto abbreviazione dell'espressione latina «*in statu quo ante (o prius) o nunc*» (così, G. DEVOTO e G.C. OLI, *Il dizionario della lingua italiana*, Firenze, 1995, p. 1932, «statu quo»).

¹² Sulla scia di S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, pp. 159 ss., 203 ss., rileva che «il mero peggioramento dello *status quo*» rappresenta una «tipica situazione delittuale», P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. Sacco, 3, Torino, 1998, p. 686.

¹³ Sull'esperienza francese e, in particolare, sulle differenze che la caratterizzano rispetto a quella tedesca, M. FEOLA, *L'obbligazione come rapporto complesso*, cit., p. 115 ss.; EAD., *Le obbligazioni di sécurité*, Torino, 2012, p. 63 ss. e *passim*.

¹⁴ Oltre agli A. citt. in nt. 1, cfr. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'obbligazione come rapporto complesso*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 910 ss.

mente, se non esclusivamente, sul piano della responsabilità delittuale, vengono attratti al diritto dei contratti allorché l'esigenza di proteggerli sorge "a causa" e/o "in occasione" del rapporto obbligatorio. Quindi, se la mera violazione dell'aspettativa contrattuale è situazione considerata come contrattuale, e se il solo peggioramento dello *statu quo* evoca una tipica situazione delittuale, la lesione dello *statu quo* mediante la violazione dell'aspettativa contrattuale non «è riconosciuta come situazione autonoma»¹⁵, ma riguarda un'area d'incrocio e di interferenza tra le due specie della responsabilità civile che può dar luogo, sulla base delle caratteristiche strutturali, sistematiche e storico-culturali dei diversi diritti, all'espansione dell'una o dell'altra.

La posizione della dottrina italiana, oggi, è quanto mai articolata.

Da un lato, vi è una parte consistente della letteratura giuridica e, soprattutto, della giurisprudenza che è rimasta fedele all'opzione extracontrattuale. Secondo un consolidato insegnamento, infatti, un dovere generale di protezione (*ex art. 1175 c.c.*) rappresenterebbe un'inutile duplicazione di quanto già disposto dalla normativa in tema di responsabilità extracontrattuale, perché tale disciplina garantisce comunque tutela a tutte le ipotesi che normalmente vengono ricondotte alla lesione del dovere di protezione¹⁶. Questa costruzione, anzi, costituirebbe una soluzione di dubbia legittimità, là dove determinerebbe un aggravamento della posizione processuale dell'autore del danno, non giustificabile secondo il nostro diritto¹⁷. La dottrina che propone la «terza via della responsabilità da contatto» è stata poi sottoposta ad una critica serrata¹⁸. La «strategia» di spostare in ambito contrattuale «la complessità sociale e le fenomenologie di danneggiamento» che sono proprie del campo

¹⁵ Testualmente, P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, cit., p. 17 s.

¹⁶ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 159 ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* Cicu e Messineo, XVI, t. 1, Milano, 1984, p. 24 ss.

¹⁷ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., pp. 159 ss., 203 ss.

¹⁸ Da parte, soprattutto, di M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, pp. 65 ss., 77 ss.

extracontrattuale 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 assoluti¹⁹.

D'altro lato v'è una considerevole divaricazione di orientamenti pur all'interno della corrente che ravvisa l'esistenza di «doveri di protezione, il cui fondamento, se non la volontà delle parti, è l'integrazione (del contenuto) del contratto *ex fide bona*»²⁰. A fronte di un noto indirizzo che, attraverso l'estensione in via analogica della regola di buona fede oggettiva (*ex artt. 1175 e 1337 c.c.*) e di una responsabilità da affidamento fondata sullo *status* ha operato una generalizzazione del modello dell'obbligazione senza prestazione²¹, si è rilevato che la dottrina degli obblighi di protezione «ancora regge ed è compatibile con il concetto della obbligazione, quale obbligo di prestazione», allorché «la protezione è pur sempre funzionale e comunque connessa alla prestazione e, in ogni caso, (anche) dovuta in previsione di essa», ove si tratti di danni cagionati in occasione di un «contratto non concluso o invalido o successivamente risolto»²². D'altronde, la configurazione dell'obbligazione come rapporto complesso, «ove rinvenga la sua giustificazione [...] nel principio di buona fede integrativa», non può non essere «ancora “interna” alla teoria del contratto e della obbligazione»²³. Diversamente, verrebbe «ad azzerarsi ogni connessione con la prestazione ove manchi una situazione di rapporto che possa far ritenere come dovuto od esigibile un comportamento da un obbligato “che non c'è”»²⁴. Verrebbe a mancare «ogni parametro che possa consentire di definire la situazione di responsabilità in base a comportamenti promessi, pattuiti o comunque dovuti»²⁵.

¹⁹ Almeno, secondo M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., p. 65 s.

²⁰ A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, p. 62.

²¹ Cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 464 ss.

²² A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., pp. 65 e 62.

²³ A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 62.

²⁴ A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 65.

²⁵ A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 65.

Affermare che «in principio» v'è «dunque la prestazione, cui segue come effetto necessario l'obbligazione»²⁶, non significa configurare «al contrario»²⁷ l'«obbligazione senza prestazione» come «prestazione senza obbligazione», bensì constatare come, quanto meno in talune ipotesi, tutte normativamente qualificate, la legge, in assenza della preesistenza di un'obbligazione, consenta una prestazione (non dovuta), che può essere fonte di obblighi di protezione. La prestazione, consentita ma non dovuta, «obbliga entrambe le parti a proteggere l'altra»²⁸. Costituisce, «propriamente [...] «obbligazioni (di protezione) senza dovere principale di prestazione»²⁹.

2. *Le oscillazioni della giurisprudenza italiana: a) “contatto sociale” e “contrattualizzazione” della responsabilità nell'ambito dei diritti civile e amministrativo*

Proprio il contestato riferimento alla categoria dei cc.dd. rapporti contrattuali di fatto³⁰, talora coniugato ad un generico richiamo all'idea dell'obbligazione senza obbligo primario di prestazione³¹, ha spinto la

²⁶ A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corriere giur.*, 1999, p. 451.

²⁷ Così, invece, C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 60.

²⁸ F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione “autonomi”*, cit., p. 131.

²⁹ F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione “autonomi”*, cit., p. 131.

³⁰ Per una rigorosa disamina critica di questa “categoria”, già R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. Sacco, tomo I, Torino, 1993, p. 125 ss., ove conclude che «Il contratto “di fatto” è dunque un contratto, per l'esistenza del quale il consenso non è necessario (è un'ipotesi strutturalmente affine ai quasi contratti, elevata a contratto per assegnarle le conseguenze caratteristiche del contratto)» (p. 137).

³¹ In proposito si è rilevato che, «assumendosi in maniera un po' corrosiva la figura dell'obbligazione senza prestazione, la si è immiserita a mera dicitura di

nostra giurisprudenza ad introdurre, in svariati settori del diritto civile, ma anche di quello amministrativo, la figura della responsabilità da contatto sociale (o da contatto amministrativo)³² qualificato che è stata equiparata alla responsabilità contrattuale, ravvisando nel “contatto” verificatosi anteriormente alla fattispecie di danno il presupposto sufficiente per l'applicazione delle regole in materia di rapporto obbligatorio. Ma tali ricostruzioni hanno sovente assunto le caratteristiche di una «contaminazione spuria», là dove hanno obliterato «l'ovvia differenza sul piano del fatto e su quello dell'effetto»³³.

Il *leading case*³⁴, com'è noto, ha riguardato la responsabilità del medico dipendente da una struttura sanitaria pubblica o privata per i danni cagionati al paziente dall'inesatto adempimento della prestazione sanitaria. Qui la Cassazione, dopo aver escluso la possibilità di invocare l'applicazione del contratto con effetti di protezione per terzi, anche perché il paziente agiva per il conseguimento della prestazione (e non sulla base della violazione di obblighi di protezione), sembra incorrere nell'equivoco di credere che la figura dell'obbligazione senza prestazione si identifichi «interamente con il concetto di “contatto sociale”, sì che, una volta accertato tale elemento, sia possibile giustificare l'appli-

una responsabilità da contatto sociale, come è accaduto in particolare in materia di responsabilità della pubblica amministrazione» (C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 552; A. THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 348).

³² Già, V. MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2002, III, c. 4 ss. Tende a identificare, anche in tale materia, l'obbligazione senza prestazione con i rapporti contrattuali di fatto, S. MORELLI, *La responsabilità per atti illegittimi della pubblica amministrazione secondo il giudice amministrativo: aquiliana, precontrattuale o contrattuale da contatto sociale*, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 2685.

³³ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., pp. 488 e 487.

³⁴ La decisione (Cass., 22 gennaio 1999, n. 589) è stata pubblicata con il corredo di innumerevoli commenti: tra i tanti, in *Corriere giur.*, 1999, p. 446 ss., con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*.

cazione delle regole concernenti la responsabilità del debitore mediante la clausola generale di chiusura dell'art. 1173»³⁵. E ciò, nel tentativo di consacrare la costruzione di un rapporto che non è inquadrabile in uno schema contrattuale, ma che lo si vuole, pur sempre, sottoporre alle regole proprie dei rapporti contrattuali.

I primi tentativi della nostra giurisprudenza di “contrattualizzare” la responsabilità del medico (e della struttura sanitaria) anche nei riguardi di terzi hanno origini ben più risalenti, se si considera quella decisione della Cassazione che, al fine di riparare al nascituro un danno all'integrità psicofisica non più risarcibile in sede delittuale per effetto del decorso della prescrizione quinquennale, qualifica il «soggetto venuto ad esistenza» come terzo protetto dal contratto stipulato tra la madre partoriente e la struttura sanitaria, con la conseguenza di risarcire in ambito contrattuale il danno patito dal minore a causa di un negligente intervento ostetrico praticato al momento della nascita³⁶. Orientamento, questo, che troverà conferma nella giurisprudenza successiva, anche con riferimento alle condotte omissive dei sanitari. Ma se, in un primo tempo, la Cassazione³⁷, seguendo la tesi anti-perruchista³⁸, considererà terzo protetto dal contratto il solo coniuge della donna³⁹, escludendo che l'errore o l'omissione delle informazioni doverose possano giustificare il risarcimento del danno psico-fisico con cui il bambino nasce. Più di recente, con una decisione che era sembrata prodromica ad un

³⁵ Questi rilievi critici sono mossi da L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., p. 355.

³⁶ Cass., Sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 557 s.

³⁷ Cass., Sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, in *Danno e resp.*, 2005, p. 379 ss., con nota critica di M. FEOLA, *Essere o non essere: la Corte di Cassazione e il danno prenatale*. L'orientamento è stato riconfermato, ma senza espliciti riferimenti al contratto con effetti protettivi per terzi, da Cass., Sez. III, 14 luglio 2006, n. 16123, in *Corriere giur.*, 2006, p. 1691 ss.

³⁸ Per la quale, sia consentito rinviare a M. FEOLA, *Violazione degli obblighi d'informazione e responsabilità del medico per il danno prenatale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 600 ss.

³⁹ In questi termini, anche Cass., Sez. III, 4 gennaio 2010, n. 13, in *Danno e resp.*, 2010, p. 699 s., con nota parzialmente critica di M. FEOLA, *La Cassazione e il diritto del minore «a nascere sano»*.

*overruling*⁴⁰, la Suprema Corte, nell'affermare la sussistenza del nesso di causalità tra la condotta omissiva dei medici (che avevano mancato d'informare la donna sugli effetti potenzialmente teratogeni di una cura avverso la sterilità) e le malformazioni subite dal nascituro, ha qualificato il rapporto che la paziente pone in essere con la struttura sanitaria (e con il medico) come un contratto che, oltre ad avere effetti tra le parti, produce effetti c.d. protettivi nei confronti sia del coniuge, sia dello stesso figlio nato handicappato, che è considerato il «destinatario "finale" del negozio»⁴¹. Come si era previsto, poi, il *revirement* in materia è realmente intervenuto: ma la Cassazione ha riconosciuto al minore il diritto di chiedere *iure proprio* il risarcimento del danno da «nascita malformata»⁴² o, meglio, del «danno dinamico-relazionale da esistenza diversamente abile»⁴³, ai sensi della responsabilità delittuale (seppur «da inadempimento»)⁴⁴, avendo limitato l'estensione degli effetti protettivi del contratto ai danni morali (e/o esistenziali) subiti dal coniuge e dai fratelli. Da ultimo tale regola è stata nuovamente ribaltata dalle Sezioni Unite, le quali, nel confermare che la madre è pur sempre onerata dalla

⁴⁰ Per questa interpretazione, M. FEOLA, *Le responsabilità del medico e della struttura sanitaria per il danno prenatale causato dall'inadempimento delle obbligazioni d'informazione (il «diritto a nascere sano»)*, in *Dir. giur.*, 2010, p. 100 ss.

⁴¹ Cass., Sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741, in *Dir. giur.*, 2010, p. 108.

⁴² Cass., Sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 195.

⁴³ Sul punto, si rinvia ad A. FEOLA, *Il danno dinamico-relazionale da "esistenza diversamente abile"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 1482 ss. La nuova proposta di risarcire il danno da «esistenza diversamente abile» è fondata su recenti orientamenti della Cassazione: Cass., 27 marzo 2018, n. 7513 (ord.), *ivi*, 2018, I, p. 843 s., con il commento di G. PONZANELLI, *Il decalogo sul risarcimento del danno non patrimoniale e la pace all'interno della terza sezione*; Cass., 15 gennaio 2021, n. 653, *ivi*, 2021, I, p. 900, con nota di E. PALMERINI, *Un nuovo tassello nella fattispecie di danno da nascita indesiderata*; in *Danno e resp.*, 2021, p. 311, annotata da F. PIAIA, *L'aborto terapeutico e il concetto di "processo patologico" rilevante, tra obblighi informativi e responsabilità del sanitario*. Sui criteri di liquidazione di tale figura di danno, con particolare riguardo alla rendita vitalizia, Cass., 6 luglio 2020, n. 13881, *ivi*, 2021, p. 89, con il commento di F. POIATTI, *La critica al danno da nascita indesiderata e la complessità del danno permanente futuro*.

⁴⁴ Così, M. FEOLA, *Il danno da «nascita malformata»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, p. 93 ss.

prova controfattuale della volontà abortiva, la quale può essere assolta mediante presunzioni semplici, hanno escluso che il nato con disabilità sia legittimato ad agire nei riguardi dei sanitari per i danni da “nascita malformata”, ignorando il nostro ordinamento un “diritto a non nascere se non sano”⁴⁵.

Nella linea di “contrattualizzazione” della responsabilità civile v’è da ricordare anche l’orientamento in materia di responsabilità della Pubblica Amministrazione da contatto sociale per attività procedimentale⁴⁶, conseguente alla lesione di interessi legittimi, non soltanto oppositivi, ma anche pretensivi⁴⁷. A seguito della innovazione delle relazioni tra P.A. e cittadino introdotta dalla l. 241/1990, e del “contatto” da considerare «specifico e differenziato» sulla base delle garanzie procedimentali che assistono il privato, la lesione dell’interesse legittimo costituirebbe «in realtà inadempimento alle regole di svolgimento dell’azione amministrativa», essendo i doveri procedimentali imposti dalla legge «vere e proprie prestazioni da adempiere secondo il principio di correttezza e buona fede»⁴⁸.

Un esplicito riferimento alle obbligazioni di *sécurité* è stato espresso, altresì, in un’importante sentenza⁴⁹ nella quale le Sezioni unite, nel dirimere un contrasto tra due orientamenti della Cassazione che si contrap-

⁴⁵ Cass., Sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, in *Danno e resp.*, 2015, p. 349 ss., annotata da S. CACACE, *L’insostenibile vantaggio di non essere nato e la contraddizione che nol consente*.

⁴⁶ Ad es., Cons. Stato, 2 settembre 2005, n. 4461, in *Foro it.*, 2006, I, c. 457.

⁴⁷ In presenza di una giurisprudenza che ammetteva il risarcimento dei danni con riferimento ai soli interessi legittimi oppositivi (nei quali si ravvisavano diritti soggettivi “affievoliti” che, a seguito dell’annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo, tornavano ad essere diritti soggettivi pieni), il “muro” della risarcibilità degli interessi legittimi pretensivi (per i quali l’annullamento del provvedimento non comportava la riemersione di diritti soggettivi) crolla con Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2270 ss.

⁴⁸ Le espressioni citate nel testo tra virgolette sono tratte da Cass., 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, c. 78.

⁴⁹ Cass., Sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2635 ss., con nota di F. DI CIOMMO.

ponevano in ordine all'applicabilità dell'art. 2048, comma 2, c.c. anche ai danni causati dall'alunno a sé stesso, hanno giudicato inutilizzabile tale norma di là dalle ipotesi nelle quali il danno è provocato dall'allievo a terzi, ed hanno qualificato come contrattuale la responsabilità dell'istituto scolastico (e da «contatto sociale» la responsabilità del «precettore» dipendente dall'istituto) per l'inadempimento delle obbligazioni assunte, tra le quali è «sicuramente inclusa quella di vigilare anche sulla *sicurezza* e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui fruisce della prestazione scolastica»⁵⁰. Sulla base delle regole vigenti in materia di responsabilità contrattuale, l'evento dannoso accaduto al minore induce a presumere la responsabilità «contattuale» del precettore e quella contrattuale dell'istituto⁵¹. Anche là dove la causa sia ignota e inaccertabile, l'attore deve limitarsi a provare che l'evento «si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto», mentre sull'altra parte incombe l'onere di dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa non imputabile né alla scuola né all'insegnante⁵².

Così in tema di responsabilità del *tour operator* la Cassazione ha deciso che l'esatto adempimento delle obbligazioni di somministrare vitto ed alloggio non esaurisce l'ambito della prestazione alberghiera, la quale «necessariamente implica anche *doveri accessori di salvaguardia dell'incolumità dei clienti* (in relazione alle caratteristiche proprie del contesto in cui il soggiorno ha luogo), la cui violazione può comportare una responsabilità di natura contrattuale»⁵³. Da qui la responsabilità diretta dell'organizzatore del pacchetto turistico (ai sensi degli artt. 93 e 96 del d.lgs. n. 206 del 2005) per i danni arrecati ad un cliente dal morso di

⁵⁰ Cass., Sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, cit., c. 2649. Riconduce questa ipotesi all'obbligazione senza prestazione, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 491.

⁵¹ Cass., Sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, cit., c. 2649.

⁵² Così, Cass., Sez. III, 10 maggio 2013, n. 11143, in *Danno e resp.*, 2014, p. 605 ss., con nota di A. PARZIALE, *La responsabilità dell'insegnante per danno autocagionato dall'allievo tra "contatto sociale" e causa ignota*.

⁵³ Cass., Sez. III, 3 dicembre 2009, n. 25396, in *Danno e resp.*, 2010, p. 726, con nota di I. NAPOLITANO, *Il morso della scimmia e la responsabilità del tour operator*.

una piccola scimmia che liberamente «girovagava nella struttura dove al consumatore era prestato il servizio alberghiero», per l'inadempimento dell'«obbligazione di risultato» di «controllare le modalità dell'esecuzione della prestazione anche in ordine ad aspetti dell'attività del prestatore di servizi (albergatore) esulanti dalle promesse caratteristiche del viaggio»⁵⁴.

Proprio con riferimento a questi (e ad altri) casi decisi dalla giurisprudenza negli ultimi anni, le Sezioni unite della Cassazione, nel 2008⁵⁵, ponendo termine ad un lungo e travagliato itinerario in materia, caratterizzato da repentini e non sempre condivisibili mutamenti di rotta⁵⁶, hanno sancito la generale «contrattualizzazione» del risarcimento del danno non patrimoniale. Nella consapevolezza che il danno non patrimoniale conseguente all'inadempimento delle obbligazioni «non era ritenuto risarcibile» e che, «per aggirare l'ostacolo», la giurisprudenza aveva elaborato la teoria, «di dubbio fondamento dogmatico», del cumulo delle azioni, la Suprema corte, con un'affermazione «di principio», dispone che «L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. consente ora di affermare che anche nella materia della responsabilità contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali»⁵⁷. La Cassazione, quindi, applica (secondo un'interpretazione «costituzionalmente orientata») un testo tipicamente delittuale (l'art. 2059 c.c.) all'intero campo della responsabilità contrattuale, dando prova, anche in questa materia, di quella «fungibilità» tra le regole, che ha rappresentato una delle costanti di un mio precedente studio⁵⁸. Il diritto tedesco aveva conseguito, con la riforma del 2002, un risultato analogo, ma percorrendo un itinerario del tutto diverso: l'abrogazione

⁵⁴ Cass., 3 dicembre 2009, n. 25396, cit., p. 726.

⁵⁵ Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, in *Danno e resp.*, 2009, 19 ss.

⁵⁶ Sul punto, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto (Dall'ermeneutica «bipolare» alla teoria generale e monocentrica della responsabilità civile)*, Parte I, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 13 s.

⁵⁷ Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, cit., pp. 29 e 30.

⁵⁸ M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., *passim*.

del § 847 BGB – che, nella sua interpretazione dominante, limitava al solo campo delittuale la riparazione del danno in ipotesi «di lesione del corpo o della salute, come pure nel caso di privazione della libertà» – e il suo testuale inserimento, con l'aggiunta di ogni lesione all'autodeterminazione sessuale, nel capoverso del § 253, cioè di una norma che disciplina in generale il rapporto obbligatorio, hanno rappresentato una innovazione definita come «epocale»⁵⁹, che ha avuto l'effetto di estendere la risarcibilità del danno immateriale all'intero settore del diritto delle obbligazioni e dei contratti⁶⁰.

L'estensione al contratto del risarcimento del danno non patrimoniale ha riguardato, in Italia, soprattutto gli obblighi di prestazione, anche in virtù della nota interpretazione che ha sottolineato il significato della distinzione tra prestazione, sempre suscettibile di valutazione economica, e il correlato interesse, anche non patrimoniale, del creditore⁶¹. In Germania e in Francia, invece, è la stessa “storia” degli obblighi di protezione che è stata segnata, fin dall'origine, da ipotesi di riparazione di danni non patrimoniali (alla persona del creditore o a terzi) provocati, dal debitore o da un suo preposto, nell'esecuzione del contratto o, più in generale, di una relazione giuridicamente rilevante. Ma anche in Italia le Sezioni unite hanno preso coscienza di questa problematica, tant'è che una gran parte delle ipotesi citate come casi emblematici di responsabilità contrattuale “da inadempimento” hanno ad oggetto proprio i «c.d. contratti di protezione»⁶². Malgrado il contestato⁶³ riferimen-

⁵⁹ Così, tra i tanti, S. GRUNDMANN, *Risarcimento del danno contrattuale*, in *Dir. giur.*, 2005, p. 177.

⁶⁰ Già G. CIAN, *La riforma del BGB in materia di danno immateriale e di imputabilità dell'atto illecito*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, p. 132 ss.

⁶¹ Sul punto, l'insegnamento di M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, I, Milano, 1968, p. 33 ss. e *passim*.

⁶² In questi termini, Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, cit., p. 30 s.

⁶³ Così, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Chiaroscuri d'autunno. Il danno non patrimoniale e le Sezioni Unite*, in *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U. 11 novembre 2008*, nn. 26972/3/4/5, Milano, 2009, p. 355 s.

to alla nozione di diritto inviolabile, che sembrerebbe indebitamente considerare l'“ingiustizia” del danno anche in tema di responsabilità contrattuale, questa sentenza si è fatta apprezzare proprio per aver riportato «nell'alveo dell'inadempimento contrattuale obblighi preesistenti (di protezione, appunto), benché non sorretti da una prestazione, in modo da non lasciare mai privo di tutela l'interesse del terzo di rango costituzionale leso dalla violazione dell'obbligo da parte del debitore»⁶⁴.

Obblighi di sicurezza (o di protezione) sono stati individuati anche nel diritto privato patrimoniale, sulla scia di quella dottrina che ha studiato le responsabilità “da prospetto” e, più in generale, da “informazione professionale”⁶⁵, anche con riferimento al settore dell'intermediazione mobiliare. Ma, in proposito, la Cassazione ha deciso in maniera altalenante. Mentre, in origine, con riguardo alle offerte pubbliche di acquisto, vendita o scambio di strumenti finanziari, si è deciso che, non essendo configurabile nessuna trattativa, la violazione dell'obbligo di predisporre un corretto prospetto informativo configura (a prescindere dal fatto che sia stato o meno concluso il contratto di sottoscrizione delle azioni) «un'ipotesi di violazione del dovere di “neminem laedere”, con la conseguente possibilità che colui al quale tale violazione è imputabile sia chiamato a rispondere del danno da altri subito a cagione della violazione medesima, secondo i principi della responsabilità aquiliana, non solo quando egli abbia operato a titolo di dolo, ma anche se la violazione delle regole disciplinanti il prospetto d'offerta sia

⁶⁴ C. AMATO, *Nozione unitaria di danno non patrimoniale e autonomia negoziale*, in *Il danno non patrimoniale*, cit., p. 23.

⁶⁵ Nell'esperienza tedesca basti citare, per tutti, K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, 1, XIII ed., München, 1986, p. 424 ss. Propende per la natura extracontrattuale della responsabilità da inesatte informazioni, F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»*, cit., pp. 539 ss., 569. Ma, in Italia, una responsabilità per violazione degli obblighi che discendono direttamente dal proprio status professionale è stata sostenuta anche da C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla responsabilità dell'impresa bancaria per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Giur. it.*, 1995, p. 363 ss.; ID., *Ancora sulla responsabilità della banca per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, II, p. 658 ss.

frutto di colpa, perché compilato con negligenza o imperizia in modo difforme dal dovuto»⁶⁶. Più di recente, invece, è stata qualificata come responsabilità da contatto sociale quella dello «scalatore» che deteneva una partecipazione azionaria superiore al 30% del capitale sociale, per avere violato l'obbligo di offerta pubblica di acquisto nei riguardi degli azionisti di minoranza⁶⁷. Così, con riferimento alla responsabilità “per inesatto pagamento” della banca che ha negoziato in favore di soggetto non legittimato un assegno non trasferibile, le Sezioni unite hanno deciso che la violazione di un «obbligo di protezione, che opera nei confronti di tutti i soggetti interessati alla regolare circolazione del titolo»⁶⁸, è fonte di una responsabilità contrattuale dell'istituto di credito. Questa sentenza, resa nella consapevolezza di un più generale processo di avvicinamento dei due modelli della responsabilità civile⁶⁹, si segnala non tanto per l'usuale riferimento ad «obblighi nascenti da situazioni (non già di contratto, bensì) di semplice contatto sociale», quanto per la qualificazione degli obblighi di protezione quali «obbligazioni [che] si fondano sulla legge» e che trovano la loro fonte, al pari degli obblighi di prestazione, nella «disposizione dell'art. 1173 c.c.»⁷⁰.

Tuttavia, l'ipotesi più rilevante, della quale si dirà più ampiamente in seguito⁷¹, riguarda senz'altro la responsabilità precontrattuale, specificamente inquadrata nella responsabilità di tipo contrattuale da “contatto sociale qualificato”, inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ai sensi dell'art. 1173 c.c., e dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione (ai sensi dell'art. 1174 c.c.), «bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, ai sensi degli

⁶⁶ Cass., Sez. I, 11 giugno 2010, n. 14056, in *Danno e resp.*, 2011, p. 621, con nota di G. AFFERNI, *Responsabilità da prospetto: natura, danno risarcibile e nesso di causalità*.

⁶⁷ Cass., Sez. I, 13 ottobre 2015, n. 20560, in *DeJure*.

⁶⁸ Cass., Sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corriere giur.*, 2007, p. 1709, con il commento di A. DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*.

⁶⁹ Cass., Sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, cit., p. 1708.

⁷⁰ Cass., Sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, cit., pp. 1708 e 1709.

⁷¹ Nel § 4.

artt. 1175 e 1375 c.c.»⁷². Il riferimento all'obbligo di comportarsi secondo le regole della correttezza (art. 1375 c.c.), che impegna entrambe le parti del rapporto obbligatorio, assume un particolare rilievo quale fonte primaria degli obblighi di protezione, sia in sé⁷³, sia se coniugato agli obblighi di buona fede⁷⁴ che, disseminando «doveri durante tutta la vita del rapporto contrattuale»⁷⁵, conformano la struttura e la funzione di un rapporto obbligatorio inteso come «impegno di cooperazione dovuto nell'interesse altrui»⁷⁶. Anche dopo l'entrata in vigore della riforma della responsabilità sanitaria che, com'è noto, ha ricondotto il sanitario ausiliare dipendente o indipendente (art. 1228 c.c.) del debitore (strut-

⁷² Cass., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, in *Danno e resp.*, 2016, p. 1057, con nota di V. CARBONE, *Responsabilità precontrattuale della P.A. che non adempie l'obbligazione ex lege di comportarsi secondo buona fede*; e già Cass., Sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648, in *I contratti*, 2012, p. 237, con nota di F. DELLA NEGRA, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e modelli di responsabilità*.

⁷³ Così, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, p. 67 ss.; e già ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, XV, 2, II ed., Torino, 1950, p. 68.

⁷⁴ Orientamento, questo, oggi del tutto dominante grazie a L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, ora in *Scritti II, Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Milano, 2011, pp. 299 ss., 350 ss. Sul punto, altresì, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1984, p. 473, in nt. 4; e già M. GIORGIANNI, *Lezioni di diritto civile nell'anno accademico 1953-1954*, Catania, 1954, p. 242; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 47 ss.; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 17; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1974, p. 7. Propongono un ravvicinamento tra i due orientamenti, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - M. FEOLA, *La cooperazione mancata: sopravvenuta impossibilità della prestazione e imputabilità dell'inadempimento*, in *Comparazione e dir. civ.*, 2019, p. 1 ss.; ID., *Inadempimento e responsabilità*, in G. PERLINGIERI - L. RUGGERI (a cura di), *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa* (Atti del Convegno, Camerino 5-8 settembre 2018), I, Napoli, 2019, p. 131 ss.

⁷⁵ R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, tomo II, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. Sacco, III ed., Torino, 2004, p. 438.

⁷⁶ È intitolato «Impegno di cooperazione dovuto nell'interesse altrui: buona fede contrattuale» il § 5 del I volume dedicato da E. BETTI alla *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 65.

tura sanitaria) nell'ambito della responsabilità extracontrattuale per colpa (art. 7, comma 3, l. 17 marzo 2017, n. 24, che cita esplicitamente l'art. 2043 c.c.), le Sezioni unite della Cassazione hanno ribadito la qualificazione contrattuale della responsabilità precontrattuale⁷⁷, ribaltando quel secolare orientamento⁷⁸ che, sulla scia della scienza giuridica d'oltralpe, aveva confinato tale ipotesi nell'ambito della responsabilità extracontrattuale.

Com'è noto, assai prima che la Cassazione seguisse questo orientamento, Rodolfo Sacco aveva assunto una diversa posizione: secondo l'esimio Maestro, infatti, la responsabilità derivante dalla violazione della buona fede precontrattuale sarebbe «scritta a grandi lettere nell'art. 2043 c.c., norma generale di cui l'art. 1337 è una specificazione»⁷⁹. Questa soluzione, che ha senz'altro una giustificazione storica⁸⁰, consente di seguire una «doverosa interpretazione estesa» della nozione di «trattativa», specificamente qualificata dall'art. 1337 c.c.: infatti, «Se il terzo imbrogliava un contraente, il danno causato è ingiusto»; e, così, «Se il contraente imbrogliava la controparte prima ancora di trattare, il danno causato è ingiusto»⁸¹. Nei due casi, «scansata l'applicazione dell'art. 1337, si ricade senza problemi nell'applicazione dell'art. 2043»⁸². L'art. 1337, quindi, non può non comprendere qualsiasi «attività collegata con un futuro contratto o con un affidamento precontrattuale», qualsiasi «condotta dell'agente volta ad incidere su un consenso contrattuale della vittima, o su una condotta della vittima rilevante ai fini della con-

⁷⁷ Cass., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, in *DeJure*.

⁷⁸ Ribadito, ad es., da Cass., Sez. II, 10 gennaio 2013, n. 477, in *Danno e resp.*, 2013, p. 755, con nota di F. DELLA NEGRA, *La natura della responsabilità precontrattuale: la quiete dopo la tempesta?*

⁷⁹ R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, tomo II, cit., p. 247.

⁸⁰ Infatti, sarebbe opportuno chiedersi: «Quando ancora l'art. 1337 non esisteva, quando non era nato Jhering, quando tutte le azioni giudiziarie erano tipiche, nessun comportamento oggi astrattamente suscumbibile sotto l'art. 1337 veniva represso?» (R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, tomo II, cit., p. 243).

⁸¹ R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, tomo II, cit., p. 248.

⁸² R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, tomo II, cit., p. 248.

clusione di un contratto, o su una rappresentazione con cui la vittima si prefigura la conclusione di un contratto»⁸³.

3. Segue. b) *L'opposto orientamento della Cassazione che, sulla base del principio del concorso, "de-contrattualizza" gli obblighi di protezione pur in presenza di un contratto*

La nostra giurisprudenza, infatti, ha operato soprattutto all'inverso, "de-contrattualizzando" gli obblighi di protezione pur in presenza di un contratto. Sulla base di una regola implicita di "fungibilità" tra le soluzioni contrattuale e delittuale, resa possibile dall'adesione al principio del concorso, ha applicato una norma di responsabilità (oggettiva) delittuale in settori nei quali pur preesisteva una relazione giuridicamente rilevante (ad es., un "contratto" stipulato tra il gestore di una struttura pubblica o privata e il "cliente"), mentre le Corti francesi e tedesche, allorché hanno dovuto risolvere casi analoghi, hanno preferito optare per la responsabilità contrattuale, ravvisando ora un'obbligazione di *sécurité* (spesso "di diligenza"), ora un contratto con effetti protettivi per terzi⁸⁴.

La Cassazione si è rivolta, ma in maniera del tutto eccezionale, all'art. 2043 c.c. per cassare la sentenza dei giudici d'appello che aveva rigettato la domanda di risarcimento dei danni avverso il gestore di una piscina per i danni patiti da una minore che si era tuffata impattando il fondale della stessa⁸⁵. Ha applicato, invece, una norma di responsabilità oggettiva extracontrattuale (l'art. 2052 c.c.) per sancire la responsabilità del gestore di un maneggio per i danni subiti da un cliente che, dopo aver noleggiato un cavallo, nel corso di una passeggiata organizzata, si

⁸³ R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, tomo II, cit., p. 248.

⁸⁴ Basti citare il celebre *Gemüseblattfall*, deciso dal BGH il 28 gennaio 1976, in NJW, 1976, p. 712, anche in JZ, 1976, p. 776, con nota critica di K.F. KREUZER, ove si risarcisce il danno subito da una bambina che scivola su una foglia di insalata mentre accompagnava la madre all'interno di un supermercato.

⁸⁵ Cass., Sez. III, 2 marzo 2011, n. 5086, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 1715 ss.

era gettato in terra prima che la cavalcatura, spaventata dalla presenza di un cane sul percorso, partisse al galoppo⁸⁶. Così ha applicato innumerevoli volte l'art. 2051 c.c., ovvero ancora una norma di responsabilità oggettiva⁸⁷ extracontrattuale, ora per affermare la responsabilità della società che gestiva un'autostrada (a pagamento) per il decesso di un conducente di un veicolo che, uscito di strada per cause non accertate, era caduto in un raccoglitore dell'acqua piovana⁸⁸; ora per sancire la responsabilità dei gestori di strutture alberghiere per i danni occorsi a clienti che erano inciampati nel percorrere una scala di marmo⁸⁹, che erano scivolati nella sala da pranzo a causa della presenza sul pavimento di residui di cibo⁹⁰, che erano caduti in una vasca da bagno predisposta ad essere impiegata anche come doccia, ma senza essere dotata degli "indispensabili" presidi antiscivolo e di sostegno⁹¹. Il custode-albergatore è stato altresì considerato responsabile in via delittuale sempre ai sensi dell'art. 2051 c.c., unitamente alla responsabilità contrattuale dell'istituto scolastico ed a quella, da contatto sociale, dell'insegnante⁹², per il danno biologico subito da una studentessa sedicenne che, durante una gita scolastica, era caduta al suolo dopo aver scavalcato il parapetto del proprio balcone ed aver avuto accesso al lastrico solare⁹³. Ma la nostra giurisprudenza, pur applicando una norma da lei stessa definita

⁸⁶ Cass., Sez. III, 21 gennaio 2010, n. 979, in *Danno e resp.*, 2010, p. 913 s., commentata da P. SANTORO, "Mala bestia è questa mia": sulla responsabilità oggettiva del titolare di un maneggio.

⁸⁷ Così, Cass., Sez. III, 19 gennaio 2010, n. 713, in *Danno e resp.*, 2010, p. 921 ss.

⁸⁸ Cass., Sez. III, 2 febbraio 2010, n. 2360, in *Danno e resp.*, 2010, p. 555 ss., con nota di P. PARDOLESI, *Sul "dinamismo" connotato alla cosa nella responsabilità da custodia*.

⁸⁹ Cass., Sez. III, 9 novembre 2005, n. 21684, in *Foro it.*, 2006, c. 1807 ss.

⁹⁰ Cass., Sez. III, 4 agosto 2005, n. 16373, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 720, con nota di D. CALCATERRA.

⁹¹ Cass., Sez. III, 28 novembre 2007, n. 24739, in *Danno e resp.*, 2008, p. 782, con il commento di D. BOSCHI, *Alcune considerazioni circa l'applicazione dell'art. 2051 c.c. al danno da caduta*.

⁹² Cass., Sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, cit., c. 2635 ss.

⁹³ Cass., Sez. III, 8 febbraio 2012, n. 1769, in *Danno e resp.*, 2012, p. 755 ss., con il commento di A.P. BENEDETTI.

di responsabilità oggettiva delittuale (l'art. 2051 c.c. risulta senz'altro più favorevole per la vittima rispetto ad un'obbligazione di *sécurité* che, se qualificata "di diligenza", farebbe gravare la prova della negligenza sul creditore-danneggiato), talvolta ha finito con il ridimensionare in senso soggettivo l'interpretazione di questo testo, richiedendo come necessaria l'intrinseca "pericolosità" della cosa ovvero il suo dinamismo connaturato o, quanto meno, "derivato"⁹⁴.

Orientamento, questo, confermato anche in tema di danni "da custodia" della Pubblica Amministrazione⁹⁵. Malgrado la Cassazione abbia declamato la natura oggettiva di questa responsabilità, la valutazione comparativa della diligenza tenuta dal custode e dalla vittima⁹⁶, unitamente ad altri fattori (caratteristiche specifiche del bene, "effettività" della relazione tra custode e cosa, incidenza di elementi causali "esterni" rispetto al bene e alla condotta del terzo⁹⁷, affidamento riposto nella "sicurezza" della cosa, «elementi particolari di lesività»⁹⁸ posseduti dalla cosa), hanno rappresentato dati che, nel caso concreto, hanno contribuito a limitare la responsabilità del custode, secondo una prospettiva che pare difficilmente compatibile con un'interpretazione rigorosa del testo.

In altri casi è lo stesso legislatore che ha determinato un regime di responsabilità che, espressione di un principio di "fungibilità" tra le soluzioni, rappresenta una "contaminazione" tra il modello contrattuale e quello delittuale. Un esempio emblematico è fornito dallo stesso

⁹⁴ Su tale nozione, D. BOSCHI, *Alcune considerazioni circa l'applicazione dell'art. 2051 c.c. al danno da caduta*, cit., p. 784.

⁹⁵ Cfr., ad es., Cass., 9 maggio 2012, n. 7037, in *Danno e resp.*, 2012, p. 799; Cass., 18 ottobre 2011, n. 21508, *ivi*, 2012, p. 614, con il commento di S. SCALZINI.

⁹⁶ In argomento già F. CAFAGGI, *Profili di relazionalità della colpa. Contributo ad una teoria della responsabilità extracontrattuale*, Padova, 1996, p. 481 ss.

⁹⁷ Ad es., Cass., 24 febbraio 2011, n. 4484, in *Foro it.*, 2011, I, c. 1082, con nota di A. PALMIERI; già Cass., 3 aprile 2009, n. 8157, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 1025; Cass., 25 luglio 2008, n. 20427, in *Foro it.*, 2008, I, c. 3461.

⁹⁸ Ad es., Cass., Sez. III, 4 ottobre 2013, n. 22684, in *Danno e resp.*, 2014, p. 616 ss., con nota di M. TORRESANI.

codice civile, che adotta il medesimo criterio di imputazione in una regola ora di responsabilità delittuale (art. 2050 c.c.), ora di responsabilità contrattuale (art. 1681, comma 1), là dove limita l'esonero dalla responsabilità del vettore e dell'esercente attività pericolose alla medesima «prova di aver adottato tutte le misure idonee a evitare il danno»⁹⁹. Anche il legislatore speciale, nel c.d. codice del consumo, procede ad un «allineamento» tra le due specie della responsabilità civile, con riferimento alla responsabilità contrattuale dell'organizzatore e del venditore di pacchetti turistici¹⁰⁰.

In tema di danno da prodotti, poi, la c.d. de-contrattualizzazione della responsabilità (rispetto ad alcuni diritti, come quello francese, che aveva sperimentato un'obbligazione di *sécurité* «di risultato») è stata effettuata dallo stesso legislatore europeo (Direttiva CEE 25 luglio 1985, n. 374) che, sulla scia del modello anglo-americano¹⁰¹, ha optato per un'uniformazione dei diritti sulla base della responsabilità aquiliana, avendo «non sempre» il danneggiato un rapporto contrattuale con il produttore. Ma, in questo caso, il regime di responsabilità delittuale recepito dai legislatori nazionali, malgrado gli sforzi compiuti dalla giurisprudenza (nella specie, italiana)¹⁰², più che evocare quel modello di responsabilità oggettiva¹⁰³ contrattuale rappresentato dalla violazione dell'obbligazione di *sécurité-résultat*, o quel modello di responsabilità oggettiva extracontrattuale previsto per i danni cagionati dalle cose in custodia (art. 1384, comma 1, *Code civil*, oggi numerato 1242; art. 2051

⁹⁹ Tale circostanza è rilevata anche da L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»* (Studio critico), in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 381.

¹⁰⁰ Cfr. M. BONA, *Cadute nei villaggi turistici e responsabilità del tour operator*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 717.

¹⁰¹ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 665 ss. e passim.

¹⁰² Cass., Sez. III, 8 ottobre 2007, n. 20985, in *Corriere giur.*, 2008, p. 811 s., con nota di C. DI PALMA, *Responsabilità da prodotto difettoso e onere della prova: la Cassazione riporta gli interpreti sul sentiero della strict liability*.

¹⁰³ Così, invece, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 687; esclude che si tratti di responsabilità oggettiva, Cass., Sez. III, 13 dicembre 2010, n. 25116, in *Danno e resp.*, 2011, p. 975.

c.c.), sembra integrare una responsabilità che ha 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», incombendo sul danneggiato la prova del collegamento causale «non già tra il prodotto e il danno, bensì tra "difetto e danno"»¹⁰⁴.

Assai rilevante, in proposito, l'interpretazione fornita, di recente, dalla Cassazione sulla scia di un'importante decisione della Corte di Giustizia UE¹⁰⁵ in tema di danni (eventualmente) derivanti dalla somministrazione di un vaccino: la prova del rapporto causale può «anche derivare da quella indiziaria [...] pur in assenza di "certezze" scientifiche (in termini positivi o negativi), ma potendosi fondare "su un complesso di indizi la cui gravità, precisione e concordanza [...] consentono" al giudice "di ritenere, con un grado sufficientemente alto di probabilità, che una simile conclusione" – ossia la sussistenza dell'anzidetta connessione – "corrisponda alla realtà"»¹⁰⁶.

4. *Le interferenze tra le due specie della responsabilità civile ed il principio di fungibilità o di equivalenza tra le soluzioni. Le vicende della responsabilità precontrattuale*

Queste ipotesi, che la nostra giurisprudenza ha potuto agevolmente "decontrattualizzare" sulla base della regola del concorso, testimoniano le sempre più frequenti interferenze nei rapporti tra le responsabilità

¹⁰⁴ Così Cass., Sez. III, 29 maggio 2013, n. 13458, in *Danno e resp.*, 2014, p. 493, con nota di C. BALDASSARRE, *Responsabilità del produttore: danno risarcibile, onere della prova e logica giuridica*; Cass., Sez. III, 6 agosto 2013, n. 18654, *ivi*, 2014, p. 494 ss.; e già Cass., 15 marzo 2007, n. 6007, in *Foro it.*, 2007, I, c. 2414, con nota di A. PALMIERI, *Difetto e condizioni di impiego del prodotto: ritorno alla responsabilità per colpa?*

¹⁰⁵ CGUE, Sez. II, 21 giugno 2017, causa C-621/15, *N.W. e altri c. Sanofi Pasteur MSD SNC e altri*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 669, con nota di A.L. BITETTO MURGOLO, *Danno da vaccini e prova del nesso causale tra product liability e indennizzo*.

¹⁰⁶ Cass., 27 luglio 2021, n. 21530, in *DeJure*, § 1.1.1.1.

delittuale e contrattuale e, più che ipotizzare l'assorbimento dell'una nell'altra, sembrano confermare, per un verso, quel principio di fungibilità tra le soluzioni, in base al quale si tende ad applicare un modello "equivalente" di imputazione della responsabilità (diverso dalla colpa) che è tendenzialmente indifferente rispetto alla sua fonte (contratto o torto)¹⁰⁷; per altro verso, il pensiero di chi, riflettendo sulle vicende che hanno rivoluzionato i tradizionali rapporti tra le due specie della responsabilità, ha ipotizzato l'idea di un percorso verso un "diritto comune"¹⁰⁸.

Però v'è da sottolineare come la giurisprudenza italiana abbia costruito la teoria del "contatto sociale"¹⁰⁹ richiamando indistintamente sia la categoria dei rapporti contrattuali di fatto, sia le figure dell'obbligazione senza prestazione e degli obblighi di protezione¹¹⁰, pur avendo continuato a qualificare la *culpa in contrahendo* nell'area della responsabilità extracontrattuale¹¹¹. Dimenticando che proprio la ricostruzione di tale problematica nell'ambito della responsabilità contrattuale consentì a Rudolf von Jhering¹¹², prima, e alla dottrina successiva¹¹³, poi, di elaborare la moderna teoria del rapporto obbligatorio quale struttura complessa.

¹⁰⁷ In questi termini, già M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., p. 222 ss.

¹⁰⁸ Così, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Hacia un "Derecho Común" de la Responsabilidad Civil*, in C. FERNÁNDEZ SESSAREGO (a cura di), *La Responsabilidad Civil*, III, Lima, 2010, p. 41 ss.

¹⁰⁹ Criticamente, F.D. BUSNELLI, *La "dottrina delle Corti" e il risarcimento del danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2014, p. 471 s.

¹¹⁰ Per tali rilievi critici, cfr. L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., p. 356 ss.

¹¹¹ Questo risalente orientamento della nostra giurisprudenza trova la sua fonte d'ispirazione nell'esperienza francese: criticamente, per tutti, L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 361.

¹¹² Cfr. C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1991, p. 1 ss.

¹¹³ Per tutti, C.W. CANARIS, *Ansprüche wegen «positiver Vertragsverletzungen» und «Schutzwirkung für Dritte» bei nichtigen Verträgen*, in *JZ*, p. 475 ss. Per una pregevole ricostruzione di tale problema, cfr. R. FAVALE, *La complessità del rapporto obbligatorio nel modello tedesco*, in R. FAVALE - G. VARANESE - M.P. MANTOVANI, *Diritto civile comparato. Percorsi di approfondimento*, Camerino-Napoli, 2019, p. 39 ss.

Come si era, da tempo, affermato, proprio la compiuta teorizzazione degli obblighi di protezione o di *sécurité*¹¹⁴ non poteva non implicare «la revisione della teoria della responsabilità precontrattuale»¹¹⁵. Gli obblighi di protezione sorgono già nella fase delle trattative e della formazione del contratto (art. 1337) «e in questo stadio costituiscono un rapporto obbligatorio autonomo, da classificarsi tra i rapporti *ex lege*»¹¹⁶. La concezione della responsabilità precontrattuale come responsabilità fondata sul principio dell'art. 2043 c.c. doveva «considerarsi ormai superata anche in Italia»¹¹⁷. L'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto era «stabilito dall'art. 1337 come obbligo *inter partes*», ovvero come obbligo «relativo», la cui violazione determinava una responsabilità contrattuale¹¹⁸. L'ampia previsione dell'art. 1337 imponeva «di allargare il campo della responsabilità *in contrahendo*, comprendendovi non soltanto le ipotesi originarie dello Jhering (artt. 1338, 190, comma 2, 1398), ma altresì le ipotesi connesse alla conclusione di un negozio valido (per es. artt. 1328, 1440, 1812, 1821, 1893)»¹¹⁹.

A tali conclusioni è pervenuta anche la Cassazione la quale, nel considerare l'obbligo di comportarsi in buona fede (di cui all'art. 1337 c.c.) «ben distint[o]» dalla responsabilità aquiliana «ex art. 2043 c.c., in cui la lesione precede l'instaurazione di un qualsiasi rapporto particolare tra

¹¹⁴ Da rilevare come un'illustre dottrina (L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 368) assimili, sotto i profili della struttura e della funzione, obblighi di protezione ed obbligazioni di *sécurité*.

¹¹⁵ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 369, in nt. 16.

¹¹⁶ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 369, in nt. 16.

¹¹⁷ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 369, in nt. 16.

¹¹⁸ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 369, in nt. 16. Sul punto, F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., pp. 67 ss., 126 ss.

¹¹⁹ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 369.

le parti»¹²⁰, ha effettuato un importante *revirement*, poi sancito anche dalle Sezioni unite¹²¹. Nel decidere in merito al recesso da una trattativa privata da parte della Pubblica amministrazione, ha affermato che la responsabilità precontrattuale rappresenta una fattispecie normativamente qualificata di contatto sociale, poiché è lo «stesso legislatore» che, nel prevedere l'obbligo di buona fede, ha costituito un rapporto giuridico obbligatorio nel corso delle trattative¹²². Nel ricordare che «questa corte è da tempo pervenuta a qualificare la responsabilità da contatto sociale in termini di responsabilità contrattuale», la Cassazione ha applicato il regime della responsabilità contrattuale alla violazione dell'art. 1337 c.c. disponendo che, ai fini del risarcimento, l'attore debba dimostrare non l'elemento soggettivo dell'autore dell'illecito, bensì soltanto l'anti-giuridicità del comportamento, cioè la violazione dell'obbligo di buona fede, e il danno¹²³. Così, in assenza dell'approvazione ministeriale (richiesta dall'art. 19 del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440) alla quale è subordinato il perfezionamento effettivo del vincolo contrattuale (non essendo sufficiente la mera aggiudicazione pronunciata a favore del contraente né la formale stipula del contratto ad evidenza pubblica nelle forme stabilite dalla legge), l'attività della P.A. è stata «configurata come responsabilità precontrattuale, ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c., inquadrabile nella responsabilità di tipo contrattuale da “contatto sociale qualificato”, inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni, ai sensi dell'art. 1173 c.c., e dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione ai sensi dell'art. 1174 c.c., bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c., con conseguente applicabilità del termine decennale di prescrizione ex art. 2946 c.c.»¹²⁴.

¹²⁰ Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648, cit., p. 237.

¹²¹ Cass., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, in *DeJure*.

¹²² Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648, cit., p. 237.

¹²³ Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648, cit., p. 237.

¹²⁴ Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, cit., p. 1057. Attribuisce particolare rilievo a questa decisione, G. VARANESE, *La responsabilità precontrattuale e la teoria del contatto*

La Corte di Cassazione, però, anche in questa materia dà prova di inspiegabili, gravi insicurezze, che non sono in linea con quella funzione nomofilattica che, invece, dovrebbe svolgere nell'interesse della certezza del diritto. Con una scarsa sentenza della Seconda sezione civile¹²⁵ e, poi, con una recente ordinanza della Terza¹²⁶, tra l'altro ben successiva alla pronunzia delle Sezioni unite¹²⁷, si afferma esattamente il contrario. Senza citare minimamente l'opposto orientamento che ha avuto un così autorevole sugello, si ritiene che «la responsabilità precontrattuale, derivante dalla violazione della regola di condotta posta dall'art. 1337 c.c. a tutela del corretto dipanarsi dell'iter formativo del negozio, costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale, cui vanno applicate le relative regole in tema di distribuzione dell'onere della prova»¹²⁸. Ne consegue che, «qualora gli estremi del comportamento illecito siano integrati dal recesso ingiustificato di una parte, grava non su chi recede la prova che il proprio comportamento corrisponde ai canoni di buona fede e correttezza, ma incombe, viceversa, sull'altra parte l'onere di dimostrare che il recesso esula dai limiti della buona fede e correttezza postulati dalla norma de qua»¹²⁹.

Viene il dubbio che la responsabilità precontrattuale della Pubblica amministrazione, che talvolta riguarda fattispecie nelle quali v'è stata la conclusione di un contratto, pur inefficace per il mancato completamento del procedimento ad evidenza pubblica, sia una tematica del tutto diversa da quella che riguarda la casistica tipicamente civilistica. Ma anche in queste ipotesi può esservi responsabilità precontrattuale in presenza di un contratto che è stato concluso, ma a condizioni più

sociale, in R. FAVALE - G. VARANESE - M.P. MANTOVANI, *Diritto civile comparato. Percorsi di approfondimento*, cit., p. 151 s.

¹²⁵ Cass., Sez. II, 3 ottobre 2019, n. 24738, in *DeJure*.

¹²⁶ Cass., Sez. III, ord., 25 settembre 2023, n. 27262, in *Foroplus*, 2023.

¹²⁷ Cass., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, cit.

¹²⁸ Cass., Sez. II, 3 ottobre 2019, n. 24738, cit., § 7.1.; conf. Cass., Sez. III, ord., 25 settembre 2023, n. 27262, cit., § 4.1.

¹²⁹ Cass., Sez. II, 3 ottobre 2019, n. 24738, cit., § 7.1.; conf. Cass., Sez. III, ord., 25 settembre 2023, n. 27262, cit., § 4.1.

svantaggiose per la parte che è stata sottoposta a raggiri o a false informazioni¹³⁰. Inoltre, le affermazioni delle due Sezioni semplici appaiono senz'altro "di principio", là dove rilevano, *sic et simpliciter*, che «la responsabilità precontrattuale derivante dalla violazione della regola di condotta posta dall'art. 1337 c.c.» costituisca «una forma di responsabilità extracontrattuale». E ciò appare in palese contrasto con quanto affermato dalle Sezioni unite, che invece ravvisano sia una «responsabilità da lesione dell'affidamento del privato», sia «una responsabilità da contatto sociale qualificato»¹³¹. V'è, infatti, «un *quid pluris* rispetto al generale precetto del *neminem laedere*; non si tratta della generica "responsabilità del passante", ma della responsabilità che sorge tra soggetti che si conoscono reciprocamente già prima che si verifichi un danno; danno che consegue non alla violazione di un dovere di prestazione ma alla violazione di un dovere di protezione, il quale sorge non da un contratto ma dalla relazione che si instaura tra l'amministrazione e il cittadino nel momento in cui quest'ultimo entra in contatto con la prima»¹³². La responsabilità «da lesione dell'affidamento del privato entrato in relazione con la pubblica amministrazione» è, quindi, una «responsabilità da contatto sociale qualificato»: il contatto, «o, per meglio dire, il rapporto tra il privato e la pubblica amministrazione deve essere inteso come il fatto idoneo a produrre obbligazioni "in conformità dell'ordinamento giuridico" (art. 1173 c.c.) dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione, bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, giusta gli artt. 1175 (correttezza), 1176 (diligenza) e 1337 (buona fede) del codice civile»¹³³. Si tratta, allora, «di una responsabilità che prende la forma dalla violazione degli obblighi derivanti da detto rapporto e che, pertanto, va ricondotta allo schema della responsabilità relazionale, o da contatto sociale quali-

¹³⁰ Per tutti, esplicitamente, lo stesso C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1987, p. 160.

¹³¹ Cass., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, cit., §§ 30 e 31.

¹³² Cass., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, cit., § 32, in fine.

¹³³ Cass., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, cit., § 33, in fine.

ficato, da inquadrare nell'ambito della responsabilità contrattuale; con l'avvertenza che tale inquadramento [...] non si riferisce al contratto come atto ma al rapporto obbligatorio, pur quando esso non abbia fonte in un contratto»¹³⁴.

Come appare evidente da queste argomentazioni, le questioni decise in senso difforme dalle due Sezioni semplici avrebbero dovuto essere rimesse, invece, ai sensi dell'art. 374 c.p.c., alle Sezioni unite. Ma non è da escludere che, in futuro, il Primo Presidente o un collegio in diversa composizione dovrà, opportunamente, provvedere in tal senso.

5. *Gli obblighi di protezione "autonomi", ma "connessi" ad una prestazione prevista, dalla legge, come non dovuta*

A prescindere dallo specifico problema della responsabilità precontrattuale, che risulta disciplinato dall'osservanza di un'obbligazione *ex lege* di buona fede-correttezza (artt. 1337 e 1175 c.c.), qualificabile come obbligo di protezione "autonomo" tipizzato, la dottrina italiana si è interrogata sull'esistenza di altri obblighi di protezione "puri" in altri ambiti del diritto civile. Ma la mera «relazione», per assurgere a «categoria essenziale dell'obbligazione»¹³⁵ anche in assenza di un obbligo di prestazione, deve pur sempre trovare la sua fonte in un "fatto giuridico" o in una norma che qualifichino la condotta come dovuta od esigibile¹³⁶ per il diritto.

Recenti studi volti a ricercare l'eventuale sussistenza di obblighi di protezione "autonomi" ed "altri" rispetto alla disciplina della responsabilità precontrattuale, ritenendo insufficiente «il riferimento alla ca-

¹³⁴ Cass., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, cit., § 33.2., in fine.

¹³⁵ Così, C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione*, cit., p. 66 ss.

¹³⁶ Così, A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 65.

tegoria, *puramente logica, della relazione*¹³⁷, hanno cercato di «precisare quale sia il *contenuto* che rende questa relazione capace di produrre in capo ai soggetti un vero e proprio dovere reciproco di protezione» e di chiarire «in che debba consistere il contatto sociale che può creare i doveri di protezione»¹³⁸. L'indagine, sulla scia dell'intuizione di Adolfo di Majo, si è incentrata sull'esistenza, nel nostro diritto, di ipotesi tipicamente individuate dal legislatore nelle quali è possibile una «prestazione senza obbligazione». Così, nel caso dell'adempimento del terzo (art. 1180 c.c.) la norma, al fine di agevolare la realizzazione del diritto del creditore all'adempimento, autorizza il terzo ad ingerirsi nella sfera giuridica del creditore, con la conseguenza che il terzo risponde dei danni a titolo contrattuale al pari del debitore¹³⁹. Ma, in questa ipotesi, gli obblighi di protezione eventualmente violati sono comunque «accessori»¹⁴⁰ rispetto alla prestazione che è oggetto di esecuzione da parte del terzo.

Così, nel caso classico, ed assai citato, della gestione di affari altrui la fonte degli obblighi di protezione, in assenza di un obbligo giuridico preesistente (derivante, ad es., da un contratto di mandato), «non può che essere la prestazione medesima», ovvero «il fatto consistente nell'inizio della prestazione»¹⁴¹, con la conseguenza che, fin quando perdura la

¹³⁷ F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, cit., p. 113, in critica a C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione*, cit., p. 71 ss.

¹³⁸ F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, cit., pp. 112 e 113.

¹³⁹ F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, cit., p. 118.

¹⁴⁰ In proposito, precisa che anche «i doveri di protezione accessori rispetto ad un obbligo principale possono dirsi "autonomi", nel senso che hanno una funzione ed una collocazione autonoma nell'obbligazione intesa come rapporto complesso», F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, cit., p. 119 s., in nt. 20.

¹⁴¹ F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, cit., pp. 124 e 123.

prestazione, il gestore è responsabile contrattualmente¹⁴² dei danni causati al patrimonio del gerito a causa della sua condotta. Come sottolinea la più autorevole dottrina, «l'inizio di una prestazione svolta nella sfera altrui e nell'interesse altrui, e così l'inizio dell'acceptio di una prestazione, goduta mediante ingerenza nella sfera altrui, possono trovare una regolamentazione vincolante nel diritto oggettivo, ovvero nel precetto privato predisposto dal soggetto della sfera giuridica in cui si è verificata l'ingerenza»¹⁴³. La legge «eleva direttamente il comportamento di ingerenza ad elemento costitutivo del contratto»¹⁴⁴. Ma qui, a differenza di quanto accade per il pagamento del terzo, la legge pone accanto agli obblighi di protezione, espressione del principio di correttezza¹⁴⁵, «un dovere principale di prestazione», una «obbligazione piena»¹⁴⁶ che ha ad oggetto la prosecuzione della prestazione, almeno fin quando il gerito non sia in grado di provvedervi da sé (art. 2028, comma 1, c.c.), con l'osservanza «di tutte le cautele idonee ad evitare che l'ingerenza nell'altrui sfera giuridica, finché perdura, possa arrecare qualsiasi danno al soggetto gerito»¹⁴⁷.

Anche nel caso delle obbligazioni naturali, se è incontestato che il debitore naturale non è tenuto giuridicamente ad adempiere, ci si chiede se possa essere tenuto a risarcire i danni in via contrattuale qualora, nell'adempire, cagioni un danno alle cose o alla persona del creditore naturale. In altri termini, il debitore naturale che voglia adempiere, a causa e/o in occasione dell'esecuzione della prestazio-

¹⁴² Così, anche A. GIANOLA, *Atto gratuito, atto liberale. Ai limiti della donazione*, Milano, 2002, p. 127. Discorre, invece, di una responsabilità quasi-contrattuale derivante dalla mera violazione degli obblighi di protezione, P. SIRENA, *La gestione di affari altrui*, Torino, 1999, p. 58.

¹⁴³ R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. di Dir. Civ.* diretto da R. Sacco, t. I, Torino, III ed., 2004, p. 321.

¹⁴⁴ R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 321.

¹⁴⁵ U. BRECCIA, *La gestione di affari*, in *Tratt. Rescigno*, 9, II ed., Torino, 1999, p. 897.

¹⁴⁶ F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, cit., p. 125, anche in nt. 33.

¹⁴⁷ P. SIRENA, *op. cit.*, p. 47 s.

ne potrebbe essere considerato vincolato all'osservanza di obblighi di protezione, così come se fosse civilmente obbligato. Il principio di buona fede, che pur non obbliga il debitore naturale ad eseguire la prestazione, potrebbe imporgli il dovere di proteggere la sfera giuridica della controparte allorché la prestazione venga volontariamente eseguita ed accettata¹⁴⁸.

In queste ipotesi «il fatto in sé della prestazione», anche se non dovuta, darebbe luogo «a quel contatto sociale qualificato» che obbligherebbe entrambe le parti a proteggere l'altra in virtù dell'esposizione «delle rispettive sfere ad un rischio particolare cagionato dalla esecuzione di una prestazione»¹⁴⁹. In tal senso potrebbe parlarsi di obbligazioni (di protezione) senza un dovere principale di prestazione, pur nella consapevolezza che non si tratti di «obbligazioni senza prestazione» in senso tecnico, in quanto gli obblighi di protezione si rivelano comunque «accessori» (o comunque «funzionali»)¹⁵⁰ rispetto ad una prestazione che pur non è dovuta.

Quindi, il problema è non tanto quello di chiedersi come da un fatto possa nascere un'obbligazione, con conseguente inversione tra fatto e diritto, dalla prestazione all'obbligazione¹⁵¹, quanto di stabilire «quale sia il fatto che, "in conformità dell'ordinamento giuridico", è capace di dare luogo alla reciproca obbligazione di protezione»¹⁵². In via di prima approssimazione, si sono contemplate «le ipotesi del contratto nullo eseguito in fatto; dell'indebito pagamento, compreso l'indebito soggettivo *ex latere solventis*; del pagamento al creditore

¹⁴⁸ F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, cit., p. 129.

¹⁴⁹ F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, cit., pp. 130 e 132.

¹⁵⁰ Così, C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione*, cit., p. 67.

¹⁵¹ Così, invece, C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione*, cit., p. 61 ss.

¹⁵² F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, cit., p. 133.

apparente, ove il dovere di protezione sussiste nei confronti (e, per altro verso, a carico) dell'*accipiens* e non (o non solo) del vero creditore; della delegazione di pagamento; della prestazione gratuita resa da un imprenditore a scopo promozionale (e quindi a profitto di chi la rende, oltre che di chi la riceve); delle condotte dovute ma non sulla base di un rapporto obbligatorio in senso tecnico, come nei rapporti familiari (...) o ai sensi dell'art. 843 c.c.»¹⁵³. Così la stessa responsabilità da informazioni inesatte avrebbe natura contrattuale ogni qual volta, a prescindere dalla particolare qualificazione professionale (c.d. responsabilità da *status*), il contatto tra le parti «è diretto», anche se non vi era tra di esse «alcun contratto, né di somministrazione delle informazioni né di altro genere»¹⁵⁴.

Tuttavia, il settore che ha dato maggior impulso alla tematica della “obbligazione senza prestazione” o, più propriamente, della “prestazione senza obbligazione”¹⁵⁵, è senz'altro quello della responsabilità del medico dipendente da una struttura sanitaria pubblica o privata. Qui la “contrattualizzazione” del rapporto (obbligatorio che, secondo Adolfo di Majo, semplicemente «non c'è»)¹⁵⁶ tra medico dipendente e paziente è stata affermata sulla base dello *status* professionale del primo, che rappresenterebbe l'elemento che qualifica il contatto sociale in funzione dell'affidamento¹⁵⁷, costituendolo in fonte di un obbligo di protezione e della conseguente responsabilità. Ma, in questo caso, l'esistenza di un contratto tra la struttura e il sanitario¹⁵⁸ potrebbe consentire di estendere la responsabilità contrattuale al paziente sulla base

¹⁵³ F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione “autonomi”*, cit., p. 134.

¹⁵⁴ F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione “autonomi”*, cit., pp. 135 e 136.

¹⁵⁵ A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione*, cit., p. 451.

¹⁵⁶ A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 65.

¹⁵⁷ Testualmente, C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, p. 698.

¹⁵⁸ Emblematica, in proposito, la posizione assunta da Cass., Sez. III, 26 giugno 2012, n. 10616, in *Danno e resp.*, 2013, p. 840.

di una diversa ricostruzione fondata sul contratto con effetti di protezione per terzi.

Incontestata la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria (nella quale opera il sanitario) nei riguardi del paziente (sulla base anche della mera “accettazione” di quest’ultimo nella struttura), si poneva il problema di qualificare la responsabilità che il medico assume nei confronti del ricoverato, in assenza di un contratto di cura intercorso tra costoro. In questo caso il medico esegue la prestazione, dovuta nei riguardi della struttura sanitaria, in quanto “ausiliario” della stessa (*ex art. 1228 c.c.*). Ma la stessa dottrina che individuava, nella specie, un’obbligazione senza prestazione che grava sul medico sembrava negare che l’ausiliario potesse essere, a propria volta, debitore, essendo altresì escluso che debitore ed ausiliario fossero coobbligati in solido alla prestazione¹⁵⁹. Secondo un’opinione largamente dominante, gli ausiliari rispondono personalmente soltanto a titolo extracontrattuale¹⁶⁰ per i danni causati al creditore nell’esecuzione della prestazione.

L’eventuale estensione della responsabilità contrattuale al medico “ausiliario”, inoltre, poneva il problema di applicare, coerentemente, tale soluzione anche agli altri ausiliari del debitore, a prescindere dallo specifico *status* derivante dall’esercizio di una professione. Non a caso, la Cassazione ha considerato “contrattuale” la responsabilità dell’insegnante dipendente dall’istituto scolastico, pur non avendo egli «alcuna particolare qualificazione, né addestramento, né specifica abilitazione legale *come sorvegliante*»¹⁶¹. Non è da escludere che un analogo affidamento oggettivo che giustifica la nascita di obblighi di protezione potrebbe esservi per il trasportato nei riguardi del conducente di un veicolo, come «ad esempio per il pilota di un elicottero», o nei riguardi di un «elettricista lavoratore dipendente, se durante il suo intervento

¹⁵⁹ C. CASTRONOVO, *Ritorno all’obbligazione senza prestazione*, cit., p. 708.

¹⁶⁰ Per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 64.

¹⁶¹ F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione “autonomi”*, cit., p. 152.

il televisore del committente “si brucia”, o il committente stesso viene folgorato»¹⁶².

Il problema della responsabilità civile del professionista sanitario è stato risolto non dal c.d. “Decreto Balduzzi” (d.l. n. 158 del 13 settembre 2012)¹⁶³, convertito in legge, in maniera peraltro non conforme, nel novembre dello stesso anno (l. n. 189 dell’8/11/2012), ma dalla successiva riforma della responsabilità sanitaria (l. n. 24 del 2017) che ha mantenuto ferma la responsabilità contrattuale soltanto per le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private, mentre ha qualificato esplicitamente come extracontrattuale (con il rinvio all’art. 2043 c.c.: art. 7, comma 3) la responsabilità degli esercenti la professione sanitaria, «anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa» (comma 1), salvo che non abbiano agito «nell’adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente» (comma 3).

La questione del “contatto sociale”¹⁶⁴, quindi, ha trovato una contrapposta soluzione in tema di responsabilità sanitaria e di responsabilità precontrattuale. Ma in quest’ultimo caso, non v’è un mero contatto sociale (*kraft sozialen Kontaktes*), ma quel “contatto negoziale” (*ähnliche geschäftliche Kontakte*) di cui discorre il testo riformato del § 311, comma 2, n. 3, BGB, il quale assume comunque un ruolo soltanto “descrittivo” rispetto alla vera e propria obbligazione *ex lege* che trova la sua fonte direttamente negli artt. 1175 e 1337 c.c. Quindi, invece di ipotizzare l’adesione del nostro legislatore del ‘42 (art. 1173 c.c.) alla tripartizione

¹⁶² F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione “autonomi”*, cit., p. 152.

¹⁶³ Così già M. FEOLA, *La responsabilità civile del professionista sanitario per il danno da “nascita malformata”*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino, 2014, p. 435 s. Approva specificamente questa interpretazione, C. CASTRONOVO, *Swinging Malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, in *Europa e dir. priv.*, 2020, p. 851, in nt. 12.

¹⁶⁴ Sul quale, criticamente, A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (La resistibile ascesa del “contatto sociale”)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 78 ss.

gaiana piuttosto che alla bipartizione giustiniana¹⁶⁵, sembra opportuno ribadire, con un'autorevole dottrina germanica, che la *summa divisio* si articola non più tra responsabilità contrattuale e responsabilità extra-contrattuale, bensì tra quest'ultima e la «responsabilità per la violazione di obblighi derivanti da un rapporto obbligatorio»¹⁶⁶ che ha la sua fonte ora nel contratto ora, direttamente, nella legge¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Così, invece, V. CARBONE, *Responsabilità precontrattuale della P.A. che non adempie l'obbligazione ex lege di comportarsi secondo buona fede*, in *Danno e resp.*, 2016, p. 1061 s.

¹⁶⁶ Con la consueta chiarezza di pensiero, C.-W. CANARIS, *Il "contatto sociale" nell'ordinamento giuridico tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 5

¹⁶⁷ Testualmente A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'obbligazione come rapporto complesso*, cit., p. 922 s.; ID., *Il rapporto obbligatorio*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - M. FEOLA, *Diritto delle obbligazioni*, Napoli, 2020, p. 34.

Abstract

Un'indagine sul rapporto obbligatorio e sulla sua struttura complessa. Da un lato, si esaminano gli obblighi di protezione, anche "autonomi, ma "connessi" ad una prestazione prevista, dalla legge, come non dovuta. Dall'altro si ripercorrono gli itinerari della giurisprudenza italiana che ora recepisce la teoria del "contatto sociale qualificato", contrattualizzando la responsabilità in ampi settori del diritto civile e di quello amministrativo; ora "de-contrattualizza", sulla base del principio del concorso, gli obblighi di protezione pur in presenza di un contratto. Ciò pone in evidenza un "principio di fungibilità o di equivalenza delle soluzioni", che si manifesta anche in altre esperienze giuridiche, fondato sulle interferenze strutturali e funzionali esistenti tra le due specie della responsabilità civile. Un significato paradigmatico assume la vicenda della responsabilità precontrattuale, che continua ad essere qualificata come extracontrattuale, pur a seguito dell'adesione delle Sezioni unite alla sua ricostruzione in termini di «responsabilità relazionale» conseguente alla violazione delle obbligazioni *ex lege* di buona fede (art. 1337 c.c.) e correttezza (art. 1175 c.c.). In tal senso, la *summa divisio* si articola non più tra le responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, ma tra quest'ultima e la «responsabilità per la violazione di obblighi derivanti da un rapporto obbligatorio» che ha la sua fonte ora nel contratto, ora direttamente nella legge.

A survey on the obligatory relationship and its complex structure. On the one hand, it examines the obligations of protection, also "autonomous", but "connected" to a performance envisaged, by law, as not due. On the other, the itineraries of Italian jurisprudence are retraced, which now transposes the theory of "qualified social contact", contractualising liability in broad areas of civil and administrative law; now "de-contractualises", on the basis of the principle of concurrence, the obligations of protection even in the presence of a contract. This highlights a "principle of fungibility or equivalence of solutions", which also

manifests itself in other legal experiences, based on the structural and functional interferences existing between the two species of civil liability. A paradigmatic significance is assumed by the issue of pre-contractual liability, which continues to be qualified as extra-contractual, albeit following the adherence of the Joint Sections to its reconstruction in terms of “relational liability” consequent to the violation of the *ex lege* obligations of good faith (art. 1337 Civil Code) and correctness (art. 1175 Civil Code). In this sense, the *summa divisio* is no longer articulated between contractual and non-contractual liability, but between the latter and “liability for the breach of obligations arising from an obligatory relationship” that has its source now in the contract, now directly in the law.

PAOLO BIANCHI*

APPUNTI IN TEMA DI *REI VINDICATIO*
NEL CONFLITTO INTERSOGETTIVO**

SOMMARIO. 1. – L'ammissibilità del conflitto intersoggettivo tra necessaria concretezza e dimensione costituzionale delle funzioni controverse. 2. – Il necessario tono costituzionale. 3. – La giurisprudenza in tema di *rei vindicatio*: enunciazioni di principio, indicazioni contrastanti e incertezze persistenti. 4. – I tentativi dottrinali di razionalizzare la materia.

1. *L'ammissibilità del conflitto intersoggettivo tra necessaria concretezza e dimensione costituzionale delle funzioni controverse*

Il tema della *rei vindicatio* nel conflitto tra Stato e Regioni e tra Regioni ha ricevuto in dottrina generalmente scarsa attenzione.

Le riflessioni degli studiosi in gran parte si attestano sulla recezione della giurisprudenza, a sua volta costante nell'enunciare la massima per cui, posto che il conflitto ruota intorno alla rivendicazione di attribuzioni costituzionalmente garantite, sono inammissibili i ricorsi intesi a far valere pretese di natura patrimoniale.

Le osservazioni che seguono cercheranno innanzitutto di inquadrare la *rei vindicatio* nella complessiva struttura del conflitto intersoggettivo¹.

* Professore ordinario di diritto pubblico comparato.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

¹ Per l'inquadramento dell'istituto v. C. SELVAGGI, *I conflitti di attribuzioni fra Stato e Regioni e fra Regioni*, in *Foro it.*, 1956, IV, 134 ss.; A. PENSOVECCHIO LI BASSI, *Il conflitto*

Dopo alcune oscillazioni, l'evoluzione giurisprudenziale degli ultimi decenni ha ricondotto la problematica in esame nell'alveo della definizione del "tono costituzionale" necessario all'instaurazione dei conflitti.

di attribuzioni, Milano, 1957; C. ESPOSITO, *Conflitto regionale e competenza*, in *Giur. Cost.*, 1958, 467 ss.; R. LUCIFREDI, *Attribuzioni (conflitti di)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 301 ss.; G. GROTTANELLI DE' SANTI, *I conflitti di attribuzioni tra lo Stato e le Regioni e tra le Regioni*, Milano, 1961; A. PENSOVECCHIO LI BASSI, *Conflitti costituzionali*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 1001 ss.; V. CRISAFULLI, *Poteri di ordinanza ex art. 7, legge sul contenzioso amministrativo, principi generali e conflitti di attribuzione*, in *Giur. Cost.*, 1961, 1303 ss.; C. ESPOSITO, *L'annullamento nei conflitti di attribuzione*, in *Giur. Cost.*, 1961, 938 ss.; G. CHIARELLI, *I conflitti di attribuzione*, in G. MARANINI (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Firenze, 1966, 60 ss.; P.A. CAPOTOSTI, *Questioni in tema di ammissibilità del ricorso nei conflitti di attribuzione*, in *Giur. It.*, 1968, I, 1, 257 ss.; A. CERRI, *Problemi processuali e sostanziali relativi all'ammissibilità del conflitto di attribuzione fra Stato e Regione*, in *Giur. Cost.*, 1968, 1398ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969, 1311ss.; F. DIMORA, *Il conflitto di attribuzione fra Stato e Regione nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1975, 610 ss.; V. MESSERINI, *In tema di conflitti di attribuzione fra Stato e Regione*, in *Foro It.*, 1976, I, 2874; G. BERTI, *Conflitto di attribuzione e giudizio amministrativo*, in *Le Reg.*, 1977, 232 ss. A. PIZZORUSSO, *Conflitto*, in *Noviss. Dig. it.*, App. II, Torino, 1981, 364 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 438 ss.; S. GRASSI, *Il giudizio costituzionale sui conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni e tra Regioni*, Milano, 1985; S. GRASSI, *Conflitti costituzionali*, in *Dig.*, 4^a ed., *Disc. Pubbl.*, vol. III, Torino, 1989, 362 ss.; G. VOLPE, *Art. 137 – IV*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Garanzie costituzionali. Artt. 134-139*, Bologna-Roma, 1981, 368ss.; F. SORRENTINO, *La giurisprudenza della Corte costituzionale nei conflitti tra Stato e regioni*, in *Le Reg.*, 1986, 965 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Conflitti di attribuzione. II) Conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni e tra Regioni*, in *Enc. Giur.*, Vol. VIII, Roma, 1988; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988 337ss.; F. BERTOLINI, *Art. 134, 2° alinea*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 2594 ss.; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Padova, 2008, 337 ss.; G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, II, Bologna, 2012, 451 ss.; E. Malfatti, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2013, 195 ss.; A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, 309 ss.

Per l'analisi puntuale della giurisprudenza in materia v. gli *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, curati da R. Romboli con cadenza triennale per il periodo che va dal 1989 al 2019; più recentemente, v. A. FONZI, *La giurisprudenza della Corte costituzionale sui conflitti di attribuzione fra Stato e Regioni nel triennio 2018-2020: le dinamiche dei rapporti intersoggettivi*, in *Giur. Cost.*, 2021, 1881 ss.

Procederemo pertanto all'esame degli elementi costitutivi di tale requisito, alla luce dei quali potremo analizzare in dettaglio la giurisprudenza che ha evocato la categoria dell'inammissibilità per *rei vindicatio*.

Concluderemo riprendendo le riflessioni dottrinali, al fine di enucleare le poche certezze e le persistenti incertezze maturate sul punto.

Possiamo partire dalla considerazione che il conflitto tra Stato e Regioni e tra Regioni si instaura a partire dalla rivendicazione della spettanza di un'attribuzione di rilievo costituzionale² o (sulla base di una lettura giurisprudenziale ormai consolidata³) della menomazione

² L'art. 39 l. n. 87/53 fa espresso riferimento all'atto di uno degli enti che invada le competenze dell'altro, apparentemente circoscrivendo a tale ipotesi l'insorgere del conflitto. Si tratterebbe di una costruzione più restrittiva di quella prescelta per il conflitto interorganico, dato che quest'ultimo occorre laddove vi siano semplicemente «attribuzioni in contestazione», mentre la presenza di «un atto viziato da incompetenza» (art. 38) degrada a mera eventualità. Una lettura testuale potrebbe dunque orientarsi nel senso della necessità di un atto ai fini dell'instaurazione del conflitto, e della ammissibilità dei soli conflitti di natura rivendicativa.

D'altronde, l'art. 41 rinvia, per la disciplina dei conflitti intersoggettivi, tra gli altri anche all'art. 38, legittimando l'apertura fatta propria dalla giurisprudenza.

Per l'originaria ricostruzione del conflitto quale esclusiva rivendicazione di attribuzioni cfr. R. LUCIFREDI, *Attribuzioni* cit., 302 e A. PENSOVECCHIO LI BASSI, *Il conflitto*, cit., 72. Una accurata ricostruzione del dibattito dottrinale e della prima giurisprudenza sul punto può leggersi in S. GRASSI, *Il giudizio*, cit., 74 ss.

Nella prima fase della sua giurisprudenza, la Corte costituzionale ha accolto la prospettazione del conflitto esclusivamente quale *vindicatio potestatis* sin dalla sent. n. 20/57: «Il presupposto del conflitto di attribuzione fra una Regione e lo Stato, quale è definito dall'art. 39 della legge 11 marzo 1953, n. 87 e per la cui risoluzione è ammesso il ricorso alla Corte costituzionale, da parte della Regione interessata, per il regolamento di competenza, è che si abbia un atto dello Stato che la Regione pretenda abbia invaso la sua competenza costituzionale». Cfr. inoltre, in questo stesso filone, sentt. nn. 43/58, 45/58, 77/58, 58/59, 13/60, 45/61.

³ La sent. 18/1970 adotta una definizione estensiva: «inerisce al concetto stesso di "conflitto di attribuzione" (o, come si esprime l'art. 39 della legge n. 87, "regolamento di competenza"), cui può dar luogo l'atto di un soggetto od organo, che l'atto medesimo illegittimamente incida nella sfera riservata ad altro soggetto od organo, menomandone una competenza o impedendogli di esercitare poteri e diritti ad esso spettanti». V. inoltre le sentt. nn. 110, 140 e 178 del 1970. In proposito S. GRASSI, *Il giudizio*, cit., 185 ss.

che risulti dallo scorretto esercizio delle attribuzioni proprie dell'ente resistente (conflitto da interferenza).

L'oggetto del conflitto è perciò definito dalle funzioni intorno alle quali si controverte, per come esse risultano dalla definizione ad opera della Costituzione e delle leggi costituzionali (tra le quali assumono un posto di rilievo gli Statuti speciali)⁴. Non è d'altronde possibile instaurare un conflitto a partire esclusivamente dalla rivendicazione in astratto delle attribuzioni: è necessario che vi sia una concreta lesione delle stesse, determinata da un'azione o da un'omissione, che si manifesta generalmente (ma non necessariamente) attraverso un atto⁵. Viene dedotta in giudizio la condotta o l'atto che esprime in concreto la lesione delle competenze denunciata.

Dal novero degli atti suscettibili di impugnazione in sede di conflitto intersoggettivo è esclusa soltanto la legge, non perché questa non possa dar luogo a lesione di attribuzioni, ma solo perché al giudizio sulle leggi è destinata una specifica via di accesso alla Corte costituzionale.

La controversia attiene alla competenza, ma non può esaurirsi nella sua mera rivendicazione, perché la natura del giudizio, contenzioso e di parti, postula l'enucleazione dell'interesse ad agire del soggetto ricorrente; interesse che necessariamente scaturisce da un atto o una condotta dei quali il ricorrente assume la lesività delle proprie attribuzioni

⁴ «Le stesse nozioni di “sfera di attribuzioni” o di “competenza” [...] sono state estese a ricomprendere qualsiasi situazione soggettiva di vantaggio, anche consistente in singoli diritti o facoltà, costituzionalmente spettanti, in ordine a determinate fattispecie, allo Stato o alla Regione» (V. CRISAFULLI, *Lezioni cit.*, 443). Secondo F. SORRENTINO, *La giurisprudenza della Corte costituzionale nei conflitti tra Stato e Regioni*, in *Le Reg.*, 1986, 972, ai fini dell'ammissibilità del conflitto rileva la «lesione della posizione costituzionale del ricorrente».

⁵ Nella costante giurisprudenza costituzionale si definisce «idoneo a innescare un conflitto di attribuzione qualsiasi atto o comportamento significativo, imputabile allo Stato o alla regione, purché sia dotato di efficacia o di rilevanza esterna e sia diretto ad esprimere in modo chiaro e inequivoco la pretesa di esercitare una data competenza, il cui svolgimento possa determinare un'invasione attuale dell'altrui sfera di attribuzioni o, comunque, una menomazione altrettanto attuale delle possibilità di esercizio della medesima» (sent. n. 771/88).

e richiede l'annullamento al fine di ristabilire il quadro costituzionale alterato. Può pertanto aversi conflitto soltanto allorché vi sia lesione di competenze di rango costituzionale, tale da determinare una concreta lesione in capo all'ente ricorrente; l'intervento della Corte costituzionale è inteso al ristabilimento dell'equilibrio tra i soggetti, eventualmente (ma non necessariamente) potendosi disporre, in caso di accoglimento del ricorso, l'annullamento dell'atto.

Il conflitto non può neppure essere inteso come strumento (aggiuntivo rispetto alla giurisdizione comune) di impugnazione degli atti dei quali si lamenta l'illegittimità: «non è sufficiente che il “cattivo esercizio” del potere si manifesti in mera illegittimità dell'atto - sindacabile dal giudice amministrativo con i mezzi ordinari di tutela giurisdizionale [...] - ma occorre anche che esso possa configurare una lesione o una menomazione delle competenze costituzionalmente garantite al soggetto ricorrente»⁶.

Possiamo sintetizzare le considerazioni svolte sinora riprendendo le parole impiegate dalla Corte in una recente decisione: «sebbene l'oggetto del conflitto sia duplice (identificandosi, tanto nella questione sulla competenza, quanto nell'atto del quale si chiede l'annullamento), la sostanza del conflitto di attribuzione si identifica sempre, infatti, nella questione di competenza, per come esplicita in concreto e non nella prospettazione di essa, per come attribuita in astratto. Le attribuzioni che vengono in rilievo in sede di conflitto non possono considerarsi, quindi, quale mera *causa petendi*, ma concretano il bene della vita

⁶ Sent. n. 245/92.

In sostanza, l'atto impugnabile in sede di conflitto non deve essere soltanto illegittimo, ma anche invasivo di attribuzioni costituzionalmente riservate. Così, per A. PENSOVECCHIO LI BASSI, *Conflitti costituzionali*, cit., «l'attività della Corte è destinata ad assicurare il mantenimento della regolarità costituzionale attraverso la eliminazione delle violazioni costituzionalmente rilevanti e non già di tutte le possibili violazioni dei limiti di competenza nei rapporti tra poteri statali». Per S. GRASSI, *Conflitti costituzionali*, cit., 370s., la lesione deducibile concerne la «possibilità concreta di esercizio del potere». Sulla nozione di invasione di competenza cfr. F. BERTOLINI, *Art. 134, 2° alinea*, cit., 2598 ss.

controverso, non potendosi mai risolvere il conflitto in un giudizio a carattere meramente impugnatorio»⁷.

Questa sommaria delimitazione è più problematica di quanto potrebbe apparire, poiché presuppone – ai fini dell’instaurazione del conflitto – la coesistenza di una dimensione generale e astratta, di rilievo sistematico (il riparto delle competenze) e ancorata al dettato costituzionale (in mancanza del quale il conflitto sarà devoluto alla giurisdizione comune), con una dimensione concreta che necessariamente attingerà agli interessi materiali dell’ente ricorrente. Laddove difetti il primo elemento, il ricorso sarà inammissibile per difetto di “tono costituzionale”, mentre in assenza del secondo l’inammissibilità deriverà dall’assenza dell’interesse a ricorrere⁸.

Il conflitto ha perciò una natura intrinsecamente duale, non potendo prescindere né dall’inquadramento al livello della controversia di rango costituzionale, né dall’ancoraggio a un «bene della vita» ben definito, del quale si assume la lesione.

In tale ambito nasce ben presto la problematica imperniata sulla distinzione tra la rivendicazione di beni che si esaurisce in sé, e la pretesa della quale si afferma la natura strumentale rispetto all’affermazione della competenza costituzionalmente rilevante.

È pacifico, sia sul piano concettuale che nella giurisprudenza costituzionale, che la prima ipotesi, di una controversia integralmente imperniata sulla titolarità di beni, materiali o immateriali, la quale tragga fondamento esclusivamente da fonti primarie o persino di rango inferiore, non possa innescare il conflitto.

Resta però irrisolto il nodo concettuale consistente nel nesso di strumentalità, più volte invocato dal ricorrente, tra la titolarità o la disponibilità del bene conteso e l’esercizio delle funzioni. In tal caso il

⁷ Sent. n. 108/21, sulla quale v. G. MENEGATTO, *Una “giurisprudenza per tutte le stagioni”? Una lettura critica della sentenza n. 108/2021 della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, n. 3/2022.

⁸ Sull’interesse a ricorrere v. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 473.

discrimine si fa più sfumato, dovendosi scendere necessariamente ad un esame di dettaglio delle connessioni tra l'uno e le altre. Tale esame scivola pericolosamente in direzione della valutazione discrezionale, che implica un livello elevato di incertezza e innesca potenziali contraddizioni interne alla stessa giurisprudenza costituzionale.

2. *Il necessario tono costituzionale*

Giunti a questo passaggio critico, la problematica specifica della quale ci stiamo occupando si innesta sull'altra, più ampia e che la comprende, del necessario tono costituzionale della controversia⁹.

Come si è detto, in linea di principio, perché vi sia conflitto è necessario che la controversia riguardi la spettanza o il corretto esercizio di attribuzioni costituzionali. Ciò non significa che possano fungere da parametro soltanto le norme formalmente costituzionali, ma richiede che sia evidenziato il fondamento costituzionale delle attribuzioni contestate. Una volta inquadrato il conflitto nella corretta cornice, è ammessa l'integrazione del parametro ad opera di fonti primarie, purché esse costituiscano realizzazione e specificazione dell'assetto costituzionale delle competenze¹⁰.

⁹ L'espressione è stata coniata da C. MEZZANOTTE, *Le nozioni di potere e di conflitto nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. Cost.* 1979, 110 ss., in relazione al conflitto tra poteri. È interessante notare che la sua trasposizione nel conflitto intersoggettivo avvenne con la sent. n. 426/99, della quale Mezzanotte fu il Giudice relatore. Da allora la Corte ha fatto ampiamente uso del concetto di "tono costituzionale", come vedremo nel testo, per qualificare uno dei requisiti di ammissibilità del ricorso.

Per riflessioni alla luce della giurisprudenza costituzionale più recente v. F. SORRENTINO, *Alla ricerca del tono costituzionale dei conflitti*, in *Giur. cost.*, 2019, 2665 ss.

¹⁰ A. PIZZORUSSO, *Conflitto*, cit., 376; G. VOLPE, *Art. 137 - IV* cit., 382ss.; F. SORRENTINO, *La giurisprudenza* cit., 217 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Conflitti*, cit., 5; S. GRASSI, *Conflitti*, cit., 371, tutti nel senso di ammettere che la natura costituzionale del conflitto sia presente anche qualora la controversia trovi inquadramento in disposizioni non formalmente ma materialmente costituzionali. Ciò implica due ulteriori elementi di complessità, che qui non è possibile affrontare, derivanti in primo luogo dall'incerta

L'orientamento della giurisprudenza costituzionale è costante nella ricerca di una linea di demarcazione tra le ordinarie controversie tra enti, devolute alla giurisdizione ordinaria o a quella amministrativa¹¹, e quei conflitti il cui ambito è definito dal dettato costituzionale: Stato e Regioni possono sollevare il conflitto quando «lamentino non una qualsiasi lesione, ma una lesione di una propria competenza costituzionale»¹².

e controversa ricognizione delle fonti materialmente costituzionali e secondariamente dall'eventuale contrarietà tra queste e le disposizioni formalmente costituzionali.

¹¹ Per un'ampia riflessione sui rapporti tra giurisdizione costituzionale, ordinaria e amministrativa in relazione ai conflitti intersoggettivi v. C. PADULA, *Conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni, giudicato costituzionale e vincolo nei confronti dell'attività amministrativa e dei giudizi amministrativi e ordinari*, in R. Pinardi (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I conflitti di attribuzioni*, Torino, 2007, 95 ss. V. inoltre L. VANDELLI, *I difficili rapporti tra conflitto di attribuzioni e giurisdizione amministrativa*, in *Giur. cost.*, 1977, 1815 ss.; C.E. GALLO, *Conflitti di attribuzione tra Stato e Regione e processo amministrativo: gli atti di controllo*, in *Foro It.*, 1978, III, 509 ss.; U. POTOTSCHNIG, *In tema di conflitto di attribuzione*, in *Le Reg.*, 1979, 139 ss.; G. SERGES, *Giudizio amministrativo e conflitto di attribuzioni fra Stato e Regione*, in *Diritto e società*, 1981, 3, 642 ss.; V. ANGIOLINI, *Nuovi sbocchi o nuovi problemi nel rapporto tra conflitto di attribuzioni e giudizio amministrativo?*, in *Le regioni*, 1985, 188 ss.; V. COCOZZA, *Conflitto di attribuzioni, giudizio amministrativo, sindacato sul corretto esercizio del potere*, in *Le regioni*, 1986, 754 ss.; V. ANGIOLINI, *Delega di funzioni: ancora sui rapporti tra giudizio amministrativo e conflitto costituzionale di attribuzioni*, in *Le regioni*, 1987, 258 ss.; R. MANFRELOTTI, *Effetti del giudicato costituzionale reso in sede di conflitto intersoggettivo e validità degli atti amministrativi*, in *Giur. cost.*, 2006, 1, 167 ss.; F. GUELLA, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione della Corte costituzionale in sede di conflitto di attribuzioni*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2022, 84 ss.

¹² Così la sent. n. 41/14. Nello stesso senso anche la sent. n. 87/15, sulla quale v. L. FERRARO, *La Consulta non retrocede sul tono costituzionale del conflitto, anche alla luce della recente riforma costituzionale 1/2012*, in *Giur. Cost.*, 2015, 761 ss. e le sentt. nn. 10/17, 28/18, 26, 90 e 184/22.

Nella sent. n. 255/2019 la Corte osserva che «la ricorrente non si è limitata a denunciare la mera violazione di legge, bensì “l'esercizio di un potere radicalmente diverso da quello attribuito dalla legge”, integrante “un'ipotesi di lamentata carenza di potere in concreto incidente sulle prerogative costituzionali della ricorrente” [...], e, pertanto, ha lamentato “non una qualsiasi lesione” (sentenza n. 28 del 2018), ma una lesione di proprie competenze costituzionali», concludendo per l'ammissibilità del ricorso.

Alla ricerca del limite, per così dire, “inferiore” del conflitto, la Corte stessa ha precisato che il valore di parametro «riconosciuto a fonti primarie ai fini della definizione delle competenze rispettive dello Stato e delle Regioni, eccede quello che sarebbe normalmente e naturalmente loro proprio e si giustifica soltanto in quanto esse si pongano come attuazione e specificazione necessaria alla concreta operatività di norme costituzionali sulle competenze. Qualora ciò non si verifichi e tuttavia si prospetti l’illegittimo uso di un potere statale che determina bensì conseguenze avvertite come negative dalle regioni, ma non tali da alterare la ripartizione delle competenze indicata da norme della Costituzione (o, comunque, da norme costituzionali), i rimedi dovranno eventualmente essere ricercati dagli interessati presso istanze giurisdizionali diverse da quella costituzionale»¹³.

Ciò non significa che la prospettata violazione di legge da parte dell’atto impugnato escluda la configurabilità di un conflitto. Abbiamo infatti ricordato che è pacificamente ammessa l’integrazione del parametro costituzionale con il richiamo a disposizioni primarie: da ciò deriva che l’atto impugnato il quale si fonda (anche) su una legge possa essere dichiarato lesivo delle attribuzioni dell’ente ricorrente non solo per diretto contrasto con la Costituzione ma anche per violazione di legge, purché questa sia riconosciuta come attuativa del dettato costituzionale. I due profili (lesione delle attribuzioni costituzionali e “semplice” illegittimità) possono coesistere¹⁴, ma il primo è indefettibile, il secondo soltanto eventuale.

Si tratterà, per la Corte, di distinguere «i casi in cui la lesione derivi da un atto meramente illegittimo (la tutela dal quale è apprestata dalla giurisdizione amministrativa), da quelli in cui l’atto è viziato per con-

¹³ Sent. n. 27/96. La formula riportata è divenuta una costante nella giurisprudenza costituzionale, al punto che la troviamo riprodotta, con varianti testuali minime, nelle sentt. nn. 467/1997, 95/2003, 380/2007, 235/2008, 263/2014 e 28/2018.

¹⁴ In tal senso, espressamente, la sent. n. 137/14. Di recente, la Corte ha più volte ribadito che la pendenza di un giudizio ordinario sull’atto impugnato in sede di conflitto non ne determina autonomamente l’inammissibilità: v. sentt. nn. 260/16, 2/18, 57 e 259/19, 22/20.

trasto con le norme attributive di competenza costituzionale (mentre non rileva che l'atto possa essere anche oggetto di impugnazione in sede giurisdizionale)»¹⁵.

Così, sono da ritenere inammissibili i ricorsi intesi a denunciare la “mera illegittimità” dell'atto impugnato, senza che sia individuata la lesione della sfera di attribuzioni del ricorrente¹⁶; i ricorsi che vertono esclusivamente intorno all'interpretazione di disposizioni di legge¹⁷, o volti a contestare prassi¹⁸, atti meramente esecutivi di disposizioni legislative¹⁹, così come i ricorsi che, sotto la veste del

¹⁵ Sent. n. 10/2017.

¹⁶ In tal senso, ad es., la sent. n. 215/93. Nella sent. n. 263/14 la Corte osserva che la ricorrente «si è limitata a dedurre la violazione, ad opera delle deliberazioni impugnate, di norme di legge statali e regionali riguardanti il costo massimo del personale e, in particolare, il computo in tale tetto del personale distaccato e di quello alle dipendenze dei gruppi e dei singoli consiglieri, senza indicare quali siano le competenze costituzionali incise e in che modo la violazione di legge si rifletta su di esse». Il ricorso si risolve pertanto nella «mera denuncia di una errata interpretazione della disciplina legale della materia».

¹⁷ Così, nella sent. n. 121/05, ad es., la Provincia autonoma di Bolzano lamentava la lesione di attribuzioni in materia di certificazione di idoneità di impianti secondo la normativa comunitaria. La Corte ha rilevato che in realtà l'atto statale non negava le attribuzioni regionali, ma contestava l'inadempimento provinciale rispetto agli obblighi fissati dalle disposizioni comunitarie, risolvendosi la controversia «in un contrasto interpretativo» che la rende «priva del necessario carattere costituzionale». In senso analogo v. sentt. nn. 380/07, 263/14, 28/18.

¹⁸ Ad es., l'inerzia dell'amministrazione statale a seguito di un'istanza non vincolante non può essere interpretata come lesione di potestà riconosciute dalla Costituzione, ma solo come (eventuale) illegittimità da far valere davanti al giudice comune: in tal senso la sent. n. 276/07, sulla quale v. A. CERRI, *Il conflitto intersoggettivo ed il comportamento inerte*, in *Foro It.*, I, 3343 ss., ove la Corte ammette il conflitto da omissione solo quando questa integri una «lesione attuale delle competenze difese», dovendosi pertanto escludere nei casi, come quello di specie, in cui l'omissione sia da ricondurre al mero inadempimento, in sé non idonei ad integrare una rivendicazione di attribuzioni.

¹⁹ In proposito, da ultimo, v. sent. n. 164/21, in cui si ribadisce il divieto, in sede di conflitto, «di porre in discussione la legittimità costituzionale della disciplina primaria di cui l'atto oggetto di conflitto è applicativo, benché essa

conflitto, propongono in realtà l'impugnazione surrettizia di una decisione giudiziaria²⁰.

La sussistenza del tono è inoltre valutata in relazione ad ognuno dei motivi di ricorso, potendosi avere decisioni parziali di inammissibilità nel caso in cui solo alcune delle censure abbiano fondamento costituzionale²¹.

Il discrimine non verte insomma sulla natura dell'atto impugnato, bensì sugli effetti che esso produce in relazione al riparto di attribuzioni, ammettendosi il conflitto in presenza di atto idoneo, cioè «dotato di efficacia o di rilevanza esterna e [...] diretto ad esprimere in modo chiaro ed inequivoco la pretesa di esercitare una data competenza, il cui svolgimento possa determinare un'invasione attuale dell'altrui sfera di attribuzioni o comunque una menomazione altrettanto attuale delle possibilità di esercizio delle medesime»²².

non fosse stata a suo tempo impugnata nel termine di decadenza concesso per proporre questioni di legittimità costituzionale in via principale. Difatti, a garanzia, nei loro stessi confronti, della certezza del diritto si richiede che Stato e Regione intervengano in termini tassativamente fissati a promuovere direttamente il giudizio di legittimità costituzionale. Tale garanzia verrebbe meno se, con la possibilità di sollevare conflitti di attribuzione per atti meramente esecutivi o applicativi, restasse aperta indefinitamente nel tempo la possibilità della impugnativa delle leggi da parte di soggetti che hanno omesso di proporla in via diretta, nei termini stabiliti dalle norme che regolano l'azione dei soggetti e degli organi costituzionali al fine di assicurare il rispetto della Costituzione e l'unità dell'ordinamento giuridico positivo». Nello stesso senso anche sentt. nn. 369/10, 207/12, 144/13, 386/05, 86/15 e 77/16.

²⁰ Sul punto, che qui non è possibile approfondire, basti ricordare che la Corte costituzionale distingue tra i conflitti nei quali l'ente ricorrente contesta in radice l'esercizio del potere giurisdizionale, assumendo che esso invada illegittimamente la sfera di attribuzioni costituzionalmente garantita (v. ad es. sent. n. 226, 391 e 392/99, 39/07, 332/11, 107 e 235/15, 2/18, 22/20), dai tentativi di ottenere un sindacato di ultima istanza contro decisioni giudiziarie sgradite o comunque contestate. Questi ultimi, intesi come forme indebite di impugnazione, sono destinati alla declaratoria di inammissibilità (v. ad es. sentt. nn. 276 e 326/03, 2 e 150/07, 72/12, 252/13, 224/19).

²¹ In tal senso sentt. nn. 437/00, 412/08, 104 e 260/16, 10/17.

²² Così, fra le tante, sent. n. 382/06.

È d'altronde chiaro che un requisito non direttamente definito dal legislatore, ma ricavabile soltanto dalla giurisprudenza costituzionale, è suscettibile di applicazioni oscillanti e si presta a letture di volta in volta tese ad aprire o chiudere la via del conflitto in vista del perseguimento di obiettivi di gestione complessiva del contenzioso, per loro natura estranei.

Poste tali premesse, è inevitabile rinvenire decisioni nelle quali il conflitto è ammesso sulla base della mera allegazione della lesione di attribuzioni di rango costituzionale²³ e decisioni di inammissibilità nelle quali si esclude che la semplice affermazione del ricorrente sia sufficiente a radicare il conflitto, dovendosi procedere all'esame del suo fondamento²⁴. Persino in presenza di più ricorsi che denunciano lesioni analoghe o identiche per oggetto e parametro invocati, è accaduto che la Corte rispondesse in modo differenziato, senza che consentire all'interprete di ricavare un chiaro criterio distintivo²⁵.

²³ V. ad es. sentt. nn. 89/06, 255/07, 337/09, 9/13, 137/14, 235/15, 77, 104 e 260/16, 10/17. Nella sent. n. 287/05 la Corte, di fronte ad eccezione della difesa erariale al riguardo, risponde che «la violazione delle attribuzioni statutarie della Provincia autonoma, infatti, conferisce di per sé “tono costituzionale” al conflitto, restando irrilevante la concorrente possibilità di impugnativa giurisdizionale». Si spinge ancora oltre la sent. n. 77/16, ove si precisa che ad integrare il necessario tono costituzionale è sufficiente la prospettazione della lesione, rinviandosi alla fase di merito la verifica della sua esistenza in concreto.

²⁴ È questa l'eventualità che ricorre con maggiore frequenza. V., tra i numerosi esempi possibili, le sentt. nn. 121/05, 305/11, 238/12, 52/13 (sulla quale G. LANEVE, *Se dalla mera illegittimità dell'atto non si passa alla lesione delle attribuzioni costituzionali, non c'è spazio per il conflitto intersoggettivo*, in *Osservatorio AIC*, settembre 2013), 263/14, 87 e 107/15, 260/16, 10/17 (queste ultime due con riferimento ad alcune soltanto delle censure sollevate), 224/19.

Nella sent. n. 199/04 la Corte riconosce il “tono”, pur criticando la non esaustività del ricorso statale sul punto.

²⁵ Si v., a titolo di es., quattro decisioni della Corte su ricorsi della Provincia di Bolzano contro decreti del questore in tema di poteri di pubblica sicurezza e tutela dell'ordine pubblico. La prima, sent. n. 235/08, è una decisione di inammissibilità conseguente a una penetrante analisi del tono costituzionale. Le tre successive (santt. nn. 129/09, 72 e 259/10) sono di rigetto. In particolare, l'ultima entra nel merito

Che la definizione dei requisiti di “tono costituzionale” necessari all’instaurazione di un conflitto sia tutt’altro che consolidata, è testimoniato dal periodico ritorno della Corte sulla questione. Ancora di recente il Giudice di costituzionalità, trovandosi di fronte a un caso di particolare complessità²⁶, ha proposto un ulteriore criterio di ricognizione dei confini tra giudizio ordinario e conflitto costituzionale.

Dopo aver ricordato i presupposti per l’instaurazione del giudizio avanti a sé ed aver confermato la potenziale coesistenza tra le due vie di azione, la Corte rileva che, nel caso di specie, la Regione ricorrente chiede «un penetrante sindacato sui contenuti» dell’atto impugnato «alla luce del dettato normativo primario, al fine di definire confini ed oggetto del potere» esercitato dalla struttura statale, «senza dimostrare [...] che il controllo in concreto operato dagli ispettori, e asseritamente svolto *contra legem*, abbia effettivamente recato pregiudizio, per ampiezza e intensità, alla sua sfera costituzionale di attribuzione». Da ciò l’inammissibilità del ricorso.

Se ne dovrebbe desumere che, per aversi tono costituzionale, quanto meno nei conflitti da interferenza, non è (più) sufficiente l’invocazione della lesione in concreto di una sfera di attribuzioni costituzionalmente tutelata, ma è necessario anche dimostrare che l’atto lesivo abbia connotati di «ampiezza e intensità» tali da superare una soglia (non meglio definita) oltre la quale si colloca il conflitto.

Al requisito oggettivo dell’ingresso nella sfera costituzionalmente riservata pare dunque aggiungersi un requisito quantitativo, al di sotto

senza aver svolto alcuna considerazione sulla natura costituzionale della controversia. Per approfondimenti v. P. BIANCHI, *Il conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni e tra Regioni*, in R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008-2010)*, Torino, 2011, 220 ss.

²⁶ Si tratta della sent. n. 87/15, red. Zanon, sulla quale L. FERRARO, *La Consulta non retrocede*, cit. e G. LANEVE, *Ulteriori precisazioni, a futura (si spera) memoria, della Corte costituzionale in tema di conflitti tra Stato e Regioni, dalla “manifestazione estrinseca della volontà di attribuirsi la titolarità del potere” al “tono costituzionale”*: nota a margine delle sentenze n. 86 e 87 del 2015, in www.federalismi.it, 2015, n. 17.

del quale la lesione non si concretizzerebbe. Sul ricorrente incombe perciò l'ulteriore onere di provare non solo l'*an* dell'atto lesivo, ma anche il *quantum* della lesione lamentata: si apre inevitabilmente un nuovo spazio per l'esercizio della discrezionalità del giudice.

3. *La giurisprudenza in tema di rei vindicatio: enunciazioni di principio, indicazioni contrastanti e incertezze persistenti*

La giurisprudenza sul tema del tono costituzionale dei conflitti si riflette necessariamente sull'approccio alla peculiare condizione dei ricorsi nei quali la rivendicazione di un "bene della vita", sia esso materiale o immateriale, assume un carattere – realmente o solo in apparenza – preponderante rispetto al ristabilimento dell'equilibrio competenziale.

Sul tema della c.d. *vindicatio rerum* la giurisprudenza ha spesso oscillato tra opposte concezioni, a seconda che l'affermazione della titolarità del bene fosse intesa come espressione rivendicativa della titolarità dei poteri oppure meramente legata allo specifico oggetto materiale: nella prima ipotesi la Corte propendeva per l'ammissibilità del conflitto, negandola nella seconda.

Se in linea di principio, come già ricordato, si esclude che le controversie aventi ad oggetto la titolarità di beni possano, *di per sé*, costituire materia di conflitto²⁷, possono però darsi situazioni, per così dire, di confine, nelle quali lo schema seguito dalla controversia non è semplicemente quello della rivendicazione in via esclusiva del bene, ma si articola in conseguenza dell'esercizio sia da parte dello Stato che della Regione di proprie attribuzioni su uno stesso bene.

In tali casi non si discute sulla proprietà del bene, ma piuttosto sull'estensione ed i limiti dei poteri di gestione di ciascuno degli enti, nonché sulla misura della facoltà di ciascuno di interferire legittimamente nell'esercizio dell'altrui attribuzione. In altre ipotesi ancora, la

²⁷ Cfr. ad es. S. GRASSI, *Conflitti*, cit., 370.

rivendicazione del bene è assunta dall'ente ricorrente a presupposto dell'esercizio di proprie attribuzioni, lamentandosi la menomazione delle stesse attraverso una condotta solo in apparenza limitata al profilo materiale.

Di fronte al variegato atteggiarsi, nei presupposti fattuali, delle controversie, la Corte costituzionale ha ancorato la propria opera all'espressione di alcuni principi generali, nella ricognizione ed attuazione dei quali conosce significative esitazioni, quando non delle vere e proprie contraddizioni. Ancor più insidiosa, come vedremo, è la tentazione di risolvere le incertezze interpretative e la difficoltà di tradurre i principi generali in regole operative ricavando spazi per l'esercizio di un'ampia discrezionalità, che porta con sé il rischio dell'arbitrio.

Possiamo iniziare la nostra ricognizione esaminando un primo filone giurisprudenziale, che ammette la rivendicazione di beni concreti, siano essi materiali o immateriali, purché la loro titolarità sia connessa all'esercizio di funzioni che la Costituzione assegna al ricorrente

La decisione capostipite, più volte oggetto di distinguo e precisazioni da parte della stessa Corte, è la sent. n. 31/59²⁸, nella quale si individua l'oggetto del giudizio nella «appartenenza allo Stato o alla Regione di una potestà pubblica relativamente a un bene che la Regione assume trasferito al suo patrimonio e lo Stato ritiene rimasto nel proprio. La "disponibilità" del bene è soltanto un presupposto del legittimo esercizio di questa potestà».

Il bene è assegnato all'ente territoriale in funzione dell'espletamento di «funzioni pubbliche attribuite dalle norme costituzionali alla Regione», perciò «l'atto della Regione o dello Stato concernente un bene della cui appartenenza si discuta, può costituire un atto di invasione della sfera di competenza costituzionale dello Stato o della Regione che, in quanto tale, è idoneo a dar luogo a un conflitto di attribuzione».

La Corte rigetta l'eccezione secondo la quale il conflitto deve sorgere non sulla titolarità di un bene ma da «un contrasto intorno a un

²⁸ Sulla quale v. S. CASSARINO, *Un preteso conflitto di attribuzioni*, in *Giur. Cost.*, 1959, 385 ss.

potere generale, di cui lo Stato o la Regione, con l'emanazione dell'atto, pretendono concretamente la "titolarità": sarebbe da un lato difficile «stabilire i confini tra "potere generale" e "potere speciale" o "particolare"», dall'altro irrilevante, «perché un siffatto conflitto sorge quante volte un atto dello Stato invada la sfera di competenza costituzionalmente assegnata alla Regione (e lo stesso vale per il caso in cui sia l'atto regionale a invadere la sfera di competenza dello Stato), senza che sia necessario riferire l'atto che suscita il conflitto a una potestà esecutiva o amministrativa fornita di particolari caratteri di generalità».

Pur essendo irrilevante il carattere generale del potere rivendicato, la Corte si premura di osservare che, nel caso di specie, la controversia riguarda «indirettamente» categorie di beni immobili oggetto (o meno) di trasferimento in base allo Statuto regionale.

Il Giudice di costituzionalità chiude il percorso argomentativo rivendicando la propria competenza, nel quadro del conflitto, «a giudicare dell'appartenenza di un bene allo Stato o alla Regione come presupposto del legittimo esercizio delle potestà amministrative relative a questi beni», che si estende a «stabilire, qualora se ne dubiti, il momento in cui il passaggio del bene dallo Stato alla Regione ha avuto luogo e quindi quello dal quale ha inizio la possibilità di esercizio, da parte della Regione, delle relative potestà», pur riconoscendo espressamente che «questa determinazione (come quasi sempre accade nei conflitti di attribuzione), comporti la necessità di considerare e risolvere pregiudizialmente quesiti di diritto amministrativo».

Sulla stessa linea possiamo ricordare le sentt. nn. 178/71²⁹, 223/84³⁰,

²⁹ Sulla quale v. S. BARTOLE, *Demanio regionale e norme di attuazione*, in *Giur. Cost.*, 1971, 2179 ss. e M. SALAZAR, *In tema di beni di interesse archeologico, artistico e storico assegnati alla Regione Siciliana*, in *Riv. Giur. scuola*, 1972, 476 ss.

³⁰ Qui la Corte ammette «che i ricorsi della Regione Veneto sono pressoché totalmente dedicati alla confutazione della nota ministeriale 13 novembre 1973, con la quale era stato manifestato l'intento di non trasferire, almeno per quel momento, i terreni forestali classificati in riserve naturali», ma osserva che essi chiedono «che venga dichiarata "di esclusiva competenza della Regione Veneto l'attribuzione costituzionale di costituire riserve naturali nelle foreste ecc."».

286/85³¹, 383/91³², 211/94³³ e 313/01. In base a questo approccio la Corte ritiene ammissibili le controversie nelle quali la rivendicazione del bene è intesa come strumentale rispetto all'esercizio delle funzioni.

In senso opposto si colloca la maggior parte delle decisioni, in cui la Corte considera la pretesa del bene come sintomatica della natura meramente patrimoniale della controversia, assumendone l'insufficiente tono costituzionale.

Il punto di riferimento per questo orientamento è la sent. n. 111/76³⁴, in cui la Corte rileva che dai ricorsi per conflitto emerge

Nella rivendicazione regionale si rinviene il fondamento del conflitto, riconducibile alla «violazione [...] non solo e non tanto dell'art. 119 della Costituzione, quanto, soprattutto, dell'art. 117 della Costituzione». A commento della decisione v. A. ABRAMI, *Riserve naturali e zone umide: un assetto amministrativo ancora precario*, in *Giur. Agr. It.*, 1985, II, 87 ss.; F.C. RAMPULLA, *La Corte invoca la legge quadro in tema di parchi e riserve naturali*, in *Le Reg.*, 1984, 1373 ss.

³¹ Commentata da F. GABRIELE, *In tema di conflitto di attribuzione Stato-Regioni*, in *Giur. It.*, 1986, I, 1, 1144 ss.; R. TARCHI, *Questioni processuali e sostanziali in tema di conflitti tra Stato e Regioni*, in *Foro it.*, 1986, I, 1801 ss.

³² Nell'occasione la Corte ammise, e risolse nel merito a favore della ricorrente, un conflitto proposto contro un atto statale di disposizione di un bene del demanio regionale. Di fronte ad un'eccezione di inammissibilità che verteva sulla *rei vindicatio*, la decisione ricorda che «quando si controverte, come nel caso, della pertinenza di un bene al demanio regionale anziché a quello statale, viene immediatamente in discussione la spettanza, e cioè il trasferimento o no dallo Stato alle Regioni, delle relative funzioni in attuazione della normativa che concerne il trasferimento stesso». Richiamato il precedente della sent. n. 31/59, se ne afferma l'applicabilità anche al caso in discussione, rinvenendo nei rispettivi statuti speciali il fondamento delle attribuzioni contese.

³³ In questa decisione la Corte rigetta l'eccezione dell'Avvocatura dello Stato che «sembra ravvisare l'oggetto sostanziale del contendere nella rivendicazione della proprietà e non già nella *vindicatio potestatis*. Oggetto del conflitto è, invece, proprio l'asserita lesione di competenze regionali, rispetto alla quale, le questioni di proprietà, che pur sono state accennate nelle note impugnate, vengono rappresentate come presupposto dell'esercizio di quelle competenze, e non sono, quindi, idonee a trasformare il tema del conflitto, che non si trasferisce ai beni e non si pone, quindi, come *vindicatio rei*».

³⁴ Commentata da P.A. CAPOTOSTI, *Le foreste tra Stato e Regioni: un conflitto di attribuzione proprio inammissibile*, in *Giur. Cost.*, 1976, 1456 ss.

come l'oggetto del contendere sia «l'accertamento della appartenenza di determinati beni forestali, che le Regioni assumono trasferiti al loro patrimonio indisponibile, e indebitamente trattenuti dallo Stato». Poiché le ricorrenti «non prospettano una invasione della loro sfera di competenza, né chiedono una dichiarazione o delimitazione delle proprie attribuzioni costituzionalmente garantite», deve concludersi che si tratta di «una effettiva e diretta *vindicatio rerum*».

Ad avviso della Corte la fattispecie in esame deve essere distinta da quella decisa, in senso opposto, con la sent. n. 31/59, perché allora la titolarità dei beni era il presupposto per il contestato esercizio delle attribuzioni, laddove «gli odierni ricorsi non hanno invece per oggetto alcuna contestazione circa le rispettive competenze dello Stato o delle Regioni, le quali sono completamente fuori discussione; e le pretese delle Regioni ricorrenti in ordine all'appartenenza e titolarità dei beni forestali non compresi negli elenchi approvati con i decreti ministeriali, di cui si denuncia l'illegittimità per omissione, vengono prospettate con riferimento alla asserita violazione della legge n. 281 del 1970, non di norme costituzionali sulla competenza, o sull'attribuzione di detti beni».

Analogamente, nella sent. n. 61/79, la Corte rileva che i motivi di ricorso «non hanno di mira - né direttamente né indirettamente - lesioni o menomazioni di specifiche attribuzioni regionali», esaurendosi nella critica dell'esercizio da parte del Ministero competente di attribuzioni riservate allo Stato. Considerazioni simili sono svolte nella sent. n. 39/84.

Nella sent. n. 309/93³⁵ viene discusso - e dichiarato inammissibile

Già la sent. n. 164/63, pur senza impiegare espressamente né il concetto di tono costituzionale né il limite della *rei vindicatio*, aveva escluso l'ammissibilità del conflitto a fini di delimitazione delle pretese dominicali degli enti. Sulla stessa falsariga la sent. n. 81/71, che riconduce la controversia a una disputa sull'appartenenza dei beni, come tale soggetta «all'imperio del codice civile», poiché non è implicato negli atti impugnati l'«esercizio di potestà pubbliche, le sole implicabili in un conflitto di attribuzione».

v. inoltre le sentt. nn. 1/57 e 110/70.

³⁵ In proposito v. A. MANGIA, *Sindacato di ammissibilità e rei vindicatio nel conflitto di attribuzioni*, in *Le Reg.*, 1994, 840 ss.; A. PISANESCHI, *Vindicatio rerum e grado costituzionale*

- un conflitto proposto dalla Regione Lombardia a seguito di un atto dell'intendenza di finanza con cui si intimava al Comune di Milano di lasciare libera la darsena di Porta Ticinese del Naviglio Grande. La Regione rivendicava l'area come parte del demanio regionale, quale presupposto dell'annullamento dell'atto statale. La Corte decide, accodandosi alla prospettazione della difesa erariale, che non è contestata dalle parti la facoltà del titolare di disporre del bene, bensì la titolarità dello stesso: «né la ricorrente né lo Stato contestano, infatti, che il potere di disporre spetti al titolare del bene, ma ne affermano la propria appartenenza».

La ricostruzione del rapporto di carattere reale sull'area della darsena va effettuata sulla base di elementi di fatto, delle norme che costituiscono il titolo, nonché degli atti di trasferimento del bene dallo Stato alla Regione. «Tali norme si configurano, quindi, come attributive di beni e non di potestà; esse, poi, non hanno rango costituzionale»: con quest'ultima affermazione la Corte individua un collegamento tra oggetto e parametro del giudizio. Il carattere non costituzionale delle norme parametro, unito alla loro funzione attributiva di beni e non di competenze, determina la loro inidoneità a sorreggere una pretesa giustiziabile in sede di conflitto.

Non sfugge alla Corte la contraddizione rispetto al proprio filone giurisprudenziale che ammette il conflitto connesso alla rivendicazione di beni, allorché sia connessa alle funzioni: tanto è vero che si premura di dichiarare «isolato» (pur senza argomentare in contrario) il precedente della sent. n. 383/91, in cui la pretesa della Regione Val d'Aosta si fondava sull'art. 5 dello Statuto, che prevedeva il trasferimento *ipso iure* dei beni del demanio statale a quello regionale.

Rimane irrisolto il problema del nesso di strumentalità tra il bene conteso e le funzioni: è infatti indiscutibile che gli enti rivendicassero la titolarità del bene, ma la Corte ritiene esaurita in ciò la disputa, mentre

delle norme nel conflitto tra lo Stato e le Regioni, in *Giur. Cost.* 1993, 2539 ss.; A. BAIOTTO, *Brevi note in tema di conflitto di attribuzioni fra Stato e Regioni*, in *Riv. amm.*, 1994, 269 ss.

Nello stesso senso sentt. nn. 467/97 e 95/03.

la ricorrente affermava esservi connessione tra l'oggetto della controversia e l'esercizio delle attribuzioni. Affermazione che in altre occasioni è stata considerata sufficiente ad instaurare il conflitto, ma che in questo caso è sottoposta ad attenta valutazione e considerata inidonea.

È utile a questo punto porre a confronto le argomentazioni impiegate in questa sede con quelle della sent. n. 417/94, conflitto scaturito dalla pretesa statale di disciplinare alloggi di servizio dismessi, in cui, di fronte all'eccezione dell'Avvocatura dello Stato, la Corte risponde che non si può parlare di *rei vindictio* perché la difesa erariale «confonde due momenti distinti, l'uno relativo alla competenza ad emanare norme regolatrici dell'alienazione degli alloggi di servizio situati nel territorio delle due province, l'altro relativo alla legittimazione a stipulare i contratti di vendita secondo le norme poste dalla fonte competente». Poiché il ricorso è limitato al primo aspetto, il conflitto è ammissibile.

Anche la sent. n. 444/94 legge la rivendicazione di beni in chiave strumentale rispetto all'esercizio delle funzioni. Nel caso di specie la Regione Sicilia aveva impugnato un decreto del Ministro delle finanze che disponeva la ripartizione di un edificio, precedentemente appartenuto al patrimonio indisponibile dello Stato, da destinarsi allo svolgimento delle residue funzioni statali e di quelle regionali in materia di opere pubbliche. Di fronte all'eccezione della difesa erariale, la Corte ha osservato che in primo luogo il trasferimento della titolarità del bene è avvenuto *ope legis* con i decreti attuativi dello Statuto.

Da ciò discende che il *petitum* è da intendersi come «la richiesta di una declaratoria di non esclusiva spettanza in capo allo Stato di una particolare attribuzione, quella relativa alla potestà di individuazione delle sedi degli uffici per l'espletamento delle funzioni residue allo Stato nelle materie di competenza regionale».

Una volta inquadrata la controversia non tanto sulla titolarità del bene, né sulle norme attributive della stessa, sulle quali non vi è discussione, quanto sulla leale collaborazione richiesta ai fini del raggiungimento dell'intesa (per quanto "debole") sulla gestione del bene, il conflitto risulta ammesso.

Lo stesso schema decisorio è proposto nella sent. n. 343/95, relativa

al ricorso della Regione Sardegna contro la concessione di un'area del demanio marittimo da parte di una Capitaneria di porto ad una cooperativa di pescatori. La ricorrente non contestava la titolarità del bene ma l'esercizio, tramite il suo affidamento in concessione, delle attribuzioni in materia di pesca ed esecuzione di opere connesse, riservate alla Regione dallo Statuto e dai relativi decreti attuativi.

Nel ricorso era richiamato il precedente della sent. n. 309/93, al fine di differenziare quella controversia, incentrata sulla titolarità del bene, dal caso in questione, in cui era contestata «la regolazione e l'organizzazione dell'attività del concessionario», rispetto alla quale «l'uso del bene demaniale si connota come profilo secondario e strumentale». La Corte, accogliendo la ricostruzione regionale, ha riconosciuto all'amministrazione regionale il potere di «emanare i provvedimenti concessori per la realizzazione, su area demaniale, di opere strumentali all'attività di pesca»; per quanto riguarda invece «la potestà di imposizione e riscossione del canone demaniale», ha concluso che «esso segue (...) la titolarità dominicale del bene, e non quella delle funzioni amministrative» connesse all'esercizio del potere concessorio.

Qui la distinzione è netta tra profilo patrimoniale, ritenuto estraneo al conflitto, e profilo funzionale, che conduce all'ammissibilità se è garantito da disposizioni costituzionali o attuative della Costituzione³⁶.

³⁶ Il percorso argomentativo è analogo nella sent. n. 150/03. In quel caso la Corte, a fronte di un ricorso regionale nel quale si contestavano provvedimenti dell'Agenzia per il demanio relativi all'occupazione abusiva di aree litoranee, evidenziava come «il reale oggetto della controversia che si è voluto promuovere davanti a questa Corte è costituito dalla rivendica della titolarità del demanio marittimo (estranea ai conflitti di cui all'art. 134 Cost.)», non potendosi rinvenire alcuna connessione tra le richieste formulate e le funzioni regionali.

Nel conflitto deciso con la sent. n. 31/06 la Regione ricorrente precisa che la circolare impugnata, che riduce il canone per le derivazioni idriche alle regioni, incide sulle competenze e non si ricorre per la rivendicazione del bene, ma contro la lesione delle attribuzioni. La Corte accetta la prospettazione e conclude che «il concreto regime giuridico di un bene appartenente al demanio o al patrimonio dello Stato o di altri enti pubblici è la risultante di un intreccio di potestà pubbliche, che sottendono altrettanti interessi meritevoli di tutela delle comunità amministrate. Gli atti di gestione e di

La riprova può rinvenirsi nella sent. n. 213/01, relativa alla pretesa della Provincia di Trento di ottenere il rimborso di quote di canoni concessori riscossi dallo Stato. La Corte, premesso che «una questione relativa alla titolarità di beni o diritti patrimoniali può formare oggetto di un conflitto di attribuzione solo quando la disponibilità del bene costituisca il presupposto per l'esercizio di determinate competenze o potestà pubbliche», osserva che la rivendicazione della ricorrente «si risolve in una mera pretesa di carattere patrimoniale». Dal ricorso non è dato dedurre, infatti, «nemmeno in forma indiretta» una connessione tra le somme richieste e «l'esercizio di attribuzioni fondate costituzionalmente».

Si potrebbe obiettare che da un lato il credito della ricorrente trova diretto fondamento nello Statuto, dall'altro la mancata riscossione potrebbe riflettersi negativamente sull'esercizio delle funzioni proprie dell'ente.

disposizione riguardanti tali beni possono assumere, secondo scelte diverse del legislatore, natura pubblicistica o privatistica, ma la qualità degli interessi collettivi tutelati, la loro esistenza, rilevanza e attualità devono essere previamente apprezzati dai soggetti istituzionali competenti». Poste tali premesse, il ricorso è dichiarato ammissibile e accolto nel merito.

In senso diametralmente opposto le conclusioni della sent. n. 443/08, ancora su un ricorso della Provincia di Trento contro quella di Bolzano in materia di derivazioni idriche per la produzione di energia elettrica. Nonostante la prospettazione, che evocava un complesso di norme costituzionali, statutarie e di attuazione a sostegno del tono costituzionale del conflitto, la Corte ha seccamente escluso l'ammissibilità del ricorso, stante la natura meramente patrimoniale della controversia.

Infatti, - afferma la Corte - la Provincia di Bolzano con l'atto impugnato «dà per scontata la sua titolarità dei beni, esercitando una potestà (l'immissione nel possesso) che rientra nei poteri dominicali, i quali sono certamente poteri diversi dai poteri concessori di grandi derivazioni di acque a scopo idroelettrico. I primi, infatti, hanno il loro fondamento nella titolarità del demanio idrico, mentre i secondi hanno il loro fondamento nella competenza amministrativa dell'Ente concedente». D'altronde, rileva la Corte, il ricorso - pur evocando la competenza statutaria della Provincia di Trento - si risolverebbe nella rivendicazione al demanio idrico della ricorrente della derivazione contestata. Il carattere di mera *rei vindicatio* emerge dalla assenza, nella controversia, di un profilo che coinvolga, neppure in via mediata, l'accertamento di competenze di rango costituzionale.

La Corte esclude però che all'ammissibilità si possa giungere per tali vie. Riguardo al fondamento statutario della pretesa, questa non è sufficiente a consentire l'instaurazione del conflitto qualora si esaurisca in sé, senza tradursi in lesione delle competenze.

Il secondo profilo viene considerato, nel caso di specie, irrilevante a causa dell'esiguità della somma richiesta, la cui mancata erogazione non sarebbe idonea a compromettere l'esercizio delle funzioni provinciali³⁷.

D'altronde, neppure la asserzione del nesso tra bene rivendicato ed esercizio di funzioni costituzionalmente spettanti è sufficiente ad incardinare il conflitto: nella sentenza n. 179 del 2004³⁸, in cui la Regione Veneto lamentava l'incompleto trasferimento delle risorse umane e ma-

³⁷ Le stesse argomentazioni sono state prodotte nella sent. n. 95/03, in cui era in discussione il blocco dei finanziamenti statali per il personale già assunto con contratto a tempo determinato per le esigenze connesse ai terremoti 1980-1981. La Corte qualifica la questione posta dalla Regione ricorrente sia come esclusivamente interpretativa, sia come circoscritta alla titolarità di risorse finanziarie, concludendo per l'insufficiente tono costituzionale.

Così anche la sent. n. 177/05, relativa a un conflitto promosso dalle regioni Sicilia e Sardegna contro un atto del direttore dell'Agenzia del demanio, che individuava come appartenenti al patrimonio dello Stato alcuni beni immobili situati nei territori delle ricorrenti. La Corte ha dichiarato l'inammissibilità del conflitto rilevando che i ricorsi si basavano esclusivamente sulla pretesa appartenenza alle regioni degli immobili in questione, «senza alcun riferimento a (neanche ipotizzate) lesioni di attribuzioni regionali costituzionalmente garantite, in ragione di un eventuale nesso di strumentalità necessaria tra beni e attribuzioni», ricavando dalla lettura dei ricorsi che i conflitti erano «in realtà diretti soltanto all'accertamento del titolo giuridico di appartenenza dei beni».

Lo stesso schema compare nella sent. n. 302/05, a proposito di un ricorso della Regione Friuli-Venezia Giulia contro una nota del Provveditorato regionale alle opere pubbliche che escludeva dal trasferimento al demanio regionale alcuni tratti di corsi d'acqua e invitava le Agenzie del demanio territorialmente competenti a non trasferire alla ricorrente alcuni beni immobili del demanio idrico statale. La Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso perché con esso si poneva «una questione priva di tono costituzionale», in quanto relativa «unicamente [ad] un aspetto proprietario», richiedendosi soltanto «l'accertamento, di puro fatto, in ordine alla sussistenza di un nesso pertinenziale tra i beni rivendicati dallo Stato e le tratte fluviali di sua competenza».

³⁸ Sulla quale v. M. PERINI, *Rei vindicatio, teoria della prospettazione e nuovo ordinamento delle autonomie locali*, in *Giur. Cost.*, 2004, 1845 ss.

teriali necessari per l'esercizio delle funzioni amministrative in materia di agricoltura e foreste, la Corte rileva che l'affermazione della ricorrente non è adeguatamente circostanziata. Sarebbe stato infatti necessario «che per ciascun bene, o almeno per ciascuna categoria di beni, oggetto della pretesa, la Regione avesse indicato e dimostrato le ragioni della loro asserita strumentalità necessaria e di come la loro mancanza potesse determinare una situazione di impossibilità di esercitare, in tutto o in parte, le funzioni e i compiti ad essa attribuiti nella materia dell'agricoltura e delle foreste»³⁹.

Il passaggio meno convincente di questa linea argomentativa è quello relativo alla necessità di dimostrare un nesso tra i beni rivendicati e le funzioni di rango costituzionale che vada oltre l'espressa attribuzione ricavata dal dato normativo.

Un esempio in proposito può chiarire i termini della questione. Nella sent. n. 319/11 la Corte ha deciso il conflitto sollevato dalla Regione Sicilia contro un decreto direttoriale del Ministero della difesa, che individuava un elenco di immobili al fine di trasferirli al patri-

³⁹ È pienamente sovrapponibile a quella citata la sent. n. 102/10, in cui l'invocazione delle competenze statutarie da parte della ricorrente è considerata insufficiente a radicare il conflitto, perché non si individua il nesso tra queste e i beni rivendicati. Il conflitto è inammissibile perché la pretesa regionale, «ancorché basata su disposizioni dello statuto di autonomia, si risolve in una controversia circa la titolarità del complesso immobiliare e postula, quindi, non un "regolamento di competenza" in ordine alla delimitazione delle attribuzioni costituzionali degli enti in conflitto, bensì una interpretazione della normativa invocata diretta a stabilire a quale di tali enti spetti la proprietà del complesso medesimo e quale sia il titolo giuridico di appartenenza del bene».

La postulata connessione tra le funzioni della ricorrente e il bene conteso assume il carattere «di una doglianza del tutto generica e perciò insufficiente per affermare il carattere costituzionale della controversia. Infatti, non è chiarito il nesso che dovrebbe collegare il complesso immobiliare *de quo* alle funzioni in tema di assistenza spettanti alla Regione, né la ricorrente fornisce indicazioni al riguardo, mentre sarebbe stato necessario quanto meno allegare gli argomenti in base ai quali la mancata disponibilità del cespite potrebbe compromettere, in tutto o in parte, le funzioni e i compiti attribuiti alla Regione nella materia suddetta».

monio disponibile dello Stato, in vista della successiva alienazione, permuta, valorizzazione e gestione, ai sensi dell'art. 14-bis, c. 3, del d.l. n. 112/08.

La ricorrente fondava le proprie pretese sull'art. 32 dello statuto della Regione siciliana, secondo il quale i beni del demanio statale «sono assegnati alla Regione, eccetto quelli che interessano la difesa dello Stato», e sull'art. 33, per il quale i beni non demaniali dello Stato sono «assegnati alla Regione». In ogni caso, «anche se si ammettesse che i beni non più destinati all'utilizzo militare non possono transitare nel demanio regionale perché privi del carattere della demanialità, occorrerebbe concludere per il loro trasferimento al patrimonio della Regione».

La Corte giunge a dichiarare l'inammissibilità qualificando la controversia come mera rivendicazione di beni: «il fatto che la ricorrente evochi, come parametri asseritamente violati, gli artt. 32 e 33 dello statuto speciale siciliano non implica l'ammissibilità dell'odierno conflitto, poiché l'oggetto di quest'ultimo non è la lesione di una sfera di competenza della Regione, ma la spettanza dei suddetti beni; né è possibile rinvenire un nesso di strumentalità tra beni e attribuzioni costituzionali, in quanto la pretesa della ricorrente è esclusivamente diretta al riconoscimento dell'appartenenza alla Regione dei beni in questione».

Si tratterebbe insomma di un ricorso che, vertendo esclusivamente intorno alle disposizioni attributive della titolarità di un complesso di beni, sarebbe privo dei caratteri necessari all'instaurazione di un conflitto costituzionale.

Pur accogliendo la premessa generale sull'inammissibilità della *rei vindictio*, il caso di specie non pare rientrare agevolmente nella categoria. Si tratta di una pretesa che si fonda su disposizioni statutarie il cui contenuto normativo si esaurisce nel disporre il trasferimento dei beni contesi: dato che le norme statutarie invocate definiscono la titolarità dei beni in contestazione, nel ricorso è inevitabile la sovrapposizione tra la pretesa sul bene e la rivendicazione dell'attribuzione.

Il ragionamento della ricorrente può essere schematizzato come segue: la fonte di rango costituzionale attribuisce la categoria di beni alla Regione; l'atto statale di esercizio delle potestà dominicali su quei beni,

violando il dettato statutario, si traduce in lesione di competenze regionali tutelate a livello costituzionale; la rivendicazione regionale dei beni è completamente sovrapponibile alla rivendicazione delle competenze; da ciò la materia del conflitto.

La Corte segue una logica diversa, per giungere all'esito opposto: vi sono due piani, quello dei beni rivendicati e quello delle attribuzioni; la fonte di rango costituzionale conferisce i beni; è onere del ricorrente dimostrare la connessione tra essi e le funzioni che intende tutelare; poiché non è riuscito nell'intento, il ricorso è inammissibile e la pretesa è tutelabile solo presso la giurisdizione comune.

È chiaro che la decisione in esame, coerentemente con quelle sopra richiamate, opera una scissione tra l'aspetto delle pretese connesse al regime proprietario e quello delle funzioni. Dobbiamo però porci alcune domande: è possibile attribuire ad un ente pubblico beni non connessi all'esercizio di funzioni pubbliche? Nel caso in cui l'attribuzione avvenga con fonte costituzionale, possiamo immaginare che questa non sia preordinata allo svolgimento di funzioni pubbliche? La Corte, nella sua motivazione, sembra ritenere che la risposta a tali questioni sia, implicitamente, affermativa, fatta salva la prova contraria.

Per accettare tale conclusione dobbiamo ipotizzare che lo statuto speciale abbia conferito alla Regione categorie di beni svincolati dall'assolvimento di una funzione pubblica, o almeno che la funzione implicata non abbia copertura costituzionale. Ne conseguirebbe che, sul piano sostanziale, dovremmo ammettere che norme di rango costituzionale, nell'attribuire la titolarità di categorie di beni, non abbiano inteso connetterle all'esercizio di funzioni di rilievo costituzionale. Avremmo perciò disposizioni costituzionali non idonee a fornire il relativo contenuto di "copertura" pari al proprio rango; queste peraltro non sarebbero conoscibili *a priori*, ma solo riconoscibili in sede di applicazione giurisdizionale. La Corte rivendicherebbe a sé l'esclusivo potere di determinare quali disposizioni costituzionali conferiscano un'effettiva garanzia agli oggetti della loro disciplina, introducendo una sorta di gerarchia interna a norme formalmente equiordinate.

Sul piano processuale, tornando al caso di specie, le attribuzioni individuate dagli artt. 32 e 33 dello Statuto siciliano, pur avendo rango costituzionale, non sarebbero mai suscettibili di tutela in sede di conflitto: qualora fossero fatte valere in relazione a un bene determinato, cadrebbero sotto la scure dell'insufficiente "tono costituzionale"; nell'ipotesi in cui, invece, fossero invocate in termini generali, andrebbero incontro ad una pronuncia di inammissibilità per carenza di concretezza ed attualità. Resterebbe soltanto la tutela del giudice comune.

L'incertezza dell'indirizzo appena esaminato emerge ancor più nettamente nelle decisioni in cui il tono costituzionale della controversia è desunto – secondo la Corte – prima ancora che dalle argomentazioni dell'ente ricorrente, dalle affermazioni contenute nell'atto impugnato. È questo il caso del conflitto deciso con la sent. n. 89/06, in cui la Regione Toscana aveva impugnato quattro note del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti con le quali l'amministrazione marittima dello Stato affermava la propria competenza in materia di concessioni sui beni demaniali marittimi del porto turistico di Viareggio. La Corte ha rigettato l'eccezione formulata dall'Avvocatura dello Stato nel senso della mera natura patrimoniale della controversia, riconoscendo che le note in questione «contengono una chiara manifestazione di volontà dello Stato di riaffermare la propria competenza nel settore in esame e di negare quella regionale»: da ciò la sussistenza del necessario tono costituzionale di un conflitto che «involge questioni afferenti al riparto delle attribuzioni tra Stato e Regioni, quale risulta dal nuovo titolo V della Parte seconda della Costituzione».

4. *I tentativi dottrinali di razionalizzare la materia*

La dottrina più risalente non ha dato spazio al tema di cui ci occupiamo, ritenendo esaustiva l'indagine volta a ricostruire, a partire dall'atto impugnato, le sfere di attribuzioni coinvolte.

Nelle prime ricostruzioni del conflitto tra Stato e Regioni si è privilegiata l'attenzione all'inquadramento dell'istituto, appena creato, nel

disegno costituzionale delle autonomie, valorizzandone la funzione di attuazione e garanzia del pluralismo istituzionale⁴⁰.

Anche gli autori che, nell'interpretare la funzione svolta dalla Corte costituzionale, ne hanno sottolineato la natura giurisdizionale, per quanto inserita in un contesto del tutto peculiare, hanno fatto leva sulla composizione dell'organo, la sua posizione tra i poteri dello Stato, la particolare disciplina processuale, per evidenziarne il ruolo arbitrale, a discapito degli elementi più propriamente connessi al processo⁴¹.

Si è voluto insomma dare risalto, nel ricostruire le attribuzioni della Corte, al versante *lato sensu* politico, nel timore dell'appiattimento dell'organo – appena insediato ed estraneo alla tradizione giuridica italiana – su una funzione meramente applicativa del diritto⁴².

È comprensibile che tale chiave di lettura abbia indotto a leggere i conflitti ponendo in primo piano la definizione costituzionale delle sfere di attribuzione e relegando sullo sfondo la fase generativa della controversia.

È stato così possibile affermare, in quella prima fase, che l'atto impugnato è la mera occasione nella quale il conflitto sottostante emerge alla luce. Una lettura orientata all'aspetto istituzionale era funzionale alla concezione originaria del conflitto come *vindicatio potestatis*, che recava con sé, insieme all'esclusività della pretesa, la prospettiva della

⁴⁰ A. PENSOVECCHIO LI BASSI, *Il conflitto di attribuzioni*, cit., 158 ss.; R. LUCIFREDI, *Attribuzioni (conflitti di)*, cit., 307 ss.; G. GROTANELLI DE' SANTI, *I conflitti di attribuzioni* cit., 9 ss.; A. PENSOVECCHIO LI BASSI, *Conflitti costituzionali*, cit., 1004; G. CHIARELLI, *I conflitti di attribuzione*, in G. MARANINI (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Firenze, 1966, 68; C. MORTATI, *Istituzioni* cit., 1236 ss.; per un'efficace sintesi Cfr. S. GRASSI, *Conflitti* cit., 364 ss.

⁴¹ Cfr. G. VOLPE, *Art. 137 – IV*, cit., 382 ss.

⁴² Sulla natura intrinsecamente politica del conflitto, sia pur contenuta dalle procedure giurisdizionali, v. G. GROTANELLI DE' SANTI, *I conflitti di attribuzioni*, cit., 18 ss. In senso decisamente contrario R. LUCIFREDI, *Attribuzioni (conflitti di)*, cit., 312, ove però si precisa il carattere strettamente giuridico del conflitto come esclusione dell'impugnabilità di atti di natura sicuramente politica, quali mozioni o espressioni di indirizzo del Consiglio regionale.

natura puramente accessoria della dimensione materiale del conflitto⁴³.

Il primo elemento, nel tradurre il conflitto in termini di difesa di una sfera intangibile, induceva a sottovalutare le modalità di esercizio delle attribuzioni che fossero riconducibili a moduli cooperativi: la rivendicazione del potere era letta come pretesa di esclusività e lasciava oltre l'orizzonte ogni ipotesi in cui venissero in discussione le modalità del suo esercizio. Questa lettura era a sua volta conseguenziale all'impostazione originaria dei rapporti tra Stato e Regioni, che privilegiava un regionalismo fondato sulla netta ripartizione delle competenze.

Il secondo elemento contribuiva a degradare il versante materiale del conflitto (il "bene della vita" conteso) a requisito, pur necessario a innescare la controversia (in nome della concretezza), ma non decisivo ai fini della sua risoluzione: una volta che sia formulata la pretesa, ne segue implicitamente che la decisione sulla sfera di competenza porta con sé, quale semplice conseguenza, la destinazione del bene conteso⁴⁴.

Da questo punto di vista, è utile ricordare che la stessa disciplina legislativa impone la decisione sulla competenza, mentre lascia ad una distinta valutazione (che si riflette nel dispositivo) l'eventuale annullamento dell'atto: il cuore della decisione risiede nella definizione dei confini tra le sfere di attribuzione, mentre il destino dell'atto impugnato è riservato a un elemento accessorio ed eventuale del dispositivo.

L'ampliamento dell'area nella quale i conflitti possono insorgere, attraverso l'ammissione di lesioni derivanti dall'interferenza⁴⁵, anziché dalla rivendicazione, ha indotto a sindacare in modo necessariamente più penetrante le modalità di esercizio dei poteri, così come tutti gli

⁴³ In questa prima fase la dottrina si è a lungo interrogata sull'oggetto del conflitto, chiedendosi se esso riguardasse esclusivamente la competenza o anche l'atto. Cfr. in proposito, nel senso della duplicità dell'oggetto, C. SELVAGGI, *I conflitti di attribuzioni*, cit., 136; ricostruisce il dibattito G. GROTTANELLI DE' SANTI, *I conflitti di attribuzioni*, cit., 105 ss.

⁴⁴ In tal senso sia A. PENSOVECCHIO LI BASSI, *Il conflitto* cit., 258 s., che G. GROTTANELLI DE' SANTI, *I conflitti di attribuzioni*, cit., 155 ss.

⁴⁵ Cfr. V. CRISAFULLI, *Cattivo uso del potere e conflitti di attribuzione*, in *Giur. Cost.*, 1980, I, 220 ss.

aspetti concreti e materiali attraverso i quali l'interferenza può manifestarsi. Una volta riconosciuto che il conflitto possa sorgere non solo dalla diretta invasione delle altrui competenze, ma anche dall'uso (illegittimo) delle proprie che sia tale da produrre, anche solo indirettamente, la menomazione dedotta in giudizio, si è necessariamente ampliato il novero degli atti impugnabili e, attraverso questi, il sindacato si è esteso al rapporto tra gli enti⁴⁶.

La moltiplicazione delle occasioni di conflitto (promossa anche dall'avvio del processo ventennale di trasferimento delle funzioni amministrative)⁴⁷, traducendosi in moltiplicazione degli atti potenzialmente sindacabili, ha spinto inevitabilmente i ricorrenti ad articolare i motivi di doglianza su una linea discendente, dal dettato costituzionale fino alle disposizioni di dettaglio, per giungere agli effetti materiali delle condotte dell'ente resistente. La Corte, a sua volta, è stata costretta a scendere sul piano dell'interpretazione di atti di natura legislativa e regolamentare, così come di note e circolari⁴⁸. La giurisprudenza sul tono costituzionale dei conflitti si sviluppa in reazione al rischio di trasformare i conflitti in sedi di impugnazione surrettizia, potenzialmente sovrapponibili al giudizio amministrativo⁴⁹.

La dottrina approfondisce soprattutto negli anni '80 il tema della

⁴⁶ Cfr. L. ELIA, *Dal conflitto di attribuzioni al conflitto di norme*, in *Giur. cost.*, 1965, 142 ss.; A. CERRI, *Competenze, atto e rapporto* in *Giur. cost.*, 1982, 2431 ss. Su questo passaggio v. G. VOLPE, *Art. 137 – IV*, cit., 386.

⁴⁷ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1977, 197 s., rileva che «l'aumento dei beni facenti parte del demanio o del patrimonio di un ente pubblico comporta l'incremento della sfera di incidenza dei poteri dell'ente medesimo».

⁴⁸ A. CERRI, *Competenza, atto e rapporto* cit, 2435, ritiene al contrario che proprio la giurisprudenza costituzionale in tema di *vindicatio rerum* dimostri la irriducibilità del conflitto a mero giudizio su un atto. Lo stesso A. sostiene che la competenza non è mera *causa petendi* di un giudizio demolitorio, ma «è di più: perché rappresenta anche il "bene della vita" controverso» (A. CERRI, *Corso cit.*, 342).

⁴⁹ Sulla complessa delimitazione dei rapporti tra giurisdizione amministrativa e costituzionale si rinvia agli AA. citati alla nota 11.

Sul tono costituzionale come strumento di delimitazione tra le due giurisdizioni, in chiave di tutela della concezione "alta" del processo costituzionale, v. F. SORRENTINO,

rei vindicatio, rilevando le oscillazioni e le incongruenze giurisprudenziali⁵⁰, le difficoltà di classificazione delle molteplici pronunce di inammissibilità⁵¹ e individuando i possibili criteri distintivi. Dagli anni '90 la tematica in oggetto è ormai inquadrata sul piano dottrinale nel più vasto ambito del tono costituzionale dei conflitti⁵², ma – come si è ampiamente rilevato al § 3 – non si è raggiunta una soddisfacente definizione dei requisiti di ammissibilità dei conflitti che insorgono a partire da rivendicazioni di natura patrimoniale.

Cercando di elencare le certezze sin qui raggiunte, in primo piano possiamo porre il principio generale, che trova concordi la giurisprudenza e la dottrina, secondo il quale la rivendicazione del bene non può essere l'oggetto (esclusivo o principale) del ricorso (e tanto meno del giudizio), ma deve essere strumentale all'affermazione della competenza. Il bene rivendicato è espressione della concretezza necessaria all'instaurazione del conflitto, ma nella sua attribuzione non può esaurirsi il *thema decidendum*.

La competenza che si intende garantire deve avere fondamento costituzionale, pur ammettendosi che trovi espressione concreta in disposizioni attuative, e dunque sia dettagliata da norme di rango primario, purché riconducibili alla Costituzione o agli Statuti speciali. La rivendicazione di beni che non sia supportata da un fondamento, sia pur indirettamente, superprimario conduce all'inammissibilità del conflitto.

Alla ricerca del tono costituzionale cit., che richiama le considerazioni di C. MEZZANOTTE, *Le nozioni di potere e di conflitto cit.*

⁵⁰ Cfr. ad es. R. TARCHI, *Questioni processuali cit.*, 1802, che parla di «giurisprudenza quanto mai tormentata e scarsamente lineare»; v. inoltre V. CERULLI IRELLI, *Profili dominicali e profili funzionali nel rapporto stato-regioni in materia di beni pubblici*, in *Le reg.*, 1987, 250ss. Una riflessione fondata sull'analisi dell'intera giurisprudenza può leggersi in S. GRASSI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 232 ss., 362 ss., 370.

⁵¹ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Conflitto*, cit., 381.

⁵² Cfr. A. MANGIA, *Sindacato di ammissibilità*, cit.; A. CERRI, *Corso cit.*, 348 ss.; P. BIANCHI, *Il conflitto di attribuzione tra Stato e Regioni*, in R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1993-1995)*, Torino, 1996, 308 ss.; A. PISANESCHI, *Vindicatio rerum*, cit.; M. PERINI, *Rei vindicatio*, cit.

È irrilevante che il bene conteso sia materiale o immateriale, così come non incide sull'ammissibilità del conflitto la circostanza che si controverta intorno a beni determinati o categorie: seppure si sia prospettata in dottrina una distinzione in tal senso⁵³, abbiamo visto che la giurisprudenza talvolta ritiene ammissibile il conflitto che fa riferimento genericamente a complessi di beni, mentre in altre occasioni si spinge a richiedere puntuale dimostrazione dell'incidenza dell'atto lesivo su ogni singolo bene controverso, oltre a pretendere l'enunciazione della connessione tra questo e la funzione della quale si chiede la garanzia.

Rileva invece la natura, privatistica o pubblicistica, della *res* dedotta in giudizio, perché nel primo caso si rientra sicuramente nell'ambito della giurisdizione ordinaria, non potendosi in radice connettere il regime giuridico del bene alle funzioni esercitate⁵⁴.

Il versante dei problemi tuttora aperti presenta almeno altrettanti elementi.

In primo luogo, pur nella generale condivisione della necessità che la rivendicazione ponga in primo piano le competenze rispetto al bene conteso, non è ancora chiaro, sotto molteplici profili, quali siano i criteri che guidano la Corte nella valutazione di tale requisito: abbiamo visto che in linea di principio queste devono essere espressamente indicate nel ricorso e che la Corte procede a verificare la connessione tra le prime e il secondo.

Qui cominciano però le incertezze. Trattandosi di requisito di ammissibilità del ricorso, dovrebbe essere sindacato d'ufficio. In realtà, la Corte si occupa dell'argomento solo di fronte a specifica eccezione dell'ente resistente. Volendo prendere un esempio clamoroso, potremmo citare l'unico caso in cui è venuta in discussione la dimensione territoriale degli enti confliggenti: nel caso deciso con sent. n. 743/88 l'oggetto materiale della controversia era una porzione di territorio, che la Regione ricorrente rivendicava a sé, chiamando in giudizio lo Stato ma proponendo il ricorso anche «nei confronti» della Provincia autonoma.

⁵³ Così G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 456 s.

⁵⁴ In tal senso G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 457.

ma di Trento, beneficiaria del provvedimento statale⁵⁵. Quale occasione migliore per una pronuncia chiara sull'impatto dell'aspetto materiale nella configurazione del conflitto? La ricorrente non aveva indicato alcuna connessione tra la rivendicazione proposta e le proprie funzioni, limitandosi ad affermare la garanzia della propria integrità territoriale dettata dagli artt. 131 e 132 Cost. Eppure, la Corte – peraltro in una decisione estremamente sintetica – ignora il possibile fattore di inammissibilità (fosse anche solo al fine di escluderlo) per giungere direttamente a decidere nel merito.

È stato correttamente osservato⁵⁶ che l'assetto delle competenze successivo alla riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione, postulando (art. 119) la generale attribuzione alle regioni di un proprio patrimonio e costituzionalizzando il principio di autosufficienza di tali enti, dovrebbe influire anche sulla gestione della categoria processuale in esame: posta la generale competenza regionale, e posto altresì che la quasi totalità dei ricorsi è di provenienza regionale, dovrebbe essere lo Stato a dimostrare in via di eccezione l'insussistenza di un nesso funzionale tra il bene e l'attribuzione regionale. Ciò consentirebbe alla Regione di instaurare questo genere di conflitti salva prova contraria dello Stato. Ma la giurisprudenza recente della Corte non ha recepito tale mutamento di prospettiva, reiterando lo schema processuale introdotto sin dalla sent. n. 111/76.

L'accertamento del requisito della connessione tra bene e funzione, a sua volta, assume forme e intensità diverse. Qui lo spettro delle soluzioni è amplissimo. Si passa da occasioni nelle quali il controllo – come si è appena detto – non è nemmeno esercitato (o, quanto meno, non è esplicitato in sentenza), a decisioni nelle quali la Corte dichiara l'inammissibilità in seguito a una minuziosa analisi del rapporto tra l'atto impugnato e ciascun bene oggetto di contestazione, alla luce delle funzioni rivendicate.

⁵⁵ A commento della decisione v. V. ANGIOLINI, *Conflitto costituzionale di attribuzioni e controinteressato: la Corte (forse) fa il primo passo*, in *Le Reg.*, 1989, 1171 ss.; E. ROSSI, *I giuristi alla conquista della Marmolada*, in *Foro it.*, 1988, I, 3184 ss.

⁵⁶ M. PERINI, *Rei vindicatio*, cit., 1352.

Nella vasta area intermedia tra i due estremi si collocano soluzioni che, almeno in apparenza, sono modellate sulle peculiarità del caso. Tali sono le sentenze in cui si valuta l'adeguata motivazione sulla connessione tra funzioni e bene, oppure quelle in cui si valuta l'incidenza dell'atto lesivo sulla disponibilità del bene conteso. In queste decisioni pare affiancarsi la valutazione (che dovrebbe essere liminare) sull'*an* della lesione delle attribuzioni, o della connessione tra bene e funzioni lese, a quella (che sfiora il merito) sul *quantum* della lesione stessa o della connessione. Con la conseguenza che si finisce per negare in radice la sussistenza del conflitto, non perché sia carente di tono costituzionale, ma perché è valutata insufficiente la relativa motivazione. Il tono costituzionale ricadrebbe così, in virtù della natura contenziosa dei conflitti, nel generale obbligo del ricorrente di motivare in ordine ai presupposti del giudizio.

Il pieno inserimento della problematica in esame nel sindacato sul tono costituzionale favorisce l'adozione, anche in questo ambito, di un approccio elastico, finalizzato a massimizzare le possibilità di selezione dei casi e di valorizzazione delle controversie ritenute di alto profilo. Sul piano processuale l'adozione di criteri indefiniti si traduce nell'appropriazione, da parte della Corte, di un requisito di ammissibilità del conflitto liberamente utilizzabile per finalità di gestione del contenzioso, che rende inevitabilmente fluide le categorie delle quali ci siamo occupati⁵⁷.

Dovrebbero pertanto essere limitate, sia in dottrina che, soprattutto in giurisprudenza, le enunciazioni di principio e le generalizzazioni⁵⁸. Il rischio, più volte paventato in dottrina con riferimento ai conflitti tra

⁵⁷ Com'è noto, i conflitti intersoggettivi sono poco numerosi. La gestione del contenzioso non ha quindi finalità di riduzione quantitativa del carico della Corte, ma consente piuttosto di mantenere adeguatamente elevato il livello delle controversie (in piena corrispondenza con la nozione di "tono costituzionale"). Una volta che si ammetta questa facoltà, è possibile però che essa sia impiegata anche al fine di evitare la decisione di conflitti considerati, a vario titolo, "scomodi".

⁵⁸ Considerazione già svolta da S. GRASSI, *Il giudizio costituzionale*, cit., 179 ss., e ripresa da G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 457.

i poteri, è lo sviluppo di una giurisprudenza che si orienta in funzione del caso singolo, dalla quale non possono emergere certezze nemmeno sulle categorie fondamentali del processo costituzionale.

Abstract

Il saggio propone un approfondimento sulla *rei vindicatio* nel conflitto tra Stato e Regioni e tra Regioni, che in dottrina ha ottenuto generalmente scarsa attenzione.

Il principio generale enunciato dalla giurisprudenza può essere sintetizzato nella massima secondo la quale, posto che il conflitto ruota intorno alla rivendicazione di attribuzioni costituzionalmente garantite, sono inammissibili i ricorsi intesi a far valere pretese di esclusiva natura patrimoniale.

Si propone in primo luogo l'inquadramento della *rei vindicatio* nella complessiva struttura del conflitto intersoggettivo, in particolare attraverso l'analisi delle sue connessioni con il "tono costituzionale" richiesto dalla giurisprudenza per l'instaurazione dei conflitti. Procederemo pertanto all'esame degli elementi costitutivi di tale requisito, alla luce dei quali potremo analizzare in dettaglio la giurisprudenza che ha evocato la categoria dell'inammissibilità per *rei vindicatio*.

Concluderemo riprendendo le riflessioni dottrinali, al fine di enucleare le poche certezze e le persistenti incertezze maturate sul punto.

The essay proposes an in-depth analysis of the *rei vindicatio* in the constitutional conflict between the State and the Regions and between Regions, which has generally received little attention in doctrine.

The general principle enunciated by the jurisprudence can be summarized in the maxim according to which, given that the conflict revolves around the claim of constitutionally guaranteed attributions, suits aimed at asserting claims of an exclusive patrimonial nature are inadmissible.

At first, the framework of the *rei vindicatio* in the overall structure of the constitutional conflict is proposed, in particular through the analysis of its connections with the "tono costituzionale" required by the jurisprudence for the establishment of conflicts. We will therefore proceed to examine the constituent elements of this requirement, in

the light of which we will be able to analyze in detail the jurisprudence that has evoked the category of inadmissibility as a consequence of *rei vindicatio*.

We will conclude by resuming the doctrinal reflections, to enunciate the few certainties and the persistent uncertainties that have matured on the point.

Camerino, febbraio 2023

PAOLA LAMBRINI*

I RIMEDI CONTRO LA VIOLENZA MORALE TRA ORDINAMENTI MODERNI E DIRITTO ROMANO**

SOMMARIO: 1. Nullità o annullamento del contratto e conseguenti restituzioni.
– 2. La violenza del terzo e il risarcimento del danno. – 3. I rimedi previsti
dal diritto romano. – 4. La funzione dei rimedi ‘metus causa’.

1. *Nullità o annullamento del contratto e conseguenti restituzioni*

L'ipotesi in cui una persona sia stata costretta a concludere un contratto dalla minaccia di un male ingiusto e grave per sé o per i propri cari è contemplata e tutelata presso tutti gli ordinamenti, sia di tradizione romanistica¹ che di *common law*².

L'attenzione è prevalentemente incentrata sull'alterazione del con-

* Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto romano e di Fondamenti del diritto europeo presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Padova.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del *single blind peer-review*.

¹ V. la dettagliata descrizione della disciplina prevista nei principali codici in I. PONTORIERO, *I vizi del consenso nella tradizione romanistica*, Torino, 2020, p. 139 ss. Cfr., anche, L. SAPORITO, *I vizi della volontà nel contratto*, in *Atlante di diritto privato comparato*, a cura di F. Galgano e F. Ferrari, Bologna, 2006, p. 213 ss.; A. GIANOLA, *L'integrità del consenso dai diritti nazionali al diritto europeo. Immaginando i vizi del XXI secolo*, Milano, 2008, p. 147 ss.

² Sebbene i requisiti e le implicazioni precise della costrizione possano variare a seconda del contesto specifico e della giurisdizione, essa è generalmente considerata una violazione dell'autonomia privata e può quindi giustificare rimedi legali o difese che portano all'inefficacia del contratto. Cfr. L. SAPORITO, *I vizi*, cit., p. 239, nonché l'ampia

senso provocata dalla situazione di timore in cui uno dei contraenti si è venuto a trovare in conseguenza della violenza morale³ e il rimedio principale consiste nella possibilità per la vittima di far cessare l'efficacia del contratto, cui consegue la restituzione di quanto fosse stato prestato in esecuzione di esso⁴. Lo strumento è concesso a prescindere dalla prova di un effettivo squilibrio tra le prestazioni conseguente al vizio del consenso.

Il rimedio si applica, con i dovuti adattamenti, anche alle ipotesi in cui la minaccia sia stata esercitata in relazione alla conclusione del matrimonio, all'accettazione dell'eredità, alle disposizioni testamentarie e alla divisione ereditaria.

Si notano alcune differenze tra i vari ordinamenti in merito al principale rimedio a tutela della vittima di violenza morale. Com'è noto, il *code Napoléon* non conosce l'annullabilità⁵, ma distingue tra ipotesi in cui la nullità può essere fatta valere da chiunque (assoluta) e casi in cui può essere rilevata solo dal soggetto interessato (relativa): la seconda è quella che si applica ai vizi del consenso⁶. In base all'art. 1179 del

trattazione contenuta in N. ENONCHONG, *Duress, Undue Influence and Unconscionable Dealing*⁴, London, 2023, p. 5 ss.

³ Il *código civil portugués* distingue espressamente tra violenza fisica, che comporta la nullità del negozio (art. 246), e violenza morale, che può portare all'annullamento (art. 256).

⁴ Sul punto, cfr. in particolare E. BARGELLI, *Restituzioni contrattuali e nuove fonti interne ed eurounitarie*, in *Studi sulle restituzioni*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2021, p. 145 ss.

⁵ Sul tema, cfr. M. BRUTTI, *Invalidità (storia)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 560 ss.; P. GALLO, *Nullità e annullabilità in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XII, Torino, 1995, p. 310 ss.; G. ROSSETTI, *'Nullità' e 'annullabilità' nell'esperienza giuridica romana*, in *La théorie des nullités. Études réunies par M. Boudot et P.M. Vecchi*, Poitiers, 2008, p. 1 ss.

⁶ Artt. 1130-1144 *code civil*. Sul punto la codificazione si è allontanata dal pensiero di Pothier, secondo il quale si sarebbe dovuto trattare di nullità assoluta, perché veniva meno del tutto il consenso. Cfr. M. BRUTTI, *Il contratto nei giuristi romani e nelle costruzioni da Domat a Pothier*, in *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, a cura di P. Bonin, N. Hakim, F. Nasti, A. Schiavone, Torino, 2019, p. 105 ss.; J. B. SEUBE,

riformato *code civil*⁷ il criterio per distinguere i due tipi di nullità non consiste più nella gravità del vizio: oggi la nullità è assoluta se l'interesse tutelato è generale ed è relativa se ha *pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé*⁸. La nullità relativa può essere fatta valere, entro 5 anni da quando è cessata la violenza, solo dalla parte che la legge intende proteggere e può essere opposta in via di eccezione senza limiti di tempo, se il contratto non è stato eseguito.

In modo analogo parlano di nullità i codici di famiglia francese, come il *código civil* spagnolo, il quale all'art. 1267 distingue tra *violencia*, che si produce quando sia utilizzata una forza irresistibile, e *intimidación*, che induce nel contraente un timore ragionevole e fondato di soffrire un male imminente e grave alla persona o ai beni propri oppure alla persona o ai beni del coniuge, discendenti e ascendenti⁹; la dottrina, considerata la difficoltà di distinguere le due ipotesi nella casistica, ritiene applicabile per entrambe il medesimo regime, che consiste appunto nella nullità del contratto¹⁰. Anche i codici dell'America Latina

Le critère de distinction entre les nullités absolue et relative, in *Revue des contrats*, 2019, p. 141 ss.

⁷ Con la riforma del 2016 nel sistema francese è stata anche estesa la nozione di violenza, facendovi rientrare l'abuso di una condizione di dipendenza, ed è stata soppressa la disciplina relativa all'irrelevanza del timore reverenziale (art. 1140 *code civil*). Sul punto, cfr. B. MALLET-BRICOUT, *La violence par abus d'un état de dépendance*, in *La riforma del Code civil: une perspective italo-française*, a cura di D. Valentino, Napoli, 2018, p. 121 ss., e A. GORGONI, *I vizi del consenso nella riforma del code civil: alcuni profili a confronto con la disciplina italiana*, in *Persona e mercato*, 2018, p. 88 ss., il quale auspica che il legislatore italiano prenda spunto da quello francese per intervenire sulla parte generale del contratto, in particolare sulla disciplina dei vizi del consenso. In generale sulle recenti riforme dei codici francese e tedesco cfr. S. GRUNDMANN - M. SCHÄFER, *Le riforme del diritto contrattuale francese e tedesco*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2020, p. 317 ss.

⁸ Per un approfondimento sulla questione cfr. G. VULPIANI, *La nullité contractuelle nella riforma del diritto francese*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 914 ss.

⁹ Sul tema cfr. C. ROGEL VIDE, *La violencia como vicio del consentimiento contractual*, Madrid, 2016; F. YÁÑEZ VIVERO, *Asimetrías contractuales por abuso de circunstancias. Un estudio en el marco de la renovación del derecho contractual*, Valencia, 2019.

¹⁰ Art. 1265 *código civil español*; cfr. A. CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*³,

di lingua spagnola, compresi i più recenti, come il nuovo *código civil y comercial de la Nación* argentino (art. 276), parlano di nullità dell'atto viziato¹¹.

La distinzione tra nullità e annullabilità, elaborata dalla pandettistica e adottata dal BGB¹², è stata seguita dai codici da questo influenzati¹³, come il codice civile italiano del 1942, che colpisce con l'annullabilità il contratto viziato da violenza morale¹⁴.

Nel sistema tedesco non è necessaria un'azione giudiziale¹⁵, ma è sufficiente che, entro un anno da quando cessa la coazione¹⁶, la vittima della violenza invii alla controparte una comunicazione dell'intenzione di far venir meno l'efficacia del contratto. In modo analogo si esprime il recente *Draft common frame of reference*, il quale parla di un annullamento che dovrebbe operare in via stragiudiziale¹⁷. Anche il *code civil* nel testo riformato dell'art. 1178 ha introdotto, in un'ottica di semplificazione

Pamplona, 2021, p. 374; L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, I, *Introducción. Teoría del contrato*, Cizuz Menor, 2007, p. 189 s.

¹¹ Art. 1682 e 1684 *código civil de Chile*; art. 1743 *código civil colombiano*.

¹² Per l'annullabilità a causa di dolo o di violenza morale cfr. § 123 BGB. In argomento, cfr. CH. BALDUS, 'Dolus' (*Arglist, arglistige Täuschung, Vorsatz, vorsätzliche sittenwidrige Schädigung*), 'metus' (*widerrechtliche Drohung*), in *800 años de historia a través del derecho romano*, Salamanca, 2018, p. 269 ss.

¹³ Non però dal codice svizzero delle obbligazioni, il quale all'art. 29 afferma semplicemente che «il contratto non obbliga colui che lo ha concluso per timore ragionevole causato dal fatto illecito dell'altra parte o di una terza persona». La formulazione richiama quella presente nel § 870 dell'ABGB, secondo cui «non è tenuto ad effettuare il contratto quegli che vi fu costretto dall'altro accettante con ingiusto e fondato timore. Se il timore fosse fondato, deve decidersi dal giudice secondo le circostanze».

¹⁴ Art. 1434 c.c. Cfr. M. DI BARTOLOMEO, *La violenza morale nei contratti*, Napoli, 1996; C. CICERO, *La violenza nel negozio giuridico*, Padova, 2000.

¹⁵ § 143, alinea 1, BGB.

¹⁶ Ma non oltre dieci anni dalla manifestazione di volontà.

¹⁷ Art. II. - 7:206: «La vittima può chiedere entro un termine ragionevole l'annullamento di tutto o di parte del contratto; l'annullamento opera in via stragiudiziale, attraverso una comunicazione alla controparte». Com'è noto, come modello del DCFR è stato preso proprio il sistema giuridico tedesco.

e di miglior funzionalità dei rimedi giuridici, una *nullité conventionnelle*, constatata dalle parti di comune accordo¹⁸.

Il codice civile italiano prevede, invece, la necessità per la vittima di esperire un'azione di annullamento, entro il termine di cinque anni da quando è cessata la costrizione¹⁹; la sentenza che annulla il contratto opera retroattivamente, salvi i diritti acquistati dai terzi in buona fede prima della trascrizione della domanda di annullamento. L'annullamento del contratto fa cadere la giustificazione degli spostamenti patrimoniali che fossero stati effettuati in esecuzione dello stesso; di conseguenza, opera il regime delle restituzioni²⁰.

Anche i codici portoghese (art. 256), brasiliano (art. 171) e peruviano (art. 214) tutelano la vittima della violenza morale con la possibilità di agire in giudizio per l'annullamento del contratto; identica soluzione è stata adottata dal recente codice civile della Repubblica Popolare Cinese²¹.

Nei paesi di *common law* non esiste un concetto di contratto annullabile analogo a quello dei paesi di tradizione romanistica; si applicano strumenti specifici per ogni vizio del consenso e, per di più, ciascun rimedio è spesso indicato con terminologia diversificata; in relazione alla *duress* si dice per lo più che il contratto può essere *avoided*, reso nullo²².

¹⁸ Cfr. G. VULPIANI, *La nullité*, cit., p. 919 ss.

¹⁹ Anche dopo che sia prescritta l'azione, l'annullabilità può essere opposta in via di eccezione senza limiti di tempo dalla parte convenuta per l'esecuzione del contratto, 1442, comma 4, c.c.

²⁰ Cfr. M. DELLACASA, *Restituzioni e regime dei rimedi contrattuali: un'analisi critica del diritto applicato*, in *Studi sulle restituzioni*, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2021, p. 163 ss.

²¹ Art. 150: «Quando un negozio giuridico è compiuto da una parte contro la sua effettiva volontà a seguito di violenza dell'altra parte o di un terzo, la parte coartata ha diritto di chiedere a un Tribunale popolare o a un'istituzione arbitrale di annullare il negozio giuridico» (trad. di Meiling Huang, nell'edizione a cura di O. Diliberto, D. Dursi, A. Masi, Pisa, 2021).

²² Cfr. P. GALLO, *Nullità ed annullabilità (diritto comparato)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Aggiornamento*, XII, Torino, 2019, p. 268.

2. *La violenza del terzo e il risarcimento del danno*

Nella maggior parte degli ordinamenti si considera rilevante anche la violenza esercitata da un terzo estraneo al contratto²³; talvolta, però, si ammette che il contratto possa perdere efficacia solo se la controparte negoziale era a conoscenza o poteva conoscere l'esistenza della minaccia²⁴. Una soluzione di compromesso è offerta dal codice svizzero delle obbligazioni il quale, al secondo comma dell'art. 29, dispone che, «se la minaccia è il fatto di un terzo, la parte minacciata che vuol liberarsi dal contratto deve, ove l'equità lo richieda, risarcire il danno all'altra parte, a meno che questi abbia conosciuto o dovuto conoscere la minaccia».

In Italia si ritiene che il contraente in buona fede, il quale si veda annullato il contratto, potrà chiedere alla controparte, vittima della violenza, un risarcimento per responsabilità precontrattuale, mentre quest'ultimo potrà rivalersi sull'autore della minaccia in base alla clausola generale di risarcimento dei danni ingiusti.

Quando la violenza sia opera della controparte, la disciplina codicistica talvolta prevede espressamente la possibilità di chiedere anche un risarcimento del danno derivante dall'illecita minaccia²⁵; nella maggior parte dei casi, però, tale obbligo si fa discendere dalle norme generali in tema di responsabilità per fatto illecito.

²³ Art. 1142 *code civil*: «La violenza è causa di nullità quando è stata esercitata da una parte o da un terzo»; art. 1268 *código civil español*; art. 1434 codice civile italiano; art. 256 *código civil de Portugal*. Per un'attenta analisi del problema nell'ambito degli ordinamenti dell'America Latina cfr. E. CALORE, *La caratteristica 'in rem scripta' dell'actio quod metus causa' e la rilevanza della violenza e del dolo del terzo nei codici civili latinoamericani*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, XXVI, 2009, p. 133 ss.

²⁴ In questo senso § 875 ABGB: «In caso di dolo e violenza del terzo il contratto è valido, salvo che il fatto ingiusto fosse noto (o conoscibile) alla parte che ne ha tratto vantaggio». V. anche art. 3.44, 5 comma, *Nederlands Burgerlijk Wetboek* e art. 154-155 *código civil de Brasil*.

²⁵ § 874 ABGB: «Chi effettuò un contratto per mezzo di un dolo o d'ingiusto timore è tenuto al soddisfacimento per le conseguenze dannose»; art. 278 *código civil y comercial de la Nación argentino*.

Mentre è sicura la possibilità di chiedere un risarcimento del danno che residui dopo che il contratto ha perso efficacia, meno limpida e condivisa appare la soluzione relativa alla legittimazione a richiedere un risarcimento per il caso in cui il contratto rimanga in piedi.

In ambito tedesco si ritiene che la vittima della violenza possa pretendere il risarcimento dei danni subiti sia in aggiunta all'annullamento che in alternativa a esso²⁶; in Italia fino a qualche tempo fa era *communis opinio* che il risarcimento potesse essere richiesto solo qualora si fosse annullato il contratto; di recente si tende a sostenere che la vittima della violenza abbia la possibilità di chiedere i danni anche quando preferisca mantenere in vita il contratto²⁷.

In questo senso, si esprime chiaramente il *Draft common frame of reference*, in base al quale «la parte che ha diritto di annullare il contratto ... è legittimata, se il contratto è stato annullato o meno, a chiedere il risarcimento dei danni all'altra parte per qualunque perdita sofferta in seguito all'errore, al dolo, alla violenza, alle minacce o allo sfruttamento, purché l'altra parte fosse a conoscenza o si potesse ragionevolmente ritenere che fosse a conoscenza della causa di annullamento»²⁸.

²⁶ Cfr. A. GIANOLA, *L'integrità*, cit., p. 156.

²⁷ Cfr., *ex multis*, G. MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 944 ss.; T. FEBBRAJO, *La «nuova» responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 195 ss.; M. BARCELLONA, *Responsabilità extracontrattuale e vizi della volontà contrattuale*, in *Judicium, Il processo civile in Italia e in Europa*, 2011, p. 5 ss.

²⁸ Art. II. – 7:214. In senso analogo già l'art. 31 del codice civile delle obbligazioni svizzero, secondo il quale il contratto si intende ratificato, se nel termine di un anno non si agisce, ma la ratifica di un contratto viziato da dolo o timore non esclude per se stessa l'azione di risarcimento del danno.

3. I rimedi previsti dal diritto romano

Il diritto romano non conosceva l'annullabilità del contratto²⁹ e non prevedeva neppure un'azione generale per il risarcimento dei danni (salvo la sussidiaria *actio de dolo*³⁰); malgrado ciò, alla vittima di una violenza morale era garantita una protezione forse anche più efficiente di quella prevista dagli ordinamenti attuali³¹.

Bisogna ricordare come i giuristi romani sottolineino spesso quanto fosse importante che al momento della contrattazione le parti si trovasero in una situazione di libertà contrattuale, da ritenere mancante qualora uno dei contraenti fosse minore dei 25 anni o fosse stato vittima di un raggio o di una violenza morale.

Qualora a essere compiuto in situazione di timore fosse stato un negozio tutelato con azioni di buona fede, il contraente non sarebbe stato vincolato, in quanto un obbligo sorto in seguito a violenza morale non rientrava certo nell'*oportere ex fide bona*³²; di conseguenza, la vitti-

²⁹ M. TALAMANCA, *Inesistenza, nullità ed inefficacia dei negozi giuridici nell'esperienza romana*, in *BIDR*, CI-CII, 1998-1999, p. 1 ss.

³⁰ In merito alla quale mi permetto di rinviare al mio '*Actio de dolo malo*' e risarcimento per fatto illecito, in '*Actio in rem*' e '*actio in personam*'. In ricordo di M. Talamanca, II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, p. 580 ss.

³¹ Parrebbe configurare un esempio di violenza fisica (*vis absoluta*) che comporta la completa nullità dell'atto Paul. 1 sent. D. 4.2.22: *Qui in carcerem quem detrusit, ut aliquid ei extorqueret, quidquid ob hanc causam factum est, nullius momenti est*. In questo senso L. CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni Giustinianee. Parte speciale (Materiali)*, a cura di G. Falcone, Torino 2018, p. 99 s. Cfr. Cons. 1.6: Imp. Severus A. Iulio Conserturino. *Ea, quae per vim et metu gesta sunt, etiam citra principale auxilium irrita esse debere iam pridem constitutum est*. (a.196).

³² Ulp. 11 ad ed. D. 50.17.116 pr.: *Nihil consensui tam contrarium est, qui ac bonae fidei iudicia sustinet, quam vis atque metus: quem comprobare contra bonos mores est*; C. 4.44.1: Imperator Alexander Severus Aurelio Maroni mil.: *Si pater tuus per vim coactus domum vendidit, ratum non habebitur, quod non bona fide gestum est: mala fide enim emptio irrita est. aditus itaque nomine tuo praeses provinciae auctoritatem suam interponet, maxime cum paratum te proponas id quod pretii nomine illatum est emptori refundere*. (a. 222) Cfr. M. TALAMANCA, *La 'bona fides' nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Atti del

ma chiamata in giudizio per l'adempimento sarebbe stata assolta (senza necessità di inserire eccezioni nella formula) e, se avesse già eseguito l'accordo viziato, avrebbe potuto utilizzare la stessa azione contrattuale per recuperare quanto prestato.

Nella prima metà del I secolo a.C. il pretore introdusse nell'editto una clausola con la quale prometteva di non riconoscere effetti alle attività che fossero state compiute per causa di timore (*Quod metus causa gestum erit, ratum non habebō*). Nella versione originale la clausola edittoale affermava che non sarebbe stato *ratum* qualunque *gestum* compiuto *vi metusve causa*³³; in seguito, il riferimento alla *vis* fu espunto perché fu considerato requisito sufficiente per la concessione dei rimedi il semplice timore, in qualunque modalità e da chiunque fosse stato indotto. L'eliminazione dell'espressa indicazione della *vis* sottese un importante mutamento di visuale, in quanto spostò l'attenzione dal comportamento dell'autore del fatto illecito alla situazione della vittima³⁴.

Per *metus* si intendeva uno stato di trepidazione mentale (*mentis tre-*

Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese, IV, a cura di L. Garofalo, Padova, 2003, p. 1 ss.; R. FIORI, 'Bona fides'. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (Parte seconda), in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, IV, a cura di R. Fiori, Napoli, 2011, p. 131 ss.; A. TARWACKA, 'Nihil consensui tam contrarium est quam vis atque metus'. The Origins of Provisions against Duress in Roman Law, in *Principios Generales del Derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, a cura di F. Reinoso-Barbero, Madrid 2014, p. 707 ss.

³³ Ulp. 11 ad ed. D. 4.2.1 pr.: Ait praetor: «quod metus causa gestum erit, ratum non habebō». olim ita edicebatur «quod vi metusve causa»: vis enim fiebat mentio propter necessitatem impositam contrariam voluntati: metus instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio. sed postea detracta est vis mentio ideo, quia quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videtur.

³⁴ In questo senso v. il bel libro di E. CALORE, 'Actio quod metus causa'. Tutela della vittima e azione 'in rem scripta', Milano, 2011, p. 11 ss.; cfr. anche così F. PULITANÒ, La violenza nella contrattazione: tutela processuale e legittimazione passiva, in 'Actio in rem' e 'in personam'. In ricordo di M. Talamanca, II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, p. 675: «il solo metus era idoneo ad indicare quella che si può definire 'Motivationslage' e che viene ritenuta vero fondamento della concessione della tutela giurisdizionale, mentre la nozione di vis come riferita all'azione del costringitore avrebbe disturbato il riorientamento della fattispecie sul versante passivo, cioè verso il punto di vista della vittima».

pidatio) derivante dal fondato³⁵ timore di un male presente o futuro per sé o per i propri cari³⁶, timore che avrebbe potuto impressionare anche una persona dal carattere saldo³⁷. Il male temuto doveva essere grave³⁸, serio³⁹ e contrario al diritto: non era tale quello che derivasse da una legittima attività di un magistrato⁴⁰ o dal corretto esercizio delle proprie ragioni⁴¹.

Sulla base di tale promessa edittale il pretore creò tre rimedi processuali utilizzabili da chi avesse compiuto un *gestum*, cioè una qualunque attività di rilievo giuridico⁴², in situazione di *metus*: si trattava dell'*exceptio* e dell'*actio quod metus causa* nonché della *restitutio in integrum propter metum*.

L'*exceptio quod metus causa* era un rimedio preventivo, grazie al quale chi avesse concluso un atto in situazione di timore e fosse stato poi

³⁵ Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.2.9 pr.: *Metum autem praesentem accipere debemus, non suspicionem inferendi eius.*

³⁶ Paul. 11 *ad ed.* D. 4.2.8.3: *Haec, quae diximus ad edictum pertinere, nihil interest in se quis veritus sit an in liberis suis, cum pro affectu parentes magis in liberis terreantur.*

³⁷ Gai. 4 *ad ed. prov.* D. 4.2.6: *Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat, ad hoc edicto pertinere dicemus.*

³⁸ Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.2.5: *Metum accipiendum Labeo dicit non quemlibet timorem, sed maioris malitatis.* A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. 'Nova negotia' e 'transactio' da Labeone a Ulpiano*, Napoli, 1971, p. 84, ha evidenziato la derivazione di tale definizione da Arist. E.N. 3.1.4 (1110a).

³⁹ Non sarà sufficiente il timore di una qualsiasi vessazione o di una lesione della reputazione Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.2.7 pr.: *Nec timorem infamiae hoc edicto contineri Pedius dicit libro septimo, neque alicuius vexationis timorem per hoc edictum restitui. proinde si quis meticulosus rem nullam frustra timuerit, per hoc edictum non restituitur, quoniam neque vi neque metus causa factum est.*

⁴⁰ Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.2.3.1.

⁴¹ Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.2.14; Ulp. 5 *opin.* D. 4.2.23.3 i.f.

⁴² Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.7 pr.: *Ait praetor: 'gestum esse dicetur'. Gestum sic accipimus qualiterqualiter, sive contractus sit, sive quid aliud contigit.* V. anche Ulp. 66 *ad ed.* D. 42.8.1.2: *Ait ergo praetor 'quae fraudationis causa gesta erunt'. haec verba generalia sunt et continent in se omnem omnino in fraudem factam vel alienationem vel quemcumque contractum. quodcumque igitur fraudis causa factum est, videtur his verbis revocari, quaecumque fuerit: nam late ista verba patent. sive ergo rem alienavit sive acceptilatione vel pacto aliquem liberavit.*

chiamato in giudizio per l'adempimento dello stesso avrebbe potuto difendersi e, provando davanti al giudice il *metus*, essere assolto. Dal momento che la formula di tale eccezione era espressa impersonalmente (*si in ea re nihil metus causa factum est*), essa era opponibile anche quando l'attore non coincideva con l'autore della violenza: perciò venne detta *exceptio in rem scripta*.

Con la *restitutio in integrum propter metum* si ignoravano gli effetti già prodotti dall'atto, nel senso che il pretore, una volta emanato il decreto di restituzione, considerava come non avvenuto l'atto ed esercitava di conseguenza la sua *iurisdictio*, concedendo alla vittima della minaccia non solo tutte le azioni che le sarebbero spettate prima dell'esecuzione del negozio, eventualmente anche contro terzi non autori della minaccia, ma anche altri strumenti giurisdizionali necessari per tutelare il soggetto.

Infine, l'*actio quod metus causa* poteva essere esperita nel caso in cui l'atto avesse prodotto tutti i suoi effetti e taluno ne avesse ricavato un *lucrum*: legittimato passivo era chiunque avesse ottenuto un vantaggio dall'attività compiuta in situazione di timore. La condanna era nel quadruplo del lucro ottenuto (*in simplum* dopo l'anno), ma non comportava infamia e poteva essere evitata rimettendo in pristino la situazione⁴³, in quanto l'azione conteneva l'*arbitratus de restituendo*.

⁴³ Secondo parte della dottrina, l'azione *quod metus causa* così configurata sarebbe frutto della fusione postclassica tra la *in integrum restitutio* e l'azione di *metus*, la quale in epoca classica sarebbe stata una pura azione penale, senza clausola arbitraria; la *restitutio in integrum* sarebbe scomparsa in epoca giustiniana, sostituita dall'azione, che poteva ora essere sia *in personam* sia *in rem*: in questo senso cfr. O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*³, Leipzig, 1927, p. 113; C. SANFILIPPO, *Il 'metus' nei negozi giuridici*, Padova, 1934, p. 184. Secondo F. SCHULZ, *Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft im antiken römischen Recht*, in ZSS, XLIII, 1922, p. 219, i passi che sembrano permettere l'esperimento dell'azione anche contro i terzi non autori della minaccia si spiegherebbero proprio perché derivati da una mescolanza tra alcuni frammenti originariamente dedicati alla *restitutio in integrum* e altri che trattavano dell'azione penale. Vi è anche chi ha ritenuto che in epoca classica non esistesse una vera e propria *restitutio in integrum*, la quale sarebbe coincisa con l'*arbitratus de restituendo* contenuto nella stessa azione di *metus*, che permetteva di rimettere in pristino la situazione giuridica dell'attore: così, B. KUPISCH, *In integrum*

Proprio la presenza della clausola arbitraria permetteva di considerare giustificata una *condemnatio* nel quadruplo⁴⁴ anche nei confronti di chi non fosse autore della violenza morale, *quia non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur*⁴⁵: la penalità si attivava soltanto in presenza di un rifiuto di rimettere la situazione in pristino. Qualora il convenuto avesse deciso di non rinunciare al suo *lucrum*, meritatamente doveva essere condannato al quadruplo, eventualmente anche per il fatto di un altro.

La condanna si calcolava quadruplicando *omne quodcumque restitui oportuit*⁴⁶: è evidente che, se il convenuto non avesse avuto alcun arricchimento, nulla avrebbe dovuto restituire e a nulla sarebbe stato condannato. Giuliano precisa che si moltiplica l'*id quod interest*⁴⁷, di modo che si dovrà detrarre un'eventuale somma che fosse stata pagata a giusto titolo; Pomponio, seguito da Paolo, specifica ulteriormente che oggetto di stima sarà l'*id quod abest*, così se oggetto del trasferimento viziato era il possesso di un fondo non in proprietà si valuterà *non quanti fundus, sed quanti possessio est*⁴⁸.

restitutio und 'vindicatio utilis' bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht, Berlin-New York, 1974.

⁴⁴ In alcuni testi (D. 4.2.14.9-11) si afferma che la pena vera e propria consisterebbe solo nel pagamento del triplo al quale si aggiungerebbe la restituzione. In passato E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*², Milano, 1955, p. 193, ha ritenuto che questi passi fossero stati interpolati dai compilatori, i quali avrebbero avuto una concezione della pena «non più giuridica e qualitativa, bensì tutta esteriore e quantitativa. ... per i bizantini è *poena* tutto ciò che eccede quantitativamente il *simplum*».

⁴⁵ Così Ulp. 11 ad ed. D. 4.2.14.3.

⁴⁶ Ulp. 11 ad ed. D. 4.2.14.1: *Si quis non restituat, in quadruplum in eum iudicium pollicetur: quadruplabitur autem omne quodcumque restitui oportuit. satis clementer cum reo praetor egit, ut daret ei restituendi facultatem, si vult poenam evitare. post annum vero in simplum actionem pollicetur, sed non semper, sed causa cognita.*

⁴⁷ Ulp. 11 ad ed. D. 4.2.14.14: *Iulianus ait quod interest quadruplari solum, et ideo eum, qui ex causa fideicommissi quadraginta debebat, si trecenta promiserit per vim et solverit, ducentorum sexaginta quadruplum consecuturum: in his enim cum effectu vim passus est.*

⁴⁸ Paul. 11 ad ed. D. 4.2.21.2: *Qui possessionem non sui fundi tradidit, non quanti fundus, sed quanti possessio est, eius quadruplum vel simplum cum fructibus consequetur: aestimatur*

La presenza della clausola arbitraria nell'*actio quod metus causa* non garantiva sempre il ripristino della situazione patrimoniale modificata in seguito al *gestum* compiuto per timore, perché essa era utilizzabile soltanto quando si potesse individuare un soggetto che avesse ottenuto un vantaggio da tale *gestum*, e non sempre ciò accadeva. Si pensi, per esempio, al classico caso dell'eredità accettata perché *coactus*: dal momento che non necessariamente qualcuno ricavava un lucro da un'*adi-tio hereditatis*, solo la *restitutio in integrum* avrebbe offerto un ristoro per tale tipologie di atti⁴⁹.

L'insieme di questi strumenti veniva a configurare una protezione molto più potente della semplice annullabilità del contratto e aveva un campo di applicazione più vasto.

4. La funzione dei rimedi '*metus causa*'

Molto si è discusso in merito alla funzione degli strumenti dedicati al *metus*: secondo alcuni autori, soprattutto dell'inizio del secolo

enim quod restitui oportet, id est quod abest: abest autem nuda possessio cum suis fructibus. quod et Pomponius. Sembra che nella formula non venisse indicata una precisa somma (*certa quantitas*): questa sarebbe stata determinata dal giudice e, in caso di assenza del convenuto, avrebbe chiesto all'attore di indicarla tramite un *iusiurandum in litem* dell'attore, il cui valore era limitato con una *taxatio* giudiziale. V. Paul. 11 *ad ed.* D. 4.3.18 pr.: *Arbitrio iudicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur: et nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio quanti ea res est. ideo autem et hic et in metus causa actione certa quantitas non adicitur, ut possit per contumaciam suam tanti reus condemnari, quanti actor in litem iuraverit: sed officio iudicis debet in utraque actione taxatione iusiurandum refrenari.* Per una difesa della classicità del passo cfr. L. CHIAZZESE, '*Iusiurandum in litem*', Milano, 1958, p. 181 ss.

⁴⁹ Dal momento che, una volta accettata l'eredità, non era possibile rimettere in pristino l'erede, il pretore attribuiva la facoltà di astenersi dall'eredità: Paul. 11 *ad ed.* D. 4.2.21.5: *Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui: sed per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur.*

scorso⁵⁰, la prospettiva che aveva spinto il pretore a intervenire sarebbe stata quella dei vizi del consenso; più spesso, però, si è ritenuto⁵¹ che la motivazione principale a monte dell'intervento fosse quella di tutelare la vittima di un atto illecito nei confronti di un'ingiusta lesione⁵². Altri studiosi ancora hanno cercato di portare a unità i due aspetti, affermando che «il *metus* è un fatto illecito, e lo è in quanto impedisce o altera (cioè vizia) la libera volontà dei soggetti giuridici: i due concetti allora mi sembra non si escludano a vicenda ma uno sia integrato dall'altro: il *metus* cioè non è solo fatto illecito né solo vizio della volontà, ma è l'uno e l'altro»⁵³.

Se si considera che i mezzi processuali concessi *metus causa* sono indubitabilmente *in rem scripti*⁵⁴, utilizzabili cioè anche contro persone diverse dall'autore dell'atto causativo del timore, appare difficile negare che in epoca classica la funzione principale degli strumenti introdotti dal pretore fosse quella di permettere la reintegrazione della vittima nei confronti di chiunque avesse ricavato un vantaggio patrimoniale dalla situazione di timore. La funzione quindi non era tanto quella di puni-

⁵⁰ Cfr. A. BRETON, *La notion de la violence en tant que vice du consentement*, Paris, 1925; G.-B. FUNAIOLI, *La teoria della violenza nei negozi giuridici*, Roma, 1927; C. LONGO, *Corso di diritto romano. Fatti giuridici, negozi giuridici, atti illeciti*, Milano, 1935, p. 240 s.; G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, Padova, 1937.

⁵¹ Cfr. C.F. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, III, Berlin, 1840, pp. 100 ss., 108 e 116; G. ZANI, *L'evoluzione storico-dogmatica dell'odierno sistema dei vizi del volere e delle relative azioni di annullamento*, in RISG, II, 1927, p. 338 ss.; E. BETTI, *Diritto romano, I. Parte generale*, Padova, 1935, p. 311; U. VON LÜBTOW, *Der Ediktstitel 'Quod metus causa gestum erit'*, Bamberg, 1932, p. 12 e ss. e p. 70 e ss.

⁵² In questo senso ancora J. GAULHOFER, 'Metus'. *Der prätorische Rechtsschutz bei Furcht, Zwang und Gewalt*, Wien-Köln-Weimar, 2019.

⁵³ Così C. SANFILIPPO, *Il 'metus'*, cit., p. 176. In senso analogo già B. BIONDI, *Prospettive romanistiche*, Milano, 1933, p. 73: «questa varietà di mezzi pretori esclude che dolo e violenza si possano inquadrare sotto un unico profilo: non sono soltanto delitti, giacché il Pretore si pone anche dal punto di vista degli effetti del negozio, non sono viceversa soltanto cause di nullità o vizi della volontà, giacché, per le medesime ipotesi, si può agire con l'azione penale». Cfr. anche F. SCHULZ, *Die Lehre*, cit., p. 171 ss.

⁵⁴ Ulp. 11 ad ed. D. 4.2.9.8: *Cum autem haec actio in rem sit scripta nec personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit quod metus causa factum est...*

re l'autore della minaccia, quanto quella di ripristinare la situazione giuridica patrimoniale della persona che si trovava in *instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio*. Gli aspetti di penalità riguardavano esclusivamente l'ipotesi in cui il convenuto, autore della minaccia o terzo estraneo, rifiutasse di operare la *restitutio*: solo in questo caso il giudice avrebbe dovuto condannare nel quadruplo.

Del resto, qualora l'autore del *metus* non potesse essere convenuto con l'*actio quod metus causa*, non avendo ricavato un arricchimento, egli non sarebbe comunque rimasto impunito, in quanto sarebbe stato perseguito in sede criminale, probabilmente a titolo di *vis privata*⁵⁵; d'altra parte, pure negli ordinamenti moderni, la fattispecie di chi prospetti seriamente un male ingiusto a un'altra persona può spesso integrare anche delle figure criminose, in particolare la minaccia e la violenza privata.

⁵⁵ In base a un rescritto di Alessandro Severo sembrerebbe che la responsabilità criminale si cumulasse con quella in sede privata qualora l'autore del *metus* coincidesse con la persona che aveva ricavato un guadagno: C. 6.34.1 Imp. Alexander A. Severae: *civili disceptationi crimen adiungitur si testator non sua sponte testamentum fecit, sed compulsus ab eo qui heres est institutus, vel quoslibet alios quos noluerit scripserit*. Sul testo, cfr. F. DE MARINI AVONZO, *Coesistenza e connessione tra 'iudicium publicum' e 'iudicium privatum'*. *Ricerche sul diritto tardo classico*, in *Diritto e Storia*, 2013.

Abstract

Il saggio analizza alcune differenze presenti nei vari ordinamenti moderni in merito ai principali rimedi a tutela della vittima di violenza morale, per passare poi a descrivere la protezione riconosciuta dal diritto romano, ove esisteva un complesso insieme di strumenti che aveva un campo di applicazione più vasto e veniva a configurare una difesa molto più incisiva della semplice annullabilità del contratto.

The essay analyses some of the differences existing in the various modern legal systems concerning the main remedies available to victims of duress, and then goes on to describe the protection recognised in Roman law, where there was a complex set of instruments that had a broader scope and offered a much more powerful defense than the simple annulment of the contract.

Padova, novembre 2023

FELICE MERCOGLIANO*

SUI FONDAMENTI DELL'AZIONE REDIBITORIA
NEL DIRITTO ROMANO (E ALTROVE)**

SOMMARIO: 1. Cenni geo-storici sul diritto romano dall'Europa all'America Latina. – 2. L'*actio redhibitoria*. Fonti romane. – 3. Apporti del diritto intermedio. – 4. Ricordi brasiliani di Emilio Betti. – 5. Approdi codicistici e di diritto europeo.

1. *Cenni geo-storici sul diritto romano dall'Europa all'America Latina*

Le relazioni tra il diritto romano e l'America Latina costituiscono un banco di prova per saggiare progetti e risultati raggiunti nel secondo dopoguerra da noi romanisti. Possiamo vantare una rivista mirata a ciò: *Roma e America. Diritto romano comune*¹, diretta da un vero animatore di iniziative tese all'interscambio tra l'Europa tutta, compresa la Russia, da un lato, e le realtà degli altri continenti e subcontinenti sino alla Cina, dall'altro, qual è Antonio Saccoccio², allievo di San-

* Professore ordinario di Istituzioni e Storia del diritto romano presso l'Università degli Studi di Camerino. Affidatario di Fondamenti del diritto europeo presso l'Università "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

¹ *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Eurasia e in America Latina*, giunta al vol. 42 nell'anno 2021.

² A titolo esemplificativo e con ben selezionata bibliografia precedente, cfr. A. SACCOCCIO, *Il sistema giuridico latinoamericano. Storia di una storia*, in A. SACCOCCIO – S. CACACE (a cura di), *Sistema giuridico latinoamericano. Summer School (Brescia, 9-13 luglio*

dro Schipani³, protagonista della pionieristica impostazione aperturista seguendo Pierangelo Catalano, da cui subito fu affiancato Labruna nell'innovativa linea editoriale di *Index. Quaderni camerti di studi romanistici International Survey Of Roman Law* fondata oramai oltre mezzo secolo fa a Camerino nel 1969⁴. Da Schipani soprattutto è stato delineato un 'sistema giuridico latinoamericano'⁵ (con principi generali propri di esso)⁶, connesso alla «prefigurazione nel Nuovo Mondo di una società senza servi, e poi, nella conquista dell'indipendenza, anche di una società senza 'stranieri', dall'esistenza dei quali è originariamente scaturita la servitù (D. 1.1.4)»⁷.

2. *L'actio redhibitoria. Fonti romane*

Punta dritto al passaggio nel diritto brasiliano della romanistica garanzia per vizi occulti della cosa venduta ultimamente la monografia di Rosanna Ortu⁸, la quale fa con perizia il punto su un tema oggetto

2018), Giappichelli: Torino, 2019, p. 31 ss.; nonché ID., *Europa y América Latina: dos continentes, un solo derecho*, in A. SACCOCCIO - S. CACACE (a cura di), *Europa e America Latina. Due continenti, un solo diritto. Unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano*, I, Giappichelli: Torino, 2020 / Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 1 ss.

³ Per una sua visione totale cfr. S. SCHIPANI, *Sistema del diritto romano. Sistema latinoamericano. Interpretazione sistematica in senso pieno. Giuristi, cittadini, uomini*, in A. SACCOCCIO - S. CACACE (a cura di), *Europa e America Latina*, I, cit., p. 21 ss.

⁴ Sulla vicenda fondativa di *Index* mi sia consentito di rinviare a F. MERCOGLIANO, *In anni lontani, diversi, camerti ... «Index» e gli Indici dei primi trenta volumi*, in C. CASCIONE - C. MASI DORIA (a cura di), *Trent'anni di Index*, Jovene: Napoli, 2007, p. 81 ss.

⁵ Si v., per tutti, S. SCHIPANI, *Riconoscimento del sistema giuridico latinoamericano e sue implicazioni*, in S. SCHIPANI (a cura di), *Mundus Novus. America. Sistema giuridico latinoamericano*, Tiellemmedia: Roma 2005, p. 713 ss.

⁶ Cfr. I.A. GARCÍA NETTO (compiladora), *Principios generales del derecho latinoamericano*, Eudeba: Buenos Aires, 2009.

⁷ Così, significativamente, S. SCHIPANI, *Riconoscimento del sistema*, cit., p. 715.

⁸ R. ORTU, *Dal diritto romano al diritto brasiliano. Fondamenti romanistici della disciplina sui vizi occulti nel contratto di compravendita*, Inschibboleth: Roma, 2021.

di studi molteplici anche in tempi recenti, originati dall'interesse per l'editto emanato dagli edili curuli, i magistrati minori patrizi, che al pari dei consoli e pretori avevano diritto alla sedia 'curule' perché esercitavano la giurisdizione nel settore delicato dei mercati (rifornimenti in principio dei generi alimentari anno per anno, da cui *annona*)⁹. Per la verità, gli studi sull'editto degli edili curuli videro il loro 'atto di nascita' in Italia nel primo decennio del secondo dopoguerra grazie a Giambattista Impallomeni¹⁰. La problematica, nel complesso, è stata poi ben indagata nella letteratura romanistica¹¹ e ricondotta a una tutela della

⁹ Era l'edilità curule una «tappa pagante del *cursus honorum*» (come la definiscono F. CÀSSOLA – L. LABRUNA, *Linee di una storia delle istituzioni repubblicane*³, Esi: Napoli, 1991, p. 130), data la popolarità che si poteva acquisire con l'organizzazione degli spettacoli solenni, che era di loro competenza insieme con la cura dei luoghi pubblici e degli edifici urbani e, appunto, dell'*annona*, come dice Cic. *de leg.* 3.7: *Suntoque aediles curatores urbis annonae ludorumque sollemnium, ollisque ad honoris amplioris gradum is primus ascensus esto*. Ampia ricostruzione ultimamente in A. DAGUET-GAGEY, *Splendor aedilitatum. L'édilité à Rome (I^{er} s. avant J.-C. – III^e s. après J.-C.)*, École Française de Rome: Rome, 2015, spec. p. 552 ss. sul controllo delle vendite di schiavi; p. 581 ss. circa *actio redhibitoria* e *quanti minoris*; p. 621 intorno all'editto degli edili curuli. Sintesi affidante delle vaste e variegate competenze degli *aediles* nell'amministrare Roma ultimamente in S. SEGENNI – C. LETTA, *L'amministrazione romana. Stato e città in età repubblicana e imperiale*, Carocci: Roma, 2023, p. 22 ss.

¹⁰ G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, Cedam: Padova, 1955.

¹¹ Ampia e aggiornata bibliografia ora in R. ORTU, *Dal diritto romano*, cit., p. 20 ss.; fra gli altri, sull'editto edilizio e la sua storia, F. SERRAO, *Impresa, mercato, diritto. Riflessioni minime*, in L. LO CASCIO (a cura di), *Mercati permanenti e mercati periodici nel mondo romano. Atti degli Incontri capresi di storia dell'economia antica (Capri, 13-15 ottobre 1997)*, Edipuglia: Bari, 2000, p. 40 ss. Mi limito qui a menzionare espressamente ancora (oltre, R. ORTU, 'Aiunt aediles ...'. *Dichiarazioni del venditore e vizi della cosa venduta nell'editto de mancipiis emundis vendundis*, Giappichelli: Torino, 2008); É. JAKAB, *Praedicere und cavere beim Marktkauf. Sachmängel im griechischen und römischen Recht*, Beck: München, 1997, su cui cfr. la rec. di W. ERNST, *Neues zur Sachmängelgewährleistung aufgrund des Ädilenedikts*, in ZSS., 116, 1999, p. 208 ss.; N. DONADIO, *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti*, Giuffrè: Milano, 2004; naturalmente resta, inoltre, di riferimento obbligato il contributo di M. KASER, *Die Jurisdiktion der kurulischen Ädilen*, in *Mélanges Philippe Meylan*, I, 1963, p. 173 ss. (ora in ID., *Ausgewählte Schriften*, II, Napoli: Jovene, 1976, p. 477 ss.).

parte più fragile qual era il ‘consumatore’ nei mercati dell’epoca romana al cospetto del venditore, il quale doveva dunque rispettare obblighi ‘deontologici’ professionali di dare accesso ad informazioni cruciali sulle merci¹².

Il fine dell’editto edilizio venne, dunque, identificato in quello di prevedere un’azione contro il venditore a titolo di responsabilità oggettiva specificamente diretta a garanzia dell’acquirente per i vizi occulti della cosa venduta¹³, *de mancipiis emundis vendundis* (per i vizi occulti dello schiavo in vendita, molto più noto) e *de iumentis vendundis* (per i giumenti offerti in vendita)¹⁴. In queste disposizioni edittali si trova l’ar-

¹² Tale linea interpretativa *ante litteram* ‘mercaticistica’ in materia, di recente, viene esposta da E. CHEVREAU, *L’édit des édiles curules: un droit des marchés avant la lettre?*, in *Agoranomes et édiles. Institutions des marchés antiques*, De Boccard: Paris, 2012, p. 223 ss.

¹³ Prima del saggio di Impallomeni che impresse una svolta agli studi in argomento, v. H. VINCENT, *Le droit des édiles. Étude historique et économique des prescriptions édiliennes sur la vente et la garantie*, Sirey: Paris, 1922, con la proposta interpretativa che la garanzia per vizi nella vendita fosse fondata sul concetto dell’arricchimento senza causa; nonché R. MONIER, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romain*, Sirey: Paris, 1930, p. 39 ss., sebbene sia eccessivamente datata la teoria della responsabilità non oggettiva, ma per presunzione assoluta di colpa addossata al venditore in difetto di dichiarazione (*ibidem*, spec. p. 39 ss.).

¹⁴ V., per i giumenti, Ulp. 2 *ad ed. aed. cur.* D. 21.1.38 pr.: *Aediles aiunt: ‘Qui iumenta vendunt, palam recte dicunt, quid in quoque eorum morbi vitiique sit, utique optime ornata vendendi causa fuerint, ita emptoribus tradentur. Si quid ita factum non erit, de ornamentis restituendis iumentisve ornamentorum nomine redhibendis in diebus sexaginta, morbi autem vitiiue causa inemptis faciendis in sex mensibus, vel quo minoris cum venirent fuerint, in anno iudicium dabimus. Si iumenta paria simul venierint et alterum in ea causa fuerit, ut redhiberi debeat, iudicium dabimus, quo utrumque redhibeatur’*. Trad. it. di D. 21.1.38 pr. di F. Gnoli, in S. SCHIPANI (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae / Digesti o Pandette dell’Imperatore Giustiniano*. Testo e traduzione, IV, 20-27, Giuffrè: Milano, 2011, p. 75 s.: «Affermano gli edili: ‘Coloro i quali vendono giumenti, dicano apertamente e correttamente quale malattia e vizio abbia ognuno di essi, e così, come siano stati provvisti al meglio di finimenti per essere posti in vendita, saranno consegnati <per trasferirli> ai compratori. Se così non sarà stato fatto, concederemo azione entro sessanta giorni per la restituzione dei finimenti o per la redibizione dei giumenti in ragione dei finimenti; entro sei mesi per renderli come non comprati a causa di malattia o di vizio; o entro un anno per il minor valore al quale avrebbero dovuto essere venduti. Se una

chetipica responsabilità dell'obbligo a carico del venditore di dichiarare al compratore i difetti eventuali della cosa in vendita. In altri termini, le dichiarazioni a carico del venditore concernenti le qualità della cosa venduta (inizialmente schiavi e *iumenta*, poi la disciplina fu oggetto di estensioni successive)¹⁵ trovano una sistemazione apposita nell'editto degli edili curuli romani, riconducibile al problema della garanzia per i vizi occulti¹⁶. In virtù della disciplina prevista in proposito dagli edili curuli per i vizi della cosa, vigeva una specifica responsabilità a carico del venditore di schiavi e di animali da soma, grazie alla promessa in via edittale all'acquirente di due rispettive azioni dette *quanti minoris* (cioè di riduzione del prezzo pagato, ossia per conseguire in parte un rimborso dello stesso, in considerazione concreta delle reali qualità del bene acquistato) e la più importante *redhibitoria* (che era rivolta, invece, nei casi più gravi, alla 'rescissione' integrale degli effetti traslativi scaturenti dagli atti di adempimento del contratto di compravendita, con il conseguente diritto per il compratore di restituire il bene e riottenere indietro il prezzo versato)¹⁷.

coppia di giumenti è stata venduta insieme e uno dei due si è trovato nella condizione di dover essere fatto oggetto di redibizione, concederemo azione affinché vengano fatti oggetto di redibizione entrambi'».

¹⁵ Sulle quali v. A. DE SENARCLENS, *L'extension de l'édit des édiles aux ventes de toute espèce de choses*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 4^e sér., 6, 1927, p. 385 ss., che purtuttavia disvela un datato approccio interpolazionistico, spec. su Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21.1.1 pr.: *Labeo scribit edictum aedilium curulium de venditionibus rerum esse tam earum quae soli sint quam earum quae mobiles aut se moventes*.

¹⁶ V, per tutti, v. M. TALAMANCA, s.v. *Vendita (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, 46, Giuffrè: Milano, 1993, p. 416 s., con fonti e bibliografia nella nt. 1179, in sintesi affidante sulla garanzia per vizi nella compravendita romana; imprescindibile, in argomento, V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, II, Jovene: Napoli, 1954, rist. anast. 1963, p. 361 ss.

¹⁷ In tal senso, nella cospicua manualistica più recente, A. CORBINO, *Diritto privato romano. Contesti, fondamenti, discipline*⁵, Wolters Kluwer: Milano, 2023, p. 623; L. SOLIDORO, *Emptio venditio*, in A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*², Giappichelli: Torino, 2017, p. 508 s.; G. COPPOLA BISAZZA, *Institutiones. Manuale di diritto privato romano*, Giuffrè Francis Lefebvre: Milano, 2021, p. 415 s.; P. LAMBRINI, *I contratti consensuali: la compravendita (emptio venditio)*, in P. GIUNTI, F. LAMBERTI, P. LAMBRINI,

Il testo pressoché integrale dell'editto lo conosciamo grazie alla fonte principe, costituita da un noto frammento rimasto nei *Digesta* giustiniane di Ulpiano, d'apertura del consistente titolo contraddistinto precisamente dalla rubrica *De aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris*, tratto dal suo commentario all'editto degli edili curuli, e tramite un passo erudito nelle *Notti Attiche* di Aulo Gellio. Vediamo di seguito allora tale insieme riuscito di fonti, l'una giuridica 'tecnica' e l'altra letteraria, ma pienamente affidabile.

Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21.1.1.1. *Aiunt aediles: 'Qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitivae cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit: eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntiant. Quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere dicitur: emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. Si quid autem post venditionem traditionemque deterius emptoris opera familiae procuratorisve eius factum erit, sive quid ex eo post venditionem natum acquisitum fuerit, et si quid aliud in venditione ei accesserit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emptorem, ut ea omnia restituat. Item si quas accessiones ipse praestiterit, ut recipiat. Item si quod mancipium capitale fraudem admiserit, mortis consciscendae sibi causa quid fecerit, invehementem depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit, ea omnia in venditione pronuntiant: ex his enim causis iudicium dabimus. Hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicitur, iudicium dabimus'*¹⁸.

L. MAGANZANI, C. MASI DORIA, I. PIRO, *Il diritto nell'esperienza di Roma antica. Per una introduzione alla scienza giuridica*, Giappichelli: Torino, 2021, p. 424 s. Cfr. la trattazione altresì di R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Clarendon Press: Oxford, 1996, p. 311 ss.

¹⁸ Trad. it. di D. 21.1.1.1 di F. Gnoli, in S. SCHIPANI (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae / Digesti o Pandette dell'Imperatore Giustiniano*. Testo e traduzione, IV, 20-27, cit., p. 49 s.: «Affermano gli edili: 'Coloro i quali vendono servi, informino i compratori su quale sia la malattia o il vizio di ciascun servo, su chi sia fuggitivo, o sia vagabondo, o non sia stato liberato dal <dover rispondere per un> fatto delittuoso;

Il lungo brano di Ulpiano riporta la stesura dell'editto perpetuo redatto da Salvio Giuliano durante l'età dell'impero di Adriano (117-138)¹⁹ ed espone i casi di responsabilità oggettiva e di natura (pre)contrattuale per violazione degli obblighi di informazione del contraente, al fine di evitare asimmetrie informative tra le parti²⁰. L'*actio redhibitoria*

e, quando tali servi saranno venduti, tutte queste stesse cose siano apertamente e correttamente dichiarate. Pertanto, se un servo fosse stato venduto trasgredendo ciò, oppure trasgredendo quanto era stato detto o promesso al momento della vendita, per ciò di cui si dirà che <il venditore> deve garantire, concederemo azione <redibitoria> al compratore e a tutti quelli ai quali la cosa interessa, affinché quel servo venga fatto oggetto di redibizione, e affinché, se dopo la vendita e la consegna sia altresì risultato qualche deterioramento <al servo> per opera del compratore, della sua famiglia servile o del suo procuratore, oppure se dopo la vendita sia nato <un figlio alla serva venduta> o sia stato acquisito qualcosa <dal servo venduto> e se qualcos'altro nella vendita fosse stato aggiunto come accessorio al servo, oppure se da quel servo sia pervenuto al compratore qualcosa <a titolo> di frutto, <il compratore> risarcisca e restituisca tutto ciò <al venditore>. Parimenti, se lo stesso <compratore> abbia prestato qualcosa in aggiunta, come accessorio <al prezzo, concederemo questa azione> affinché egli lo riceva <in restituzione>. Parimenti, se un servo abbia commesso un reato capitale, abbia fatto qualcosa per darsi la morte, o sia stato mandato nell'arena per combattere con le bestie feroci, nella vendita tutte queste cose siano dichiarate: concederemo ulteriormente azione, infatti, per tutte queste cause. Se si dirà che taluno, consapevolmente con dolo, abbia venduto in violazione di ciò, concederemo <questa> azione».

¹⁹ In tal senso, ultimamente v., per tutti, R. ORTU, *Dal diritto romano*, cit., p. 25, con letteratura *ibid.*, nt. 14, in conformità alla dottrina prevalente, nonostante l'avversione manifestata da A. GUARINO, *L'editto edilizio e il diritto onorario*, in *Labeo*, 1, 1955, p. 295 ss., con la postilla *Ancora sull'editto edilizio*, in *Labeo*, 2, 1956, p. 352 ss. (ora in ID., *Pagine di diritto romano*, IV, Jovene: Napoli, 1994, risp. p. 267 ss. e p. 272 ss.), in linea di principio contrario alla presunta «codificazione» dell'editto da parte di Salvio Giuliano, anche se in tal caso di parere difforme all'idea dell'esclusione dallo *ius honorarium* dell'*edictum aedilium curulium*, come aveva sostenuto, invece, dal canto suo E. VOLTERRA, *Intorno all'editto degli edili curuli*, in *Scritti in onore di Umberto Borsi*, Padova: Cedam, 1955, p. 1 ss., e ID., *Ancora sull'editto degli edili curuli*, in *Iura*, 7, 1956, p. 141 ss. (ora in ID., *Scritti giuridici*, IV, Napoli: Jovene. 1993, risp. p. 467 ss. e p. 501 ss.).

²⁰ Sui contenuti degli obblighi di informazione nella compravendita alla luce dell'innovazione edilizia, in lucida sintesi, v. L. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, Satura: Napoli, 2007, p. 81 ss.

era stata introdotta dagli edili curuli attraverso l'editto *de mancipiis vendundis*, tra la fine del III e gli inizi del II secolo a.C. per le compravendite di schiavi che avevano luogo nei mercati cittadini, talvolta mediante società di venditori (*societates venaliciae*)²¹ e il presupposto della sua applicazione era l'obbligo a carico del venditore di dichiarare al momento della compravendita gli eventuali vizi della cosa, allo scopo di tutelare l'acquirente quale contraente più debole.

Comunque, «l'*edictum de mancipiis vendundis* riportato da Ulpiano fu frutto di un'evoluzione protrattasi per oltre un secolo, nel corso della quale il testo dell'editto si arricchì di disposizioni e regole nuove che, integrando il *ius civile*, riuscirono a creare un sistema organico e complesso in cui il regime della vendita venne puntualmente disciplinato»²².

Va notato il singolare uso nella formula disposta dagli edili dell'imperativo futuro '*pronuntianto*'. Questo è un tempo verbale tipico invece del linguaggio delle *leges*, sin da quelle delle XII Tavole, come posto in luce Alan Watson²³, quasi a porre in rilievo l'importante innovazione di quanto da essi disposto nell'editto *de mancipiis vendundis*, destinato a una storia giuridica di lunga durata. Si trattava di un'estensione e di una specificazione nell'assetto della tutela del compratore, introdotta dai magistrati minori detti edili curuli, che avevano giurisdizione nei mercati, per ampliare il ruolo e i confini concettuali del rispondere *ex fide bona* nella sfera dei vizi della *res emptā*²⁴.

²¹ Ricostruzione meticolosa di recente in L. SOLIDORO, *Vendite di schiavi e societates venaliciae in età imperiale*, in *Legal Roots*, 9, 2020, p. 315 ss., con ampia letteratura.

²² Secondo la persuasiva conclusione del recente contributo di A. MANZO, *Nota minima sulla responsabilità del venditore di schiavi nell'editto de mancipiis vendundis*, in *Ius hominum causa constitutum. Studi in onore di Antonio Palma*, II, Giappichelli: Torino, 2023, p. 1169 ss., spec. p. 1185.

²³ A. WATSON, *The Imperatives of the Aedilician Edict*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1962, p. 209 ss. (ora in ID., *Studies in Roman Private Law*, The Hambledon Press: London and Rio Grande, 1991, p. 333 ss.).

²⁴ Panoramica recente sul tema dell'ampliamento di responsabilità e rispondenza processuale *ex fide bona* nell'*emptio venditio*, in B. CORTESE, *La tutela in caso di vizio della res emptā e della res locata: inadempimento e rispondenza ex fide bona*, Roma TrE-Press: Roma 2020, p. 9 ss.

In dettaglio, sussisteva l'obbligo a carico della parte venditrice di precisare i vizi corporali (*vitia corporis*), psicologico-morali (*vitia animi*, qual era la propensione alla fuga, al vagabondaggio o a tentare il suicidio) e prettamente giuridici nelle compravendite di schiavi, da pronunciare con voce chiara all'acquirente. A ciò avrebbero dovuto essere aggiunte dichiarazioni previste da clausole specifiche ulteriori rispetto al testo principale edittale, nella caratteristica stesura stratificata ben riconoscibili. Come nel caso, per esempio, della significativa comunicazione della origine territoriale degli schiavi, nel senso dei luoghi in cui essi fossero *nati*, che può richiamare la concezione moderna di nazione (*natio*). Dunque, come ho già messo in luce di recente²⁵, dichiarare la *natio* (la nascita, la genia d'origine) degli schiavi costituisce un requisito essenziale delle compravendite di essi. Come pongono in rilievo appunto un paio di frammenti ulpiane²⁶, coloro che vendano schiavi devono dichiarare nell'atto della compravendita la provenienza per ciascuno di loro. Va considerato che per lo più, infatti, la nazione di un servo attrae oppure allontana il compratore e perciò è di rilevante interesse saperla, giacché si presume che certi servi risultino migliori, in quanto siano di una nazione che non goda di cattiva fama, e che altri invece vengano reputati cattivi, poiché provengono da un'altra, che abbia una reputazione peggiore. Pare appena il caso di porre, infine, in rilievo come la clausola *de natione pronuntianda* costituisse un'apposita rubrica dell'editto²⁷.

²⁵ Mi permetto di rinviare a F. MERCOGLIANO, *Hostes novi cives. Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica*², Jovene: Napoli, 2020, p. 127 ss., spec. p. 128.

²⁶ In particolare, Ulp. 1 ad ed. aed. cur. D. 21.1.31.21: *Qui mancipia vendunt, nationem cuiusque in venditione pronuntiare debent: plerumque enim natio servi aut provocat aut deterret emptorem: idcirco interest nostra scire nationem: praesumptum etenim est quosdam servos bonos esse, quia natione sunt non infamata, quosdam malos videri, quia ea natione sunt, quae magis infamis est. Quod si de natione ita pronuntiatum non erit, iudicium emptori omnibusque ad quos ea res pertinebit dabitur, per quod emptor redhibet mancipium. Cfr. Ulp. 3 de cens. D. 50.15.4.5: *In servis deferendis observandum est, ut et nationes eorum et aetates et officia et artificia specialiter deferantur.**

²⁷ Lo specifica bene, fra l'altro, L. SOLIDORO, *Vendite di schiavi*, cit., p. 321, nell'enunciare altre rubriche nella versione leneliana dell'editto *de mancipiis vendundis*, tra le quali quella *adversus venaliciarios*, evidentemente tesa a contrastare i raggi in

Se non viene dichiarata la nazione all'acquirente ed a tutti gli altri interessati, viene prevista l'azione redibitoria, che andava proposta entro sei mesi decorrenti dalla conclusione del contratto. In altri termini, l'*actio redhibitoria* sanzionava la reticenza del venditore sui vizi eventuali dello schiavo negoziato e mirava a rimettere i litiganti nelle situazioni giuridiche precedenti alla stipula del contratto stesso di compravendita.

I principi basilari della disciplina giuridica introdotta a Roma dagli edili curuli, nell'ambito di regolamentazione delle vendite avvenute nei mercati di schiavi, riemergono così dal lungo brano ulpiano in D. 21.1.1.1. e, oltre all'azione redibitoria per la restituzione integrale, i magistrati minori suddetti crearono anche l'azione *aestimatoria* o *quanti minoris* per la riduzione del prezzo pagato. Vale a dire che concessero all'acquirente pure la facoltà di intentare un'azione estimatoria contro il venditore, che avrebbe potuto essere condannato a vedersi ridurre coattivamente il prezzo di vendita se fosse risultato responsabile per la mancata dichiarazione dei vizi occulti del bene, che ne avrebbero determinato un minor valore economico, e se la scoperta fosse avvenuta ad opera del compratore entro un anno dal momento dell'avvenuta vendita.

Il testo editale in argomento è stato fortunatamente tramandato nelle fonti di tradizione manoscritta anche al di fuori della compilazione giustinianea, per l'esattezza in una versione ridotta e diversa rispetto a quella contenuta nel frammento ulpiano che è la fonte principale di esso e che è stato appena richiamato. Si tratta ora di volgere lo sguardo ad un passo letterario di Aulo Gellio nelle *Notti Attiche*²⁸, in cui si riporta una disposizione relativa all'obbligo ricadente sul venditore di schiavi di indicare con chiarezza su un cartello (*titulus*) eventuali malattie o vizi

malafede dei trafficanti di schiavi, e *ne veterator pro novicio veneat*, per i casi in cui si 'abbassava' maliziosamente l'età degli schiavi in vendita.

²⁸ Per un raffronto esegetico prolungato tra il frammento ulpiano in D. 21.1.1 pr. 1 e il passo in Gell. 4.2.1, cfr. L. MANNA, *Actio redhibitoria e responsabilità per i vizi della cosa nell'editto de mancipiis vendundis*, Giuffrè: Milano, 1994, p. 1 ss.; nonché F. SERRAO, *Impresa*, cit., p. 43 ss.

dello schiavo stesso, la sua abitudine a fuggire o a vagabondare e se avesse commesso illeciti che esponessero il *dominus* a giudizi nossali.

Gell. 4.2.1: *In edicto aedilium curulium, qua parte de mancipiis vendundis cautum est, scriptum sic fuit: 'Titulus servorum singulorum scriptus sit curato ita, ut intellegi recte possit, quid morbi vitiiue cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit'*²⁹.

Aulo Gellio espone, a sua volta, un suggestivo squarcio, per così dire di *ius controversum* con pareri di Celio Sabino, Servio, Trebazio e Labeone, in merito al mero difetto (*vitium*) oppure alla malattia snaturante il corpo (*morbis*) in riferimento agli schiavi oggetto di vendite³⁰. Ma, in particolare, il brano gelliano viene considerato un'attestazione decisiva per la datazione dell'azione redibitoria, che sarebbe desumibile in base a questa testimonianza far risalire intorno al 75 a.C. Molto dopo, quindi, rispetto alle datazioni finora proposte collocate tra III e II sec. a.C.³¹, secondo la persuasiva proposta interpretativa da ultimo avanzata da Stefano Barbati³². Altro problema è costituito dal raffronto testuale tra il frammento ulpiano in D. 21.1.1.1 e il passo di Gell. 4.2.1 in ar-

²⁹ Trad. it. mia di Gell. 4.2.1, ricalcata su quella di G. BERNARDI PERINI (a cura di), Aulo Gellio, *Le Notti Attiche*, Utet: Torino, 2017, p. 411, e ancor più su quella recentemente intrapresa da S. BARBATI, *Sul problema d'origine dell'editto giurisdizionale edilizio: tra protezione legale e tutela negoziale dell'acquirente*, in *Iura*, 70, 2022, p. 169 s., ma che si discosta da entrambe in alcuni punti: «Nell'editto degli edili curuli nella parte in cui si trovano le norme sulla vendita degli schiavi, così fu scritto: 'Si abbia cura che il cartello di vendita di ogni singolo schiavo porti scritto in maniera tale da intendersi inequivocabilmente quale malattia o difetto abbia ciascuno, chi sia fuggitivo oppure vagabondo o ancora non sia liberato dal castigo'»: cfr. in argomento ora altresì ID., *Il concorso tra tutela legale e tutela negoziale dell'acquirente nel I secolo a.C.: breve nota*, in *Archivio giuridico*, 154.3, 2022, p. 673 ss.

³⁰ Gell. 4.2.2-15.

³¹ In tal senso, p. es., v. per tutti, L. D'AMATI, *L'actio redhibitoria tra giurisprudenza romana e riflessione filosofica*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 9, 2016, p. 1 ss., sez. 'Contributi'.

³² S. BARBATI, *Sul problema d'origine dell'editto*, cit., p. 165 ss.

gomento di redibitoria introdotta dagli edili curuli mediante l'editto *de mancipiis vendundis*, che non è possibile approfondire qui³³. La casistica delle malattie e dei difetti degli schiavi era ampia e multiforme, oggetto di un'elencazione accurata recente, quale si ricava da Gell. 4.2 e nel titolo in D. 21.1, grazie allo studio interdisciplinare di Philippe Cocatre-Zilgien³⁴. Peraltro, altre fonti non di tradizione manoscritta rivelano non meno importanti notizie sulle garanzie per vizi occulti desumibili dalla prassi³⁵, su cui del pari non ci si può intrattenere ora.

Infine, si può però almeno riportare ancora la formula dell'azione redibitoria relativa alla compravendita di uno schiavo, così come ricostruita, sulla base di Lenel com'è ovvio, da Dario Mantovani³⁶:

C. Aquilius iudex esto. Si paret homini quo de agitur quem A. Agerius de N. Negidio emit morbi quid fuisse quod N. Negidius adversus edictum illorum aedilium non pronuntiavit neque plus quam sex menses sunt, cum

³³ Rinvio appena agli studi esegetici ben documentati, tra i tanti, di L. D'AMATI, *L'actio redhibitoria*, cit. p. 9 ss., spec. p. 10 s., con nt. 25 per la bibliografia, e di F. REDUZZI MEROLA, *Per lo studio delle clausole di garanzia nella compravendita di schiavi: la prassi campana*, in *Index*, 30, 2002, p. 215 ss., e cfr. altresì in argomento EAD., *Sull'editto «de mancipiis emundis vendundis»*, in *Index*, 38, 2010, p. 337 ss., a proposito di R. ORTU, *'Aiunt aediles ...'*, cit.

³⁴ PH. COCATRE-ZILGIEN, *La rédhition de l'esclave pour cause de maladie en droit romain*, in *Revue générale de droit médical. Pouvoir, santé et société*, hors serie, 2008, p. 9 ss., il quale a p. 78 ss. elenca le denominazioni, sia nei termini greci che latini, delle malattie e dei difetti (dello spirito e del corpo) menzionati da Gell. 4.2 e in D. 21.1.

³⁵ Esempio l'analisi testuale condotta su tali clausole nei documenti campani da G. CAMODECA, *Tabulae Herculenses: riedizione delle emptiones di schiavi (TH 59-62)*, in *Quaestiones Iuris. Festschrift für Joseph Georg Wolf zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot: Berlin, 2000, p. 53 ss., spec. p. 74 s.

³⁶ In D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*², Cedam: Padova, 1999, p. 113 s. La palingenesi formulare viene accolta sostanzialmente pure da L. GAROFALO, *Studi sull'azione redibitoria*, Cedam: Padova, 2000, p. 44 ss. Partiva dalla formula dell'*actio redhibitoria* per mostrarne il carattere penale G. THIELMANN, *'Actio redhibitoria' und zufälliger Untergang der Kaufsache (mit Beiträgen zur Frage der Pönalität der ädilischen Klagen)*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, II, Giuffrè: Milano, 1971, p. 487 ss.

*de ea re experiundi potestas fuit, tum si arbitrato C. Aquilii iudicis is homo N. Negidio redhibebitur quodque ex eo post venditionem adquisitum est quodque in venditione ei accessit sive quid ex ea re fructus pervenit ad A. Agerium sive quid post venditionem traditionemque deterior A. Agerii opera familiaeve procuratorisve eius factus est, ea omnia N. Negidio restituentur et quanta pecunia pro eo homine soluta accessionisve nomine data erit non reddetur cuiusve pecuniae quis eo nomine obligatus erit non liberabitur, quanti ea res erit tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato, si non paret absoluto*³⁷.

Secondo la formula prevista dall'editto degli edili curuli, dunque, il giudice avrebbe dovuto accertare che lo schiavo venduto fosse affetto da una malattia (*morbus*): quello che noi oggi chiamiamo vizio. Ma il giudice stesso del pari avrebbe dovuto accertare che, a tempo debito, il venditore non avesse dichiarato che lo schiavo fosse appunto affetto da tale vizio. Esortava, quindi, il compratore a compiere a favore della controparte la restituzione del bene con i relativi accessori, nonché la consegna di quanto acquistato per il tramite o a causa dello schiavo o degli accessori e il risarcimento per i deterioramenti provocati allo schiavo dal compratore stesso o da un suo sottoposto, membro della *familia* o *procurator*. Questa disciplina, precisa, tecnicamente raffinata, ispirata a un giusto equilibrio contrattuale, è stata il fondamento della tradizione

³⁷ Trad. it. di D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 224: «Sia giudice C. A. Se risulta che lo schiavo di cui si tratta, che A. A. ha comperato da N. N., aveva una malattia che N. N. non ha proclamato in contrasto con l'editto dei tali edili e non sono trascorsi più di sei mesi dal momento in cui l'azione avrebbe potuto essere esperita, qualora, in conformità alla valutazione arbitrale del giudice C. A., a N. N. sarà reso lo schiavo ed inoltre quanto è stato acquistato grazie ad esso successivamente alla vendita, gli accessori con cui è stato venduto, i frutti eventualmente percepiti da questo affare da A. A. o le perdite di valore subite dopo la vendita e la consegna imputabili ad A. A. o ai suoi schiavi o al suo procuratore, qualora tutto ciò sarà restituito a N. N. e non sarà resa la somma di denaro pagata per quello schiavo o data a titolo di accessorio o non sarà liberato chi si sia obbligato a tale titolo per quella somma di denaro, il giudice C. A. condanni N. N. a pagare ad A. A. una somma di denaro pari al valore che avrà la cosa; se non risulta, lo assolva».

romanistica formatasi in materia di seguito alla compilazione giustiniana e propagatasi nel tempo e nello spazio fino all'odierno regime del 'reso di Amazon', si potrebbe dire.

3. *Apporti del diritto intermedio*

Agli sgoccioli della storia medievale, il fenomeno della schiavizzazione dei 'mori' avvenne per fini religiosi³⁸: scambi con prigionieri cristiani in Africa settentrionale o per scopi di conversione al cattolicesimo. Poi nel periodo delle grandi navigazioni condotte nelle rotte d'oltremare degli oceani, i trafficanti portoghesi, giunti sulle coste africane occidentali, per eccellenza in Guinea, resero prigionieri i nativi neri di quelle zone per ridurli in schiavitù e venderli in seguito traendo lautissimi profitti. L'inizio delle imprese d'oltreoceano coloniali europee, così, diede vita al fenomeno della tratta atlantica degli schiavi, che superò la dimensione mediterranea della precedente³⁹. Il Portogallo era ormai una grande

³⁸ Per una riassuntiva cornice storica generale nella quale inquadrare le sintetiche considerazioni che seguono, tra i tanti, si v. L.F. CORRÊA, *L'influence du droit romain sur le régime de l'esclavage au Portugal et au Brésil*, in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 53, 2006, p. 179 ss.

³⁹ In tema di fonti dell'approvvigionamento del mercato degli schiavi, in connessione, oltre che con la guerra che garantiva un abbondante proficuo rifornimento di massa di forza lavoro servile, pure con il fenomeno della pirateria nel Mediterraneo, specialmente tra II e I sec. a.C., v. R. ORTU, *Schiavi e mercanti di schiavi in Roma antica*, Giappichelli: Torino, 2012, p. 45 ss., che pone in evidenza quanto i mercanti di schiavi più ricchi, nonostante il disprezzo rimasto nei testi, trovassero inserimento nei livelli più alti della società romana, come dimostra l'importante partecipazione di essi al collegio dei *magistri Capitolini*, su cui cfr. F. COARELLI, «*Magistri Capitolini*» e *mercanti di schiavi nella Roma repubblicana*, in *Index*, 15, 1987, p. 175 ss., anche per ciò che riguarda la deriva sociale-religiosa-politica dei mercati specializzati nelle vendite di schiavi, superata la prevalenza indubbia dell'origine bellica delle modalità di approvvigionamento servile nella media repubblica. Su schiavi e trafficanti moderni fra Mediterraneo e Atlantico recentemente uno squarcio in M. MESSINETTI, *Il paradigma dell'uomo merce nel secolo XVIII tra Regno di Napoli e colonie spagnole*, Editoriale Scientifica: Napoli, 2020, p. 7 ss.

potenza coloniale, più sui mari addirittura che sulle terre, e impresse una matrice schiavistica ai Paesi dominati, tanto è vero che il Brasile fu l'ultimo degli Stati delle Americhe ad abolire ufficialmente l'istituto giuridico della schiavitù, con la legge n. 3.353 promulgata il 13 maggio 1888.

Apportano norme per un'analogia disciplina, in materia di vendita degli schiavi e di connessa tutela dell'acquirente nel caso di omessa dichiarazione dei vizi occulti di essi da parte del venditore, alcune ordinanze dei tempi del dominio esercitato sul territorio brasiliano dal Portogallo, le *Ordenações Afonsinas* emanate nel 1446, pubblicate nel 1447, e le *Ordenações Manuelinas* promulgate nel 1514. Come sostiene plausibilmente la Ortu⁴⁰, va rilevato che il vero «anello di congiunzione tra la disciplina varata dagli edili curuli e il dettato normativo del Codice civile brasiliano del 2002, erede della tradizione romanistica in tema di garanzia per i vizi nella compravendita, è sicuramente rappresentato dalle *Ordenações Filipinas* vigenti nel territorio brasiliano a far data dal 1603, rimaste in vigore fino al 1830, ma di fatto applicate fino all'emanazione del Codice civile brasiliano del 1916. Infatti [...], grazie all'influenza del diritto portoghese, le norme giuridiche in tema di compravendita di schiavi ed animali incluse nel *Titulo XVII* del *Livro IV* delle *Ordenações Filipinas* sono intrinsecamente collegate ai principi romanistici contenuti nell'editto degli edili curuli, riproposti puntualmente nel testo del Codice Filippino, quasi si trattasse di una traduzione letterale dell'editto tralatizio, in alcuni casi anche con la citazione dei medesimi *exempla* elaborati dai giuristi romani a commento del dettato normativo dell'editto curule».

Restava dell'esperienza romana, dunque, nella tradizione giuridica medievale moderna l'impronta espressa storicamente dalla capacità che avevano avuto gli edili curuli di interpretare le innovazioni sociali e dare un assetto equo alle forme traslative di forza lavoro schiavile importata forzosamente. Equilibrio delle posizioni contrattuali e obblighi di correttezza nelle informazioni da prestare nella fase precontrattuale,

⁴⁰ R. ORTU, *Dal diritto romano*, cit., p. 16 s.

pertanto, riaffiorano visibili nelle regole giuridiche dettate dalla legislazione lusitana in materia di compravendite di schiavi e garanzie per i vizi occulti di essi. Pare ovvio notare come si sia in presenza di un'ulteriore pagina di storia della recezione del diritto romano, stavolta in Portogallo⁴¹. Difatti, nel Codice Filippino emanato nel 1603 dal re Filippo I di Portogallo si ritrovano i fondamenti giuridici romani delle azioni edilizie per le compravendite nei mercati di schiavi, concernenti i rimedi previsti in favore della parte acquirente di schiavi affetti da patologie fisiche o vizi mentali, qual era p. es. il caso classico della predisposizione a scappare. Rimedi che potevano essere azionati entro il termine di sei mesi dalla consegna dello schiavo stesso, nel caso appunto di azione redibitoria, con onere della prova che incombeva sul compratore, come disposto dall'Ordinanza Filippina nel *Livro IV Titulo XVII*, rubricata: «Quando os que compram escravos, ou bestias, os poderão enjeitar, por doenças ou manqueira»⁴².

4. Ricordi brasiliani di Emilio Betti

Se si scava nella memoria della scienza romanistica, riaffiora peraltro uno scritto di Emilio Betti⁴³ sulle impressioni di un 'viaggio giuridico' ricavate dal confronto con la cultura giuridica brasiliana, sul campo e non in un astratto 'metaverso'. Pare appena il caso di porre in risalto quanto ha scritto per la codificazione latinoamericana, molto incisivamente, Schipani⁴⁴: «I codici più significativi sono stati però opere sostanzialmente individuali, per il maggior spicco di una personalità che

⁴¹ Sul punto v., per tutti, L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo. I. Dal crollo dell'Impero romano d'Occidente alla formazione dello ius commune. Lezioni*², Giappichelli: Torino, 2011, p. 157 s.

⁴² Traggo dati e citazioni da L. DE MADDALENA, *Vitia corporis et animi. Tracce delle azioni edilizie nelle Ordenações Filipinas*, in *Roma e America*, 40, 2019, p. 241 ss.

⁴³ E. BETTI, *Cultura giuridica brasiliana nelle impressioni di un viaggio giuridico*, in *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, 10, 1959, p. 266 ss.

⁴⁴ S. SCHIPANI, *I codici Latinoamericani della 'transfusión' del diritto romano e*

ha dominato i lavori collegiali, o addirittura per l'incarico che a questa è stato formalmente assegnato: è questo in modo evidente il caso di [...] Augusto Teixeira de Freitas per la *Consolidação* e per l'*Esboço* di Codice per il Brasile, ove poi questo viene realizzato da altra spiccata individualità come Cloris Bevilacqua [...]: sono dei romanisti».

Un paio di pagine bettiane vanno in proposito 'rispolverate' a mio avviso, non tanto per le lodi in cui insolitamente si prodiga per l'atmosfera accademica brasiliana, ma soprattutto per il richiamo alla specificità geo-storica moderna del Brasile e per l'approdo al Codice civile attraverso vicende storiche che tracciano un ponte privilegiato di studio della comunanza giuridica ampia con l'America Latina di tradizione romanistica⁴⁵. Il giurista camerte, che piace immaginare abbia particolarmente apprezzato per il suo inestricabile intreccio metodologico tra interpretazione dogmatica e produzione del diritto moderno⁴⁶ l'*unicum* del 'laboratorio' brasiliano nelle tappe della *Consolidação* e poi dell'*Esboço* di Teixeira de Freitas e, infine, del 'Codice Bevilacqua'⁴⁷, ripercorre⁴⁸ «il fervido movimento di preparazione che portò alla codificazione del diritto privato durante il secolo XIX ne' vari paesi dell'America latina. È del 1850 l'eccellente codice di commercio brasiliano [...]. È del 1855 il pregevole codice civile del Chile, redatto dal giurista venezuelano Andrea Bello. È del 1858 la 'consolidação das leis civis' elaborata per il Brasile da Augusto Teixeira de Freitas; del 1859-66, la elaborazione disegnata dallo stesso geniale giurista brasiliano, di un mo-

dell'indipendenza. Verso codici della 'mezcla' e 'codici tipo', in S. SCHIPANI (a cura di), *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano*, Cedam: Padova, 1991, p. 666 s.

⁴⁵ Per una recente ricostruzione della vicenda specifica brasiliana concernete la garanzia per vizi nei codici, in sintesi, v. R. ORTU, *Dal diritto romano*, cit., p. 147 ss.

⁴⁶ Cfr. *Questioni di metodo. Diritto romano e dogmatica odierna*². Saggi di Pietro de Francisci. Appendici di Gabrio Lombardi, Giuliano Crifò e Giorgio Luraschi, New Press: Como, 1997.

⁴⁷ Panoramica ad ampio raggio in *Atti del Congresso internazionale del centenario di Augusto Teixeira de Freitas*, in S. SCHIPANI (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Cedam: Padova, 1988.

⁴⁸ E. BETTI, *Cultura*, cit., p. 269 s.

numentale avanprogetto (esboço) di codice civile per il Brasile in 5016 articoli: opera insigne di sapienza legislativa. È del 1871 il codice civile argentino, nel quale l'Esboço di Teixeira de Freitas viene tanto largamente messo a profitto da potersene considerare la fonte principale. A proposito dell'influenza esercitata da Teixeira de Freitas con quell'avanprogetto e con le direttive metodiche additate nella 'introdução as leis civis do Brasil' premessa alla citata 'consolidação', basta considerare, per averne un'idea, che essa si riflette, oltre che nel codice argentino, nei codici uruguayano e svizzero [...] e costituì la fonte precipua delle innovazioni poi introdotte nel codice brasiliano del 1916 [...]. Giunto a questo punto, Betti motivatamente pone in risalto il ruolo decisivo rivestito dalla derivazione pandettistica di valore universale rispetto al pur fisiologico modello lusitano: «anche in Brasile, come nel Chile e in Argentina, il movimento legislativo cercò la sua fonte d'ispirazione assai più nella teoria generale del diritto privato che nelle tradizioni nazionali lusitane, ancorché queste continuassero a informare di sé una serie di istituti. Esponendo i compiti della codificazione nella citata *Introdução as leis civis do Brasil*, come anche tracciando le grandi linee del futuro codice nel richiamato 'Esboço', Teixeira de Freitas si rifece soprattutto alla tradizione dei pandettisti in voga alla sua età, a cominciare da Savigny [...] Il progetto spiegò, come si è detto, decisiva influenza sulla elaborazione preparatoria del nuovo codice civile [...] Anche in esso l'indirizzo che attira l'attenzione e l'interesse dello studioso europeo, sta nell'ideale, visibilmente perseguito, di offrire una disciplina giuridica di valore universale, rispondente al progresso della legislazione e della dottrina presso i popoli civili: ideale, questo, che ne chiarisce l'eclettismo e la tendenza a prendere il buono, senza prevenzioni, ovunque si trovi». La conclusione tratta da Betti sul punto commuove ancor oggi, come monito a noi romanisti italiani, volti verso un'imponente esperienza giuridica qual è quella dell'America Latina: «L'ideale di un diritto moderno virtualmente dotato di un valore universale, che ai codificatori fu ispirato dalla loro preparazione pandettistica e che oggi continua ad animare gli interpreti, mentre dall'un lato rende ragione della simpatia da questi nutrita verso la scienza giuridica italiana, dall'altro induce a

riflettere quale arduo compito attenda il docente italiano che voglia serbarsi pari all'altezza e al fervore delle idee che, prima, portarono alla codificazione e che, poi, animarono l'interpretazione dei codici»⁴⁹.

5. *Approdi codicistici e di diritto europeo.*

Le disposizioni del Codice civile brasiliano vigente, promulgato nel 2002, hanno peraltro confermato in tema di vizi occulti la precedente normativa del Código Civil dos estados Unidos do Brasil del 1916⁵⁰. Sia l'art. 1101 (Codice del 1916) che l'art. 441 (Codice del 2002) recitano: «a coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuem o valor» e sia l'art. 1105 (Codice del 1916) che l'art. 442 (Codice del 2002) recitano: «em vez de rejeitar a coisa, redibindo o contrato (art. 441), pode o adquirente reclamar abatimento no preço».

Traguardo odierno, quindi, è la disciplina della garanzia per vizi occulti nel Codice civile brasiliano del 2002⁵¹, nel quale si riscoprono le innovazioni giuridiche introdotte dagli edili curuli nel II secolo a. C., mediante l'editto *de mancipiis emundis vendundis*. Quest'ultimo, in sintesi, puniva la parte venditrice per la carenza di dichiarazioni in merito ai vizi occulti, in sede di stipulazione del contratto di compravendita di schiavi ed animali, con la possibilità in favore della parte acquirente di esercitare un'apposita azione giudiziaria volta ad ottenere la restituzione

⁴⁹ E. BETTI, *Cultura*, cit., p. 269 s.

⁵⁰ Codice definito originale e di prima generazione plausibilmente da A. GUZMÁN BRITO, *La sistemática de los Códigos civiles de la época clásica de la codificación iberoamericana*, in S. SCHIPANI (a cura di), *Mundus Novus*, cit., p. 283 ss.

⁵¹ Su cui cfr. F. SIEBENEICHLER DE ANDRADE, *Un panorama sullo sviluppo del Codice civile in Brasile: un'opportunità per una riflessione sulla problematica della tutela della parte debole*, in A. SACCOCCIO, S. CACACE (a cura di), *Sistema giuridico*, cit., p. 65 ss. [= A. LANDI, A. PETRUCCI (a cura di), *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica*, I. *La prospettiva storica*, Giappichelli: Torino, 2017, p. 67 ss.].

del prezzo pagato (*actio redhibitoria*) e di un'altra specifica azione per la riduzione del prezzo versato (*actio aestimatoria* o *actio quanti minoris*).

Negli articoli 441 e 442 dell'odierno Codice civile brasiliano è confluita, dunque, la tradizione romanistica delle azioni edilizie, esperibili per qualsiasi tipo di vizio della cosa acquistata. Infatti, nel Codice vi sono i due rimedi offerti per reagire ai vizi occulti della cosa acquistata: l'azione redibitoria (art. 441) e quella per la diminuzione del prezzo (art. 442), lasciando ancora oggi una traccia significativa di quella regolamentazione che, in epoca romana, aveva riguardato la compravendita di schiavi. Così come la fondamentale importanza nella compravendita delle dichiarazioni rese dal venditore riemerge dal regime codicistico vigente in Italia, almeno in un paio di articoli del Codice civile italiano concernenti la tutela del compratore per i vizi della cosa⁵². Per la precisione, va richiamato l'articolo alla base della disciplina in vigore (*Garanzia della cosa venduta*)⁵³:

Art. 1490 Cod. civ. it., comma 1 – Il venditore è tenuto a garantire che la cosa venduta sia immune da vizi che la rendano inidonea all'uso a cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore.

⁵² Sulla tutela codicistica del compratore per i vizi della cosa v., per tutti, L. GAROFALO, *Garanzia per vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano*, in ID., *Studi*, cit., p. 113 ss. e successivamente anche in ID. (a cura di), *Tutele rimediali in tema di rapporti obbligatori. Archetipi romani e modelli attuali*, Giappichelli: Torino, 2015, p. 31 ss. Il Decr. Legisl. 2 febbraio 2002, n. 24, aveva introdotto gli artt. 1519 bis-1519 nonies, poi confluiti nel 'Codice del consumo' agli artt. 128 ss. Peraltro, la seconda direttiva sulla vendita di beni di consumo (2019/771/UE) ha ormai sostituito la prima a decorrere dal 1 gennaio 2022 in Italia e risulta applicabile anche alle diffusissime vendite *on line*.

⁵³ Per un raffronto recente e affidante della garanzia edilizia nella vendita di tradizione romanistica, nel cod. civ. it. agli art. 1490 e ss., e in quella internazionale, a partire dalla Convenzione di Vienna del 1980, si v. T. DALLA MASSARA, *Fondamenti e modelli nel diritto della vendita*, Jovene: Napoli, 2020, p. 27 ss., e sulla resilienza del modello romanistico della garanzia per vizi della cosa venduta nel 'sistema' attuale dei rimedi predisposti in favore del compratore che riscontri difetti materiali del bene acquistato, cfr. *ibidem*, p. 65 ss.

Ma già nel secondo comma assume rilevanza a scapito del venditore se egli abbia taciuto in mala fede i vizi della cosa al compratore, così:

Art. 1490 Cod. civ. it., comma 2 – Il patto con cui si esclude o si limita la garanzia non ha effetto, se il compratore ha in mala fede taciuto al compratore i vizi della cosa.

Ritorna, inoltre, rilevante la dichiarazione prestata dal venditore nel successivo articolo (*Esclusione della garanzia*):

Art. 1491 Cod. civ. it. – Non è dovuta la garanzia se al momento del contratto il compratore conosceva i vizi della cosa; parimenti non è dovuta, se i vizi erano facilmente riconoscibili, salvo, in questo caso, che il venditore abbia dichiarato che la cosa era esente da vizi.

Quest'ultima disposizione, in particolare, considera determinante il dichiarare da parte del venditore che la cosa sia immune da vizi, perché, pone in giusta evidenza Garofalo⁵⁴, «quanto alla dichiarazione del venditore in ordine all'integrità della cosa, essa vale ad esonerare il compratore da ogni sforzo di diligenza, quand'anche l'alienante ignorasse, senza sua colpa, l'esistenza dei vizi: e ciò perché l'emissione di quella dichiarazione implica un particolare affidamento del compratore». L'inquadramento giuridico stesso della garanzia per vizi comunque risulta ad oggi ancora discusso, in seno alla giurisprudenza di legittimità⁵⁵, in riferimento all'attivazione della garanzia per vizi – costituente non un'obbligazione in senso tecnico del venditore, bensì una sorta di obbligo *ex lege*, che si realizza in una posizione di soggezione del venditore alle iniziative del compratore – come conseguenza (non di un vero e proprio inadempimento, ma) di una violazione della *lex contractus*. Il compratore, quindi, va tutelato con dichiarazione che gli consenta l'accesso alla

⁵⁴ L. GAROFALO, *Studi*, cit., p. 128.

⁵⁵ Si v. la pronuncia resa da Cass. civ., Sez. Un., 3 maggio 2019, n. 11748, su cui cfr. T. DALLA MASSARA, *Fondamenti*, cit., p. 65 ss.

conoscenza dei vizi della merce, altrimenti il rimedio della redibitoria entra in funzione ancor oggi⁵⁶, pur se la disciplina europea della garanzia di conformità nella vendita di beni di consumo⁵⁷ si muove tra frammentazione, irrisolta unificazione e auspicabili soluzioni armonizzanti funzionali⁵⁸.

In estrema sintesi, dunque, la disciplina della garanzia per vizi occulti per quanto concerne la cosa venduta ha una storia diversificata nel tempo e nello spazio, si può dire. In principio, nell'esperienza romana antica, il problema della garanzia per i vizi occulti assume rilevanza giuridica se le dichiarazioni rese dai venditori all'atto della conclusione delle compravendite non fossero rispondenti a verità, dato che potevano permettere di esperire un'azione sulla base di esse (la tipica *actio empti* rientrante nel più risalente *ius civile*). In quel momento storico, nella cornice di una società romana che si stava profondamente innovando, va inquadrata l'introduzione di un rimedio diverso. Infatti, per le compravendite di schiavi e animali, dei magistrati minori, ma dotati di funzioni giurisdizionali cruciali sui mercati quali erano gli edili curuli, inserirono nel loro editto un'*actio redhibitoria*, in favore della parte acquirente, nel caso di difetti giuridici, corporali e spirituali non evidenti, con il termine di esperibilità di sei mesi. La finalità era quella di costringere la parte venditrice a riprendersi la cosa venduta e a restituire il prezzo incassato. In sincronia, gli edili crearono l'*actio aestimatoria* o *quanti minoris*, con

⁵⁶ Salvo che sussistessero eventi impeditivi, già messi in luce della giurisprudenza classica, su cui v., *ex multis*, L. GAROFALO, *L'impossibilità della redibizione nella riflessione di giuristi classici*, in ID., *Studi sull'azione redibitoria*, cit., p. 39 ss. e successivamente anche in ID. (a cura di), *Tutele rimediali*, cit., p. 1 ss., ivi, accurata letteratura.

⁵⁷ V., in maniera esemplare, sugli effetti della Direttiva 1999/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 maggio 1999, in materia di tutela dei diritti dei consumatori, di recente, M. CERIONI, *Diritti dei consumatori e degli utenti*, Editoriale Scientifica: Napoli, 2014.

⁵⁸ V., ultimamente, G. AFFERNI, *La responsabilità del venditore per i difetti materiali del bene*, Edizioni Scientifiche Italiane: Napoli, 2022, p. 193 ss., sulla responsabilità del venditore per i difetti materiali del bene nel diritto dell'Unione europea, sulla base di un'essenziale prospettiva storica di diritto romano, *ibidem*, p. 5 ss.

il termine di un anno, nel caso di una rilevante differenza di valore che risultasse dalla scoperta del vizio. A tale regime complementare introdotto dallo *ius honorarium*, finalizzato dunque a tutelare l'acquirente avverso attività fraudolente tipiche dei mercanti di schiavi e di animali, si deve l'archetipica previsione della responsabilità oggettiva e generale per gli specifici 'vizi occulti' di schiavi e animali venduti.

Dall'epoca schiavistica romana l'istituto della garanzia per vizi, cosiddetti redibitori, è sopravvissuto finora⁵⁹. Difatti, basti leggere quanto dispone espressamente il nostro codice nazionale in linea di principio generale (in collegamento con l'art. 1490 riportato *supra*):

Art. 1492 Cod. civ. it. – Nei casi indicati dall'articolo 1490 il compratore può domandare a sua scelta la risoluzione del contratto ovvero la riduzione del prezzo [...]

Va letto in maniera combinata, inoltre, per aver chiara la casistica che fa salva anche il possibile risarcimento del danno, il seguente:

Art. 1494 Cod. civ. it. – In ogni caso il venditore è tenuto verso il compratore al risarcimento del danno, se non prova di avere ignorato senza colpa i vizi della cosa.

Il diritto europeo ha, infine, come s'è visto, introdotto in materia una riforma legislativa incisiva, che ha previsto una tutela più rigorosa a favore del compratore, ormai da qualificare come un 'consumatore' nei casi delle vendite di beni appunto 'di consumo', nei quali troppo spesso purtroppo si presenta il pericolo di pubblicità ingannevoli. In tali casi, in conclusione, ricordando le appropriate considerazioni della

⁵⁹ Sulla garanzia per vizi 'redibitori' cfr., per tutti, nell'ambito della disciplina della compravendita vigente, sino alla configurazione dei difetti di conformità nella normativa europea, in sintesi, la trattazione recente nella monografia di G. AFFERNI, *La responsabilità del venditore*, cit., p. 17 ss., che rintraccia la disciplina nel Codice napoleonico e nelle seguenti codificazioni dello spazio giuridico europeo.

Coppola Bisazza⁶⁰, il legislatore europeo «ha previsto ancora, seppure in via subordinata, la possibilità di utilizzare i rimedi di tipo restitutorio (risoluzione del contratto o riduzione del prezzo), potendo innanzi tutto il compratore chiedere la riparazione o la sostituzione dell'oggetto della vendita. Una disciplina, quest'ultima, [...] che tanto richiama alla mente i rimedi edilizi introdotti per la vendita al mercato di categorie di beni (schiavi e animali) spesso oggetto di frodi». Aggiungerei, per concludere, che, in parte e pur con una miriade di varianti geo-storiche, la tutela per il consumatore nell'odierno spazio giuridico europeo⁶¹ risulta significativamente scaturita, dunque, dalla tutela apprestata nell'antica Roma per il cittadino.

⁶⁰ G. COPPOLA BISAZZA, *Institutiones*, cit., p. 416.

⁶¹ Ampia trattazione ultimamente in A. ZINI, *I rimedi nella garanzia per vizi: le azioni edilizie* (cap. XI), in S. TROIANO, A. TEDOLDI, *La vendita in generale*, Pisa: Pacini, 2020, p. 223 ss.

Riferimenti bibliografici

- G. AFFERNI, *La responsabilità del venditore per i difetti materiali del bene*, Edizioni Scientifiche Italiane: Napoli, 2022.
- V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, II, Jovene: Napoli, 1954, rist. anast. 1963.
- S. BARBATI, *Sul problema d'origine dell'editto giurisdizionale edilizio: tra protezione legale e tutela negoziale dell'acquirente*, in *Iura*, 70, 2022, p. 141 ss.
- S. BARBATI, *Il concorso tra tutela legale e tutela negoziale dell'acquirente nel I secolo a.C.: breve nota*, in *Archivio giuridico*, 154.3, 2022, p. 673 ss.
- G. BERNARDI PERINI (a cura di), Aulo Gellio, *Le Notti Attiche*, Utet: Torino, 2017.
- E. BETTI, *Cultura giuridica brasiliana nelle impressioni di un viaggio giuridico*, in *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, 10, 1959, p. 266 ss.
- G. CAMODECA, *Tabulae Herculanenses: riedizione delle emptiones di schiavi (TH 59-62)*, in *Quaestiones Iuris. Festschrift für Joseph Georg Wolf zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot: Berlin, 2000, p. 53 ss.
- C. CASCIONE – C. MASI DORIA (a cura di), *Trent'anni di Index*, Jovene: Napoli, 2007.
- F. CASSOLA – L. LABRUNA, *Linee di una storia delle istituzioni repubblicane*³, Esi: Napoli, 1991.
- M. CERIONI, *Diritti dei consumatori e degli utenti*, Editoriale Scientifica: Napoli, 2014.
- E. CHEVREAU, *L'édit des édiles curules: un droit des marchés avant la lettre?*, in *Agoranomes et édiles. Institutions des marchés antiques*, De Boccard: Paris, 2012, p. 223 ss.
- F. COARELLI, «Magistri Capitolini» e mercanti di schiavi nella Roma repubblicana, in *Index*, 15, 1987, p. 175 ss.
- PH. COCATRE-ZILGIEN, *La rédhhibition de l'esclave pour cause de maladie en droit romain*, in *Revue générale de droit médical. Pouvoir, santé et société*, hors serie, 2008, p. 9 ss.
- G. COPPOLA BISAZZA, *Institutiones. Manuale di diritto privato romano*, Giuffrè Francis Lefebvre: Milano, 2021.

- A. CORBINO, *Diritto privato romano. Contesti, fondamenti, discipline*⁵, Wolters Kluwer: Milano, 2023
- L.F. CORRÊA, *L'influence du droit romain sur le régime de l'esclavage au Portugal et au Brésil*, in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 53, 2006, p. 179 ss.
- B. CORTESE, *La tutela in caso di vizio della res empta e della res locata: inadempimento e rispondenza ex fide bona*, Roma TrE-Press: Roma 2020.
- A. DAGUET-GAGEY, *Splendor aedilitatum. L'édilité à Rome (I^{er} s. avant J.-C. – III^e s. après J.-C.)*, École Française de Rome: Rome, 2015.
- T. DALLA MASSARA, *Fondamenti e modelli nel diritto della vendita*, Jovene: Napoli, 2020
- L. D'AMATI, *L'actio redhibitoria tra giurisprudenza romana e riflessione filosofica*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 9, 2016, p. 1 ss., sez. 'Contributi'.
- L. DE MADDALENA, *Vitia corporis et animi. Tracce delle azioni edilizie nelle Ordenações Filipinas*, in *Roma e America*, 40, 2019, p. 241 ss.
- N. DONADIO, *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti*, Giuffrè: Milano, 2004.
- W. ERNST, *Neues zur Sachmängelgewährleistung aufgrund des Ädilenedikts*, in *ZSS.*, 116, 1999, p. 208 ss.
- L. GAROFALO, *Studi sull'azione redibitoria*, Cedam: Padova, 2000.
- L. GAROFALO, *Tutele rimediali in tema di rapporti obbligatori. Archetipi romani e modelli attuali*, Giappichelli: Torino, 2015.
- P. GIUNTI – F. LAMBERTI – P. LAMBRINI – L. MAGANZANI – C. MASI DORIA – I. PIRO, *Il diritto nell'esperienza di Roma antica. Per una introduzione alla scienza giuridica*, Giappichelli: Torino, 2021.
- A. GUARINO, *L'editto edilizio e il diritto onorario*, in *Labeo*, 1, 1955, p. 295 ss., con la Postilla: *Ancora sull'editto edilizio*, in *Labeo*, 2, 1956, p. 352 ss. (ora in ID., *Pagine di diritto romano*, IV, Jovene: Napoli, 1994, risp. p. 267 ss. e 272 ss.).
- G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, Cedam: Padova, 1955.
- É. JAKAB, *Praedicere und cavere beim Marktkauf. Sachmängel im giechischen und römischen Recht*, Beck: München, 1997.
- M. KASER, *Die Jurisdiktion der kurulischen Ädilen*, in *Mélanges Philippe Mey-*

- lan, I, 1963, p. 173 ss. (ora in ID., *Ausgewählte Schriften*, II, Napoli: Jovene, 1976, p. 477 ss.).
- A. LANDI – A. PETRUCCI (a cura di), *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica*, I - *La prospettiva storica*, Giappichelli: Torino, 2017.
- L. LO CASCIO (a cura di), *Mercati permanenti e mercati periodici nel mondo romano. Atti degli Incontri capresi di storia dell'economia antica (Capri 13-15 ottobre 1997)*, Edipuglia: Bari, 2000.
- A. LOVATO – S. PULIATTI – L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*², Giappichelli: Torino, 2017.
- L. MANNA, *Actio redhibitoria e responsabilità per i vizi della cosa nell'editto de mancipiis vendundis*, Giuffrè: Milano, 1994.
- D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*², Cedam: Padova, 1999.
- A. MANZO, *Nota minima sulla responsabilità del venditore di schiavi nell'editto de mancipiis vendundis*, in *Ius hominum causa constitutum. Studi in onore di Antonio Palma*, II, Giappichelli: Torino, 2023, p. 1169 ss.
- F. MERCOGLIANO, *Hostes novi cives. Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica*², Jovene: Napoli, 2020.
- M. MESSINETTI, *Il paradigma dell'uomo merce nel secolo XVIII tra Regno di Napoli e colonie spagnole*, Editoriale Scientifica: Napoli, 2020.
- R. MONIER, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romain*, Sirey: Paris, 1930.
- R. ORTU, 'Aiunt aediles...'. *Dichiarazioni del venditore e vizi della cosa venduta nell'editto de mancipiis emundis vendundis*, Giappichelli: Torino, 2008.
- R. ORTU, *Schiavi e mercanti di schiavi in Roma antica*, Giappichelli: Torino, 2012.
- R. ORTU, *Dal diritto romano al diritto brasiliano. Fondamenti romanistici della disciplina sui vizi occulti nel contratto di compravendita*, Inschibboleth: Roma, 2021.
- Questioni di metodo. Diritto romano e dogmatica odierna*². Saggi di Pietro de Francisci. Appendici di Gabrio Lombardi, Giuliano Crifò e Giorgio Luraschi, New Press: Como, 1997.

- F. REDUZZI MEROLA, *Per lo studio delle clausole di garanzia nella compravendita di schiavi: la prassi campana*, in *Index*, 30, 2002, p. 215 ss.
- A. SACCOCCIO, S. CACACE (a cura di), *Sistema giuridico latinoamericano. Summer School (Brescia, 9-13 luglio 2018)*, Giappichelli: Torino, 2019.
- A. SACCOCCIO, S. CACACE (a cura di), *Europa e America Latina. Due continenti, un solo diritto. Unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano*, I, Giappichelli: Torino, 2020 / Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- S. SCHIPANI (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Cedam: Padova, 1988.
- S. SCHIPANI (a cura di), *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano*, Cedam: Padova, 1991.
- S. SCHIPANI (a cura di), *Mundus Novus. America. Sistema giuridico latinoamericano*, Tiellemmedia: Roma 2005.
- S. SCHIPANI (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae / Digesti o Pandette dell'Imperatore Giustiniano*. Testo e traduzione, IV, 20-27, Giuffrè: Milano, 2011.
- S. SEGENNI, C. LETTA, *L'amministrazione romana. Stato e città in età repubblicana e imperiale*, Carocci: Roma, 2023.
- A. DE SENARCLENS, *L'extension de l'édit des édiles aux ventes de toute espèce de choses*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 4^e sér., 6, 1927, p. 385 ss.
- L. SOLIDORO, *Vendite di schiavi e societates venaliciariae in età imperiale*, in *Legal Roots*, 9, 2020, p. 315 ss.
- L. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, Satura: Napoli, 2007.
- L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo. I. Dal crollo dell'Impero romano d'Occidente alla formazione dello ius commune. Lezioni²*, Giappichelli: Torino, 2011.
- M. TALAMANCA, s.v. *'Vendita (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, 46, Giuffrè: Milano, 1993, p. 416 s.
- G. THIELMANN, *'Actio redhibitoria' und zufälliger Untergang der Kaufsache (mit Beiträgen zur Frage der Pönalität der ädilizischen Klagen)*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, II, Giuffrè: Milano, 1971, p. 487 ss.

- H. VINCENT, *Le droit des édiles. Étude historique et économique des prescriptions ediliciennes sur la vente et la garantie*, Sirey: Paris, 1922.
- E. VOLTERRA, *Intorno all'editto degli edili curuli*, in *Scritti in onore di Umberto Borsi*, Padova: Cedam, 1955, p. 1 ss., e *Ancora sull'editto degli edili curuli*, in *Iura*, 7, 1956, p. 141 ss. (ora in ID., *Scritti giuridici*, IV, Napoli: Jovene. 1993, risp. p. 467 ss. e p. 501 ss.).
- A. WATSON, *The Imperatives of the Aedilician Edict*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1962, p. 209 ss. (ora in ID., *Studies in Roman Private Law*, The Hambledon Press: London and Rio Grande, 1991, p. 333 ss.).
- R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Clarendon Press: Oxford, 1996, p. 311 ss.
- A. ZINI, *I rimedi nella garanzia per vizi: le azioni edilizie* (cap. XI), in S. TROIANO, A. TEDOLDI, *La vendita in generale*, Pisa: Pacini, 2020, p. 223 ss.

Abstract

Il contributo espone i contenuti di alcune fonti romane sulla garanzia per vizi occulte nella compravendita, riassume gli aspetti e i problemi cruciali in materia di azione redibitoria e garanzia per i vizi occulti nella compravendita nell'esperienza giuridica romana, per concludere con il richiamo di disposizioni brasiliane in materia dell'età del diritto intermedio e moderno, fondate sulla tradizione romanistica, e di disposizioni codicistiche comparate e cenni alle innovazioni sotto il profilo consumeristico ad opera del legislatore europeo.

The contribution sets out the content of some Roman sources on the warranty for hidden defects in sales, summarizes the crucial aspects and problems relating to redistributive action and warranty for hidden defects in sales in Roman legal experience, and concludes with a reference to the relevant Brazilian provisions of the intermediate and modern law age, based on the Romanistic tradition, and comparative codicistic provisions, and mentions the innovations in consumer law by the European legislature.

Camerino, luglio 2023

CARLA GULOTTA*

THE FUTURE OF MULTILATERALISM
AND MEGA-AGREEMENTS: THE HINGE FUNCTION
OF GATT ARTICLE XXIV**

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction. – 2. The Emerging ‘RTAs Economy’: Complementing the Multilateral System. – 3. The Capacity of Article XXIV to Extend its Reach to Mega-Agreements. – 4. The Unsatisfactory Past Implementation of Article XXIV and the Transparency Mechanism. – 5. Some ‘A Contrario’ Arguments in Favour of a Relaunch of Article XXIV. – 5.1 Article XXIV Potential to Provide for Coherence Between the Multilateral and the Regional/Preferential Levels of Trade – 5.2. Article XXIV Potential for the Modernisation of the Multilateral System – 6. RTA Exceptions as Potential against Inequality. – 6.1. The Role of CRTA and CDT: Time for Convergence. – 7. Conclusions: Article XXIV as the Pivot of a New Model of Coexistence between the Multilateral and the RTAs Economy.

1. *Introduction*

Article XXIV of the General Agreement of Tariff and Trade (GATT) is one of the multilateral rules that members of the World Trade Or-

* Professoressa Associata di Diritto internazionale presso l'Università di Milano-Bicocca, dove insegna *International Trade Law*, *International Economic Law* e *European Union Law*. È co-direttrice del Master ‘Sustainability in Law, Finance and Management-SiLFiM’ all’Università di Milano-Bicocca.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

ganization (WTO) tended to ignore in the past. Therefore, a reappraisal of its potential could help the WTO to better manage the relationship between multilateral and preferential rules of trading systems. Considering the trend for preferential trade agreements (PTAs¹) to increase in number, cover new topics and acquire the dimension of mega-regionals, improved interaction between the multilateral and the regional/preferential layers of trade regulations, favoured by a more effective application of Article XXIV, could well lead to a new role for the WTO and to the long-sought new balance of economic power between its members.

This paper intends to discuss this scenario by focusing on the following tools already available to enhance the standing of Article XXIV: the Transparency Mechanism (TM) launched in 2006 and the resulting new functions of the Committee of Regional Trade Agreements (CRTA) and the Committee on Trade and Development (CTD). A new model of interrelation between the multilateral and the bilateral/regional levels of trade regulation, based on procedural improvements and on a substantial evolution of the scope and nature of the 'consideration' of RTAs among WTO members will be proposed. Reshaping the role of the two committees in the broader context of WTO reform could offer an avenue open to external stakeholders – business, workers and civil society – the discussion on a vast array of sensitive topics directly impacting people's lives and related to the effects of preferential agreement on the world economy, increasing the democracy of the multilateral trading system. It could also prevent the formalization of trade disputes in a moment of crisis of the disputes settlement system.

¹ The expression 'preferential trade agreements' will be used in this article as the most general label for trade treaties between two or more countries, independent of their geographical scope and contents, that may spread to further topics, like investments, competition, internal regulation and others. It is noteworthy that in WTO parlance, the expression 'regional trade agreements' is used with almost the same meaning, referring to treaties providing for reciprocal concessions in the terms of trade among the signing countries, as opposed to 'preferential agreements' where one of the parties unilaterally grants trade concessions to the other party.

2. *The Emerging 'RTAs Economy': Complementing the Multilateral System*

Much has been written on the relationship between the multilateral trading system and RTAs. The first wave of studies focused on the effects of the increase in Regional Trade Agreements (RTAs) on the multilateral system². The famous dilemma 'building blocs or stumbling stones' about the role RTAs could play³ belongs to this phase. The question gradually lost its momentum when it became clear that RTAs had already become a relevant, constant feature in the organisation of the international flow of goods and services. Then, attention shifted to how to assure coherence between two different levels of trade regulation bound to merge into the regular structure of global trade.

The first assumption in this paper is that global trade is currently steadily organised within the WTO system and a number of preferential agreements that may or may not have a regional dimension that share sound motives for complementing WTO law⁴. The second assumption is the key role that GATT Article XXIV can play in bridging these two

² The debate on the effects of preferences in international trade dates as far back as the 1940s: for a survey of the literature see J.H. MATHIS, *Regional Trade Agreements in the GATT/WTO. Article XXIV and the Internal Trade Requirement*, Den Haag, 2002, p. 24 ff. and R. SNAPE, 'History and economics of GATT's Article XXIV', in K. ANDERSON, R. BLACKHURST (eds.), *Regional Integration and the Global Trading System*, New York, 1993, p. 273 ff.

³ Depending on their effect to favour, or at least, not to hinder multilateral trade liberalization or, on the contrary, to prevent multilateral tariff cutting, because of the better terms of trade available inside the preferential area. Jagdish Bhagwati, who introduced this terminology in 1991, supports the latter theory: see J. BHAGWATY, *Termites in the Trading System. How Preferential Agreements Undermine Free Trade*, Oxford, 2008, p. 81 ff. The third thesis of a neutral effect of regionalism on MFN tariff cutting has been affirmed, based on the results of an empirical study, by R. BALDWIN, E. SEGHEZZA, *Are Trade Blocs Building or Stumbling Blocs? Journal of Economic Integration*, 2010, p. 276 ff.

⁴ The thesis that we must start to conceive regionalism 'as a partition if not as a modern structural dimension of universalism itself' (the author's translation) and that this explains the inefficacy of the traditional strict normative assessment of the compatibility of economic integration phenomena, which is due to evolve to new forms of direction and control, was authoritatively expressed by Paolo Picone in P. PICONE, A.

normative levels so that an osmotic and beneficial cross-fertilisation effect can justify the interests of the international economic community in keeping both levels viable and coherent.

This is even more true if the recent tendency towards agreements between several WTO members is acknowledged. From a geographical perspective, this phenomenon affects all continents equally. While the 1992 stipulation of the North American Free Trade Agreement (NAFTA) between the United States, Canada and Mexico⁵ is perceived as a precedent, Europe has become a champion in this practice, with a special format of 'bilateral' agreements of 28 (now, 27) states on one side and one on the other becoming its usual way of regulating external trade.

This format, inherited by the European Union (EU) from the European Community, has developed in two directions. It has spread the substantial coverage of the traditional European arrangements to new areas such as investments, competition, technical regulation, and social and environmental rules (the first example being the 2011 EU-South Korea free trade agreement)⁶. It has also extended the geographical scope of the agreements. Results included starting negotiations with more than one country or allowing countries to join an already signed agreement (e.g. EU-Colombia, Peru and Ecuador)⁷, or choosing initially a federal state/regional organisation as a negotiating partner [EU-

LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padua, 2002, p. 499 ff., at pp. 531-532.

⁵ Previous agreements of regional integration like the European Economic Community, present special features due to the historical and political reasons for their establishment.

⁶ Free Trade Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and the Republic of Korea, of the other part, OJEU, L 127, 14 May 2011, p. 6 ff., provisionally applied since July 2011 and formally ratified in December 2015.

⁷ In 2017, Ecuador joined in the Comprehensive Trade Agreement of the European Union with Colombia and Peru, which was provisionally in force for these three countries since 2013.

United States⁸, EU-Canada⁹; EU-Mercado Común del Sur (MERCOSUR)]¹⁰. Both lines of change in PTAs can also be witnessed outside the EU and are currently to be considered recurring features of recent agreements of economic integration on the global level.

3. *The Capacity of Article XXIV to Extend its Reach to Mega-Agreements*

At the root of the introduction of Article XXIV was the idea that among a smaller number of countries, a higher level of economic integration could be reached than among all GATT signatories together¹¹. This belief was strengthened by the fact that in the first phase of its application, economic integration agreements mainly involved adjacent countries sharing closer economic needs and cultural traditions, making the creation of an internal market more viable. Today, this format is no longer adopted in most PTAs, which are often stipulated by countries in different regions and tend to acquire the dimension of mega-agreements, both geographically and substantially.

This is the case, for instance, in the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP), which the US initially promoted before eventually withdrawing, leaving the deal to be signed by 11 countries spread over three continents (America, Asia and

⁸ EU negotiations with the USA for the Transatlantic Trade and Investment Partnership – TTIP, started in 2013, stopped in 2016.

⁹ The Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, on the one part, and the European Union and its Member States, on the other part, 30 October 2016, entered into force 21 September 2017, OJ L 11, 14.1.2017, pp. 23-1079.

¹⁰ On 28 June 2019, the EU reached a political agreement for a comprehensive trade agreement with the four countries of MERCOSUR (Argentina, Brazil, Paraguay, Uruguay).

¹¹ The same introduction of the article in the General Agreement on Tariff and Trade has been criticised with very sharp language in the 1960s and 1970s: for a brief as an effective survey of this literature see K. CHASE, *Multilateralism compromised: The mysterious origins of GATT Article XXIV*, in *World Trade Review*, 2006, pp. 1-30, p. 1.

Oceania)¹². A similar transcontinental dimension can be found in the recent second-generation trade treaties signed by the EU with Canada, Japan and MERCOSUR¹³.

The bilateral, multilateral or mega dimension of economic integration agreements does not appear, however, to affect the capacity of Article XXIV to cover them, as the large majority of multilateral preferential agreements still have at their core the creation of a free trade area or customs union (CU), the two forms of economic integration it regulates.

According to the definitions given to these schemes of economic integration in Article XXIV:5 and XXIV:8, participating countries are not required to be adjacent. On the contrary, the case can be made that CUs or free trade areas (FTAs) among non-neighbouring countries better reflect the principle of Article XXIV:4 (i.e., beneficial to trade liberalisation and no infringement of third countries). They tend to be more ready to develop multilaterally. When there is no proximity requirement, all countries could equally aspire to become members of the agreement, thereby achieving what has been called open regionalism¹⁴.

Over the last few years, important examples of more integrated economic areas of a truly regional dimension have come to light. A first example is Africa, where the African Continental Free Trade Area Agreement (AfCFTA) has been in force since 19 February 2023 in 47 of the 54 African states, that signed the agreement on 21 March 2018¹⁵. We can also mention the Eurasian Economic Union (EAEU) in cen-

¹² The text of the agreement is available at the following address: <https://www.dfat.gov.au/trade/agreements/in-force/cptpp/official-documents>.

¹³ For an in-depth analysis of the recent praxis of the European Union in the conclusion of preferential agreements see G. ADINOLFI (ed.), *Gli accordi preferenziali di nuova generazione dell'Unione europea*, Turin, 2021.

¹⁴ Where third countries can join in a CU or FTA provided that they are ready to reciprocate tariff reductions on a MFN basis: see J.H. MATHIS, *Regional Trade Agreements in the GATT/WTO. Article XXIV and the Internal Trade Requirement*, cit., *supra* note 2, pp. 140-142.

¹⁵ The text of the agreement is available on the web at the following link: https://au.int/sites/default/files/treaties/36437-treaty-consolidated_text_on_cfta_-_en.pdf.

tral Europe¹⁶ and the Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP) among 15 countries in the Asia-Pacific region¹⁷.

Further categorisation of the vast number of PTAs now in force or under negotiation may seem unnecessary. However, the distinction between CUs and FTAs still stands and needs to be stressed, in order to encourage WTO members willing to move towards a more integrated market to choose CUs, if not as the immediate but as the final destination of their roadmap.

CUs are the form of economic integration that the fathers of the International Trade Organization conceived as an acceptable exception to the most favoured nations (MFN) rule, which was then absorbed into GATT. The alternative scheme of the free trade area was unknown before WWII¹⁸ and introduced in GATT Article XXIV at the last moment, perhaps for undeclared US reasons.¹⁹ The long period of application of the European treaties provides a good example of how effective CUs can be as catalysts for economic integration and social welfare enhancement. The frequently repeated statement that the great majority of RTAs are FTAs (and not CUs) should be reread after an accurate analysis of the data.

While it is true that 88% of the 360 RTAs in force as of 30 June 2023 are FTAs²⁰, what should be duly considered is the geographical di-

¹⁶ On the EAEU integration project among Russia, Belarus, Kazakhstan, Kyrgyzstan and Armenia, which is directly inspired by the model of the European integration process see: <https://www.chathamhouse.org/2022/07/what-eurasian-economic-union>.

¹⁷ The agreement, which brings together the ten ASEAN members (Brunei, Cambodia, Indonesia, Laos, Malaysia, Myanmar, the Philippines, Singapore, Thailand and Vietnam), and Australia, China, Japan New Zealand and South Korea, entered into force on the 1st of January 2022.

¹⁸ J.H. MATHIS, *Regional Trade Agreements in the GATT/WTO. Article XXIV and the Internal Trade Requirement*, cit., *supra* note 2, p. 41 ff.

¹⁹ This is the theory proposed by Chase and based on a fascinating investigation in the US National Archives, which revealed the efforts of US policymakers to create leeway in the norm for a free trade agreement that the US Government was negotiating with Canada: see K. CHASE, *Multilateralism compromised*, cit. *supra* note 11, p. 12 ff.

²⁰ WTO, https://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/rtafactfig_e.pdf.

mensions of such agreements. It emerges, perhaps surprisingly, that there is a clear trend towards the formation in almost all the regions of the globe²¹, except Asia²², of one or more CUs providing for duty-free trade and common external tariffs among a varying number of adjoining countries. This is true for Europe (EU); the Commonwealth of Independent States (Eurasian Economic Union)²³; the Middle East (Gulf Cooperation Council)²⁴; Central (Central American Common Market-CACM)²⁵ and South America (Southern Common Market-MERCOSUR)²⁶; the Caribbean (CARICOM)²⁷; Africa (COMESA, EAC, CEMAC, ECOWAS, SACU, WAEMU)²⁸ and Oceania (Melanesian Spearhead Group-MSG)²⁹. While North America cannot be included in the list, given the free trade area nature of NAFTA/USMCA, it must also be acknowledged that the width of the USA internal market spanning 50 states may have rendered the need to create a CU with Canada and Mexico less compelling.

²¹ The WTO Committee on Regional Trade Agreements for the operation of the RTAs Data Base comprises the following eleven regions: North America, Caribbean, Central America, South America, Europe, Commonwealth of Independent States (CIS), Africa, The Middle East, East Asia, West Asia, Oceania. ¶<http://rtais.wto.org/>¶.

²² Among the main geopolitical areas only Asia - where China, whose adherence to market economy structures is still in doubt, has been conditioning negotiations (think of the RCEP) - does not share this trend.

²³ The members are Armenia, Belarus, Kazakhstan, Kyrgystan and the Russian Federation. See, *supra*, note 16.

²⁴ The organisation encompasses almost all the Arab States of the Persian Gulf except for Iraq, Bahrain, Kuwait, Oman, Qatar, Saudi Arabia, United Arab Emirates.

²⁵ Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panama.

²⁶ Argentina, Brazil, Paraguay and Uruguay.

²⁷ Antigua and Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Dominica, Grenada, Guyana, Haiti, Jamaica, Montserrat, Saint Kitts and Nevis, Saint Lucia, Saint Vincent and the Grenadines, Suriname, Trinidad and Tobago.

²⁸ The COMESA Customs Union was launched on 7 June 2009 by Heads of State and Government of the COMESA Authority at Victoria Falls in Zimbabwe. Together with the other African Regional Economic Communities (RECs), COMESA is one of the blocs on which the AfCFTA is being built (Article 1(t) of the establishing treaty, *cit. supra* note 15).

²⁹ Fiji, Papua New Guinea, Solomon Islands, Vanuatu.

An analysis of the evolution of international trade relations nowadays shows a tendency towards transforming FTAs into CUs over time. An important example is the AfCFTA, where Article 3(d) declares as one of the treaty's general objectives to 'lay the foundation for the establishment of a Continental CUs at a later stage'³⁰. A recent study has shown that from 1992 to 2012, the number of countries party to a CU more than doubled³¹. Article XXIV not only covers mega-regionals (including 'across regions agreements') structured as FTAs or CUs but could be used to direct member countries towards this second model of economic integration as more appropriate for complementing the WTO system or to forms of integration open for other countries to join at a later stage, through a relaunch of the paragraph 7 procedure³².

Affirming the applicability of the Article XXIV exception to the last generation of PTAs does not imply, however, that this provision can cover all their innovative contents. As a typical feature of these agreements, the pursuit of a deeper integration, involving areas external to the WTO mandate, Article XXIV, with its duties of disclosure, can nonetheless offer WTO members a privileged viewpoint to keep pace with the evolution of international trade and investments rules when multilateral trade negotiations are unable to deliver³³.

³⁰ Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area, available at <https://www.tralac.org/documents/resources/african-union/2162-afcfta-agreement-legally-scrubbed-version-signed-16-may-2018/file.html>

³¹ H. GNUTZMANN, A. GNUTZMANN-MKRTCHYAN, *The Silent Success of Customs Unions*, *Canadian Journal of Economics*, 2019, pp. 178 ff., 179.

³² This argument is discussed *infra*, Section 6.

³³ Modern PTAs can well serve the present need for normative flexibility and be used to set the rules in new areas (e.g. those that were rejected in the Doha Round), conditioning later regulation at the multilateral level. The effects that the pursuit of 'deep integration' can have on the evolution of the international trading system are examined by Billy A. Melo Araujo, who also investigates the drawbacks of the shift towards preferential agreements on, for instance, the ability of countries to pursue legitimate public interest objectives. See: B. A. Melo Araujo, *Setting the Rules of the Game. The rise (and fall) of Mega-Regionals, Deep integration and the role of the WTO*, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 2017, p. 151 ff., pp. 156-172.

4. *The Unsatisfactory Past Implementation of Article XXIV and the Transparency Mechanism*

Contrary to what could be thought, the defence of Article XXIV has only seldom been invoked by WTO members, and its implementation procedure has very rarely been fully applied³⁴. According to Article XXIV:7, as updated in 1994 by the relative Understanding on the Interpretation³⁵, WTO members intending to enter into a CU, FTA or interim agreement leading to the formation of such an area are obliged to notify their intention to the Council of Trade in Goods. A working party (currently substituted by the Committee on RTAs)³⁶ then draws up a report and submits it to the same Council, which ‘may make such recommendations to members as it deems appropriate’³⁷.

If the notification concerns an interim agreement and no plan/schedule for the formation of such areas within a reasonable length of time is included, Article XXIV:7(b), again as updated³⁸, mandates the working party to recommend a ‘plan and schedule’ and forbids the parties in question to maintain or put the interim agreement into force ‘if they are not prepared to modify it in accordance with these recommendations’. Under Article V of the GATS and the Enabling Clause, WTO members must also notify RTAs to the Council for Trade in Services or the CTD.

The procedure was not effective under GATT 1947 and under the

³⁴ The only two Appellate Body reports in which Article XXIV has been the object of a thorough process of interpretation are *Turkey – Restrictions on Imports of Textiles and Clothing Products* (*‘Turkey – Textiles’*), circulated on 22 October 1999, WT/DS34/AB/R and *Peru – Additional Duty on imports of certain agricultural products* (*‘Peru – Agricultural Products’*), adopted on 31 July 2015, WT/DS457/AB/R.

³⁵ WTO, Understanding on the Interpretation of Article XXIV of the General Agreements on Tariff and Trade 1994.

³⁶ See *infra* note 40 and corresponding text.

³⁷ WTO, Understanding on the Interpretation, *cit. supra* note 35, para. 7.

³⁸ *Ibid.*, para. 10.

1994 Understanding. A survey of GATT practice reveals that, to date, only four agreements have been considered almost in line with GATT³⁹, while the only case of declared full consistency is that of the CU formed after the 1993 break-up of Czechoslovakia into the Czech and Slovak republics.

A further attempt to improve Article XXIV implementation procedure was put in place in 1996 when the Committee on RTAs was established with the main task of examining notified agreements and reporting on them to the competent body of the WTO⁴⁰.

Despite the establishment of the Committee, open to all WTO members and subject to *consensus* decision making⁴¹, the persisting ineffectiveness of the procedure induced the WTO to launch a new reform in 2006. The introduction of the TM for RTAs marked a substantial step forward on the road to better interaction between multilateral and regional/preferential levels of trade⁴².

The aim and merit of the new procedure can be summarised in the WTO's considerable effort to open a permanent channel of communication between the two systems (its own unitary/multilateral one and the scattered/heterogeneous one of the PTAs). This innovative move was intended as a tool of knowledge and harmonisation through discussion rather than a formal but ineffective compatibility assessment⁴³.

³⁹ J. J. SCHOTT, *More Free Trade Areas?*, in J. J. SCHOTT (ed.), *Free Trade Areas and US Trade Policy*, Washington, DC, 1989, Institute of International Economics, p. 1 ff.

⁴⁰ General Council, Committee on Regional Trade Agreements, Decision of 6 February 1996, WT/L/127, 7 February 1996. On the interpretative activity of the Committee, see A. FABBRICOTTI, *Gli accordi di integrazione economica regionale ed il Gatt/OMC. I parametri normativi e l'opera del CRTA*, in *Diritto del Commercio internazionale*, 2000, p. 281 ff.

⁴¹ Rules of Procedure for Meetings of the Committee on Regional Trade Agreements adopted by the Committee on Regional Trade Agreements on 2 July 1996, WT/REG/1, 14 August 1996, Rule 33.

⁴² General Council, Decision on a Transparency Mechanism for Regional Trade Agreements of 14 December 2006 (Transparency Mechanism Decision), WT/L/671, 18 December 2006.

⁴³ Criticism on the possibility of an overall political assessment of RTAs within a

Under the TM, which does not eliminate the previous obligation of notification⁴⁴, agreements are to be disclosed in advance through an early announcement of the negotiations or of their signing, and all relevant information on entry into force or provisional application is to be communicated to the WTO Secretariat⁴⁵.

Compulsory notification has been reinforced, so that it is mandatory for the parties of a forthcoming agreement to make available to the Secretariat all data and texts (schedules, annexes and protocols included), possibly in an electronic format, for uploading on the WTO website⁴⁶. Notification must be swift⁴⁷, as it serves a dual purpose. It allows the Secretariat to draw up a factual presentation of PTAs, which, in turn, makes possible the 'consideration' of the agreements by WTO members.

The Transparency Decision seeks to make this part of the procedure effective. The consideration process encompasses a written exchange of information among the parties and interested third countries, that can pose specific written questions requiring thorough answers. An oral discussion is devoted to each PTA before the CRTA for agreements notified under GATT Articles XXIV or V and before the CTD for agreements falling under paragraph 2(c) of the Enabling Clause.

It is noteworthy that RTA considerations among developing countries did not take place under the previous procedure, which merely provided for their notification.⁴⁸ Perhaps because of the background of

body of diplomatic nature like the CRTA has been expressed by P. HILPOLD, *Regional Integration According to Article XXIV GATT - Between Law and Politics*, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 7, 2003, pp. 219 ff., at 239.

⁴⁴ *Ibid.*, para. 1.

⁴⁵ *Ibid.*, paras. 1-2.

⁴⁶ *Ibid.*, paras. 3-4.

⁴⁷ It should take place 'as early as possible' which means no later than directly following the parties' ratification and before the application of preferential treatment between the parties: *ibid.*, para. 3.

⁴⁸ The fact that now all RTAs 'are treated in the same way and subject to the same procedures' is deemed as one of the great changes brought about by the Transparency

its adoption – in the wake of the first efforts to put into place the Doha Round mandate – the TM devotes special attention to developing countries' needs. Besides extending the consideration process to the treaties entered into by these countries, there is also a commitment to put them in the condition to take a full part in the mechanism and provide them with technical support to fulfil their duties⁴⁹.

The requirements briefly described above would reach a considerable level of transparency when duly fulfilled by the parties involved in the PTAs. However, this is not always the case. A considerable number of preferential agreements are either not notified or notified in an incorrect way (late or cumulative notification). To address this problem, the RTA Committee periodically publishes the list of the agreements still awaiting notification to induce the parties to comply⁵⁰.

Another important step taken to enhance the transparency potential of the 2006 procedure was to begin considering, under TM procedures, RTAs stipulated with non-WTO members⁵¹.

In light of the above, the case can be made that while panels and the Appellate Body (AB) continue with their efforts to elucidate the textual ambiguities in Article XXIV and clarify its 'permissive reach', the potential of this provision has increased enormously with the launch of the TM.

However, the new procedure also has its weaknesses. It has been observed that in the TM decision, the General Council codified the practice of members ignoring the obligation to notify interim agreements and provided them with a way to avoid the risk of facing a binding recommendation not to maintain the agreements or put them into force⁵².

Mechanism by R. ACHARYA, *WTO Procedures to Monitor RTAs*, *ASIL Proceedings*, 2017, pp. 89-90, 90.

⁴⁹ Transparency Mechanism Decision, *cit. supra* note 42, paras. 18-19.

⁵⁰ RTAs already appeared in factual presentations but not yet notified amounted to 56 in June 2023: see document WT/REG/W/178, 26 June 2023.

⁵¹ The decision was issued at the 52nd Session of the Committee on RTAs, WT/REG/M52, 10 March 2009.

⁵² L. BARTELS, *Interim Agreements under Article XXIV GATT*, *World Trade Review*, 2009, p. 339 ff.

Although this argument is correctly grounded in the text of Article XXIV:7(b) and para.10 of the Understanding on the 1994 implementation, which confers this power on WTO members, it is to be acknowledged that it has been only rarely exercised⁵³.

The mild approach adopted by the WTO in making use of the potential of Article XXIV – clearly influenced by the fear of members that a tough stance towards a PTA signed by some member countries today could result in a similar attitude towards their own PTA tomorrow – is not likely to change now that all WTO members are signatories of one or more preferential agreements⁵⁴. The present situation, and how it is likely to evolve, means that the enhanced transparency obtained with the 2006 procedure is certainly promising. It may be even ‘a blessing’, as the mild approach of the WTO to RTAs has been judged⁵⁵.

5. Some ‘*A Contrario*’ Arguments in Favour of a Relaunch of Article XXIV

An ‘*a contrario*’ reasoning makes very clear the rationale behind enhancing the implementation of Article XXIV in the frame of the WTO reform. Without this provision, the assessment of RTAs falling under Article 41:1(b) of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), WTO members would lose a powerful tool for assessing the evolution of international trade towards an ever more fragmented environment of regional or, more generally, preferential systems of rules (note the provisional application of the 2006 TM). In the absence of the provision, the multilateral system would be deprived of the power

⁵³ See *supra* Section 4, note 34 and corresponding text.

⁵⁴ The last being notoriously Mongolia, that in 2016 notified to the WTO the Economic Partnership Agreement reached the previous year with Japan.

⁵⁵ The expression is formulated by Petros Mavroidis, who also affirms that ‘the shift towards a mere exercise in transparency (facilitated by the WTO Transparency Mechanism) should be welcomed with relief’: P. MAVROIDIS, *Always look at the bright side of non-delivery: WTO and Preferential Trade Agreements, yesterday and today*, *World Trade Review*, 2011, pp. 375 ff., 386.

to condition the content of preferential agreements (now granted under Article XXIV:7 (b), Understanding on the Interpretation of Article XXIV, par. 10) whose exercise should be relaunched. Finally, it could be argued that disputes on the legality of RTAs might fall beyond the full reach of the DSU and come under the jurisdiction of international arbitrators or judges whose standard of review would probably be inadequate for deciding commercial disputes affecting other WTO members.

Starting with this last point, although cases dealing *ex professo* with claims under Article XXIV have been extremely rare, in the last few years, WTO members have shown rising confidence in WTO panels and the AB. This is confirmed by the increasing number of new cases started every year, unaffected by the present impasse in the dispute settlement system, due to strictly political reasons and completely ascribable to the previous American administration.

In the present situation, the panels and, if functioning, the AB apply the pertinent multilateral trade rules and, where relevant, international law whenever vested with cases on the consistency of PTAs with WTO law. The proceedings are conducted under the Dispute Settlement Understanding, which has incorporated the nearly 40-year-old GATT 47 dispute resolution practice. This amounts to great expertise and standards of review elaborated over time to cope with the special needs of international trade adjudication.

In a multilateral trading system without Article XXIV (and similar provisions for trade in services and developing countries), Article 41 of the VCLT, which regulates the modification of a multilateral treaty among some of the original parties, would apply to RTAs. This provision has two requirements: that the modification does not impact negatively on third parties and that it is not 'incompatible with the effective execution of the object and purpose of the treaty as a whole.' In its second paragraph, Article 41 states that, unless the treaty itself disposes differently, the parties that have decided to change the terms of their agreement among themselves must notify the other parties of their intention to do so and of the content of the modification.

The application of such a general discipline to the specific case of

multilateral trade treaties appears to be highly inadequate. The same legitimacy of *inter se* agreements derogating the rule of the MFN, which is at the root of the multilateral trading system and clearly instrumental in reaching its main purpose, would be questionable.

Arguably, this is the reason why the AB in the *Peru-Agricultural Products* case⁵⁶ was so determined to prevent VCLT Article 41 from covering modifications of GATT or GATS. In stating that GATT Article XXIV prevails over Article 41 of the Vienna Convention, the AB explained that the former provision, which ‘specifically permits departures from certain WTO rules in FTAs’, compensates such departures by imposing ‘the fulfilment of the rule that the level of duties and other regulation of commerce, applicable in each of the FTA members to the trade of non-FTA members, shall not be higher or more restrictive than those applicable prior to the formation of the FTA’⁵⁷. Only on these conditions, therefore, can the system tolerate a failure to respect the MFN principle.

What can be argued from the above excerpt is that the AB identifies in Article XXIV the indispensable provision that coordinates GATT with preferential agreements on trade in goods, while GATS and the Enabling Clause carry out the same function, respectively, for treaties on trade in services and treaties stipulated between developing countries⁵⁸.

It can be added that the same coordinating role is performed for CUs by paras. 5(a) and 6 of Article XXIV, which confirm for such agreements the legitimacy of modifying the duties applied on goods from third countries, provided that they ‘shall not on the whole be higher or more restrictive’ and that the procedure in Article XXVIII is followed and commenced before tariff concessions are modified or withdrawn⁵⁹.

Although the decision has been criticised on the grounds that, in

⁵⁶ Appellate Body Report, *Peru – Agricultural Products*, cit. *supra*, note 34.

⁵⁷ *Ibid.*, para. 5.112.

⁵⁸ *Ibid.*, para. 5.113.

⁵⁹ Understanding on the Interpretation of Article XXIV of the General Agreement on Tariff and Trade, para. 4.

the specific case, the requirements in Article 41 of the Vienna Convention were met (and the agreement could have been justified under that provision) given the small influence of Peru's tariffs on the overall equilibrium of multilateral terms of trade, it can be argued that such a line of thought could not be followed for one of the new mega-PTAs, whose effects on international flows of goods and services are far heavier⁶⁰.

It is highly unlikely that Article 41 of the Vienna Convention could act as a broad defence for PTAs, and without coverage from it or GATT Article XXIV, all the preferential/regional level of trade regulation would develop outside the perimeter of WTO legality. In other words, the outcome would be to disconnect the multilateral trading system totally from the reality of international trading relations, with disputes between PTA members decided under the special rules provided for in those agreements⁶¹.

5.1. Article XXIV Potential to Provide for Coherence Between the Multilateral and the Regional/Preferential Levels of Trade.

The merits of Article XXIV, however, are far greater than those of a purely coordinating tool between autonomous normative systems. Thanks to the procedural rules in paragraph 7, as interpreted and integrated by the 1994 Understanding and the 2006 TM, WTO members are given the possibility to be constantly aware of the changes that new bilateral regional or more recent mega-agreements introduce into international economic relations. This result would be only partially

⁶⁰ Gregory Shaffer and Alan Winter, commenting on the decision, express the reported view although they recognise that Peru's Price Range System affected other WTO members' rights: see G. SHAFFER, A. WINTER, *FTA Law in WTO Dispute Settlement: Peru-Additional Duty and the Fragmentation of Trade Law*, in *World Trade Review*, 2017, p. 303 ff., note 21 and corresponding text.

⁶¹ On the current refuse of the Appellate Body to decline its jurisdiction in cases where parallel proceedings have been started at regional and WTO level see STOLL, 'Mega-Regionals: Challenges, Opportunities and Research Questions', in T. RENSMANN (ed.), *Mega-Regional Trade Agreements*, Cham, 2017, p. 3 ff.

attained under Article 41:2 of the Vienna Convention, which limits the duty of information to the intention to enter into a modification treaty and disclose the modifications to the original agreement.

On the contrary, the reinforcement over time of the notification duties of Article XXIV⁶² has led to a multifaceted TM that performs different functions. The first and most obvious function is, of course, informational. Countries deciding to enter a modification agreement (or enlarge the scope of an existing one) are obliged to make an early announcement to the WTO Secretariat, followed, normally directly after the ratification of the RTA, by the notification of the text of the agreement and its annexes and within 10 weeks⁶³ by the presentation of copious data anticipating the effects of the changes in the terms of trade applied between the parties⁶⁴.

The effect of these rules is enhanced by digitalisation. All information and data are submitted in an electronic format, and widespread availability is granted through uploading on the WTO website in a specific RTAs database run by the Secretariat.⁶⁵

Another crucial function of the RTA procedural rules, as developed in the 2006 TM, is to allow WTO members to fully investigate the contents of the new agreements in an open debate among all interested parties and see that the new treaties remain within the limits of the exception granted in Article XXIV (as well as in GATS Article V and in the Enabling Clause). The outcome of this interaction between the two normative levels is the possibility for new PTAs to be adopted without infringing on the previous multilateral obligations of the constituent countries.

At the core of this part of the procedure is the factual presentation by the Secretariat of the new agreements, which are then put to

⁶² See *supra*, Section 4.

⁶³ Twenty for agreements involving developing countries.

⁶⁴ Transparency Mechanism Decision, *cit. supra* note 42, paras. 1-4, 7-8 and Annex on Submission of Data by RTA Parties.

⁶⁵ The website is accessible at <http://rtai.wto.org>.

public consideration by WTO members. The document prepared by the Secretariat, in constant cooperation with the parties to the modification agreements, becomes the basis of an exchange of questions and answers that shed light on the whole structure of the treaty. Parties are asked not only to disclose the new rules but often also to explain their interrelation with previous ones and face objections possibly leading to adjustments.

Through the 2006 procedure, WTO members can condition the content of the new agreements without the need for formal and binding recommendations. This last feature is particularly relevant considering the scarce use in the past of the recommendations of paragraph 7(b)⁶⁶. However, it has to be stressed that the provisions of Article XXIV:7(b) and paragraph 10 of the 1994 Understanding on Interpretation have never been abrogated or waived by the later TM, which, on the contrary, expressly confirms the substance and timing of notification duties and, more generally, of members' rights and obligations under other WTO agreements⁶⁷.

Given that the TM is only provisionally applied, the power conferred on WTO members in Article XXIV should not be undervalued, especially as the increasing complexity of the interrelation of sometimes overlapping agreements might call for a reassessment of the power to intervene with binding recommendations for granting coherence between RTAs and WTO law.

It must also be noted that the need for coherence between the multilateral system and an RTA is at times fulfilled through specific provisions of the latter or its annexes. This happens, for instance, in the Eurasian Economic Union, whose members have stated in a separate 'Treaty on the Functioning of the CUs in the Framework of the Multilateral Trading System' that the provisions of the WTO agreement 'shall become part of the framework of the CUs'⁶⁸ for each of the Union

⁶⁶ See *supra* Section 4.

⁶⁷ Transparency Mechanism Decision, *cit. supra* note 42, para. 1.

⁶⁸ Article 1:1 of the Treaty.

members upon its entrance into the organisation. In such cases, the contribution of the TM is to provide a forum in which solutions given in single PTAs to the connection between the preferential and the multilateral systems of trade rules can be disclosed and discussed among WTO members. This could facilitate a debate on how to systematise the reciprocal interaction of the two systems. On this point, however, there is a lack of political consensus⁶⁹.

The potential of Article XXIV to bring coherence between the multilateral and regional levels of trade regulation has been enhanced by the AB, which has underlined the importance of Article XXIV:4 as a benchmark for assessing whether a measure adopted in an FTA can be deemed compatible or not with WTO law⁷⁰. According to the AB, Article XXIV cannot be considered a broad defence for measures that roll back on members' rights and obligations, given the relevance in paragraph 4 of the purpose of the modification agreement, which is to facilitate trade and closer integration between its constituent members and not to raise barriers to trade with third countries⁷¹. Taking the AB reasoning further, it can be argued that if the purpose of closer integration and the non-infringement of third parties' rights are recognised as the main criteria for assessing the compatibility of a PTA, the internal requirements in Article XXIV are of secondary importance and a more flexible application of the exception could be allowed.

It may seem unnecessary to observe that more flexibility in the assessment of PTAs could favour the consolidation of a non-competitive relationship between the multilateral and regional dimensions of international trade. It may also be argued that it is the same nature of exception in Article XXIV that – giving way to the acceptance of RTAs in the multilateral system – only allows the recognition of those agreements that respect the aims and values of that very system of rules, except for the derogation from 'certain provisions'. The application of the said

⁶⁹ For a discussion of this point see, *infra*, the following Section.

⁷⁰ Appellate Body Report, *Peru - Agricultural Products*, cit., *supra* note 34, para. 5.116.

⁷¹ Appellate Body Report, *Turkey - Textiles*, cit., *supra* note 34 para. 57.

Article implies more than prohibiting the modification agreement from violating a provision ‘derogation from which is incompatible with the effective execution of the object and purpose of the treaty as a whole’, as of Article 41:1(b)(ii) of the Vienna Convention.

It has previously been argued that Article XXIV does not limit itself to carving out breathing space for FTAs and CUs but introduces requirements that they must satisfy to be compatible with the multilateral system. It can now be added that, with the exception of the limited derogations allowed under Article XXIV, RTAs have to respect all other GATT principles and rules as interpreted and applied by the panels and the AB. Following this line of thought, an RTA could not be justified under Article XXIV if, for instance, it violates the principle of sustainable development or refuses to grant special or differential treatment to developing countries.

5.2. Article XXIV Potential for the Modernisation of the Multilateral System

In the last 13 years, the need for all categories of RTAs – including, for the first time, developing countries – to undergo members’ consideration has led to the collection through the TM of a huge amount of data of central importance for any debate on the systemic relationship between the emerging RTA economy and the multilateral system.

The need to clarify and improve WTO rules applying to RTAs was affirmed in the Doha Declaration and initially bestowed on the Negotiating Group on Rules⁷². Proposals to clarify the text of Article XXIV were advanced without success, and in 2015, the study of the systemic implications of regional/preferential agreements for the multilateral trading system was mandated to the Committee on RTAs⁷³. It is, howev-

⁷² Doha Declaration, para. 29.

⁷³ See Paragraph 28 of the Nairobi Ministerial Declaration, which also reiterated the intention to work for the transformation of the TM into a permanent Mechanism, WT/MIN(15)/DEC, adopted on 19 December 2015.

er, somewhat disappointing that in 2018, the item was removed from the Committee agenda on the grounds of a lack of progress on the issue⁷⁴.

It can be surmised that the WTO members represented in the CRTA are not at present ready to reach an agreement on a theoretical systematisation of the relationship between the multilateral and regional levels of trade regulation. At the moment, they are capable of tackling single issues as they emerge.

What is clear is that the transparency rules in GATT Article XXIV and in the 2006 mechanism are of invaluable help in connecting RTAs and the WTO system. The drafting of the factual presentation allows the WTO Secretariat to examine the specific contents of the new agreements with the assistance and clarification, where needed, of the contracting parties, thereby ensuring that innovative provisions are correctly understood. The following consideration process broadens this examination by extending it to all WTO members, who are made aware in this way of the lines of development in trade relations among other countries. Through this channel of communication, the most recent trends in regulating trade and investments, competition, domestic regulation, and environmental and social issues enter the multilateral system and become objects of debate among members.

When the documents of the Commission on RTAs are analysed, it emerges that at the heart of the members' interests in the process of consideration are the new chapters of the agreements that go beyond WTO law (investments, e-commerce, competition, small and medium enterprises) or, at least, go beyond its current discipline (new rules on trade in services, intellectual property, internal regulation)⁷⁵.

Therefore, innovative solutions begin to circulate, so that possible new regulations are envisaged. The relevance of RTA culture for the

⁷⁴ WTO, Report of the Committee on Regional Trade Agreements to the General Council, 30 November 2018, WT/REG/29, para. 10.1.

⁷⁵ See the statements of the representatives of the United States, Canada, the European Union, Japan and Australia at the meeting of the CRTA of 9-10 April 2018, WT/REG/M/88, 16 May 2018, paras. 1.57-1.69.

modernisation of the multilateral trading system is confirmed by a statement in the WTO 2019 Annual Report that delegations of the 76 members of the Joint Statement on Electronic Commerce ‘introduced their proposals, shared their national experiences and provided textual examples from their RTAs, where e-commerce is often covered more thoroughly than it is multilaterally’⁷⁶.

Electronic commerce is one of the four ‘Joint Initiatives’ launched in the 11th Ministerial Conference by groups of like-minded WTO members to start negotiations on areas that have become of interest in the international economic community. It is no coincidence that at least three of these areas (investment facilitation, addressing difficulties for micro, small and medium enterprises, e-commerce), and, at times, a fourth (trade and female empowerment)⁷⁷, have recently become the subject of specific, though rarely binding provisions in many preferential treaties. The Joint Initiatives are open to all other WTO members and strongly resemble the function of the EU’s enhanced cooperation⁷⁸, aiming at allowing a limited number of states to reach an advanced level of integration.

While the Joint Initiatives are an example of normative schemes and solutions passed from regional preferential agreements to the multilateral trading system, the opposite flow can also be witnessed. A large number of PTAs incorporate provisions taken from multilateral WTO agreements or build on them. The new research methodologies based

⁷⁶ WTO, Annual Report, 2019, p. 49, available at https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/anrep19_e.htm. Research presented on 9 April 2019 by INES WILLEMYNS, PhD candidate at Leuven Centre for Global Governance Studies, identified 87 RTAs containing e-commerce provisions through the technique of text-mining: abstract available at <https://ghum.kuleuven.be/ggs/events/giels-ines-willemyns-9-april-2019-draft-edits-iw.pdf>.

⁷⁷ See AFCFTA Protocol on Trade in Services, Article 27 (d), which calls State Parties, in collaboration with development partners, to mobilise resources to ‘improve the export capacity of both formal and informal service suppliers, with particular attention to micro, small and medium size; women and youth service suppliers’.

⁷⁸ See Article 20 TUE and Articles 326-334 TFEU.

on big data analysis could be of help in identifying them. It is noteworthy that provisions on general exceptions inspired by GATT Article XX or so-called TRIPS Plus are recurrent. Although this last trend can raise problems of interpretation and coherent application of the competing norms,⁷⁹ it can be argued that the osmotic relationship between multilateral and preferential levels of trade regulation offers WTO members the possibility to choose the most appropriate system of rules for all needs. It goes without saying that Article XXIV is the connecting point between the different legal layers.

6. RTA Exceptions as Potential against Inequality

Article XXIV⁸⁰, which determined a mechanism for the legal introduction of different terms of trade among WTO members, should enjoy particular respect today, given the recognition that one of the main problems in our modern economies is the growing level of inequality within and between countries. If the law must give way to the evolving needs of society, then we should also recognise that by allowing a regionalisation or differentiation of terms of trade among countries willing to move towards a deeper liberalisation, Article XXIV has gained rather than lost momentum.

At present, even the possible trade-diverting effect of regional integration may appear less threatening than in the past, even worthwhile, if it can reduce the development gap among the members of the multilateral trading system⁸¹. From this perspective, it can be argued that

⁷⁹ Peter-Tobias Stoll has spoken of a 'hybrid' legal structure that requires a careful design to reach coherence: T. RENSMANN, *Mega-Regionals: Challenges, Opportunities and Research Questions*, cit., *supra* note 54, p. 11.

⁸⁰ The argument can be extended to GATS Article V for RTAs in the services field.

⁸¹ The negative trade diverting effect of customs unions was first theorised by J. VINER, *The Customs Union Issue*, New York, 1950. It has been observed, however, that the trade diverting effect of preferential trade areas is less relevant today. The reason is that while duties are no longer the main issue in international trade, non-trade barriers,

partnership in an economic integration agreement with more advanced countries can foster economic growth even more than benefits from a unilateral scheme of preferences or an agreement among developing countries only, signed under the Enabling Clause.

The precedent of the EU shows how, through common membership in a CU evolving in a deeper format of economic integration, less advanced economies can be led into more efficient trade relations conducive to economic and social development. Such an effect cannot be reached through unilateral measures. Neither is it conceivable in an organisation of universal standing like the WTO.

However, a mega-regional like the CPTPP has established a trade and investment environment where Australia, Canada, Japan and Singapore can foster the economic development of their less advanced partners through commitments on cooperation and capacity building, business facilitation, regulatory coherence, common rules on government procurement, cross-border services, competition and other common rules.

In addition, the more worrisome aspects of these preferential agreements, characterised by an asymmetry in economic power between members – TRIPS Plus provisions applied on pharmaceutical products, for instance⁸² – could be opposed if an adequate level of transparency were granted.

like internal regulations or standards, which are at the core of modern PTAs, tend to be applied on an MFN basis: P. MAVROIDIS, *Dealing with PTAs in the WTO: Falling through the Cracks between Judicialization and Legalization*, *World Trade Review*, 2015, pp. 107, ff., 110 ff.

⁸² The drawbacks of this scheme on the access to essential medicines in Asia, if the leaked RCEP chapter on intellectual property would ever come into force, are discussed in A. CHANDER, M. SUNDER, *The Battle to Define Asia's Intellectual Property Law: From TPP to RCEP*, *UC Irvine Law Review*, 2018, p. 331 ff. It can be surmised that more effective transparency duties at multilateral level could help civil society organizations and the NGOs of interested countries to lay their claims.

6.1. *The Role of CRTA and CDT: Time for Convergence*

The positive effect that the establishment of a more integrated market can produce on the economic growth of its constituents explains why, in 1979, the GATT contracting parties decided to grant special treatment to regional and global arrangements among less-developed countries for the mutual reduction/elimination of tariffs or non-tariff measures on products imported from one another⁸³. The double regime they introduced has led, over the years, to debates and even open disagreements among WTO members over the right choice of applicable rules (GATT Article XXIV or Enabling Clause) for specific agreements.

The most renowned is that of the Gulf Cooperation Council (GCC), a CU among six Middle East countries, that was first notified under GATT Article XXIV, then under the Enabling Clause and finally under Article XXIV of GATT⁸⁴.

By extending the consideration procedure to RTAs between developing countries, the TM has entrusted the CTD with their relative implementation. Although the Director-General has been called 'to ensure consistency in the preparation of the WTO Secretariat factual presentations for the different types of RTAs'⁸⁵, the time may be right to bring the competence of the CRTA and CDT to converge on the specific issue of RTA considerations.

The blurring boundaries between developed and developing countries, with the appearance of a category of emerging economies of dubious classification, the reduction of the differences between the two procedures after the 2006 introduction of the consideration process for RTAs notified under the Enabling Clause, and the concentration

⁸³ GATT Contracting Parties, Decision of 28 November 1979 (Enabling Clause), L/4903, para. 2 (b).

⁸⁴ The reasons for these contradictory choices are investigated by B. SHARP, *Comparing Preferential Trade Agreement Scrutiny under GATT Article XXIV and the Enabling Clause: Lessons Learned from the Gulf Cooperation Council*, *Manchester Journal of International Law*, 2010, p. 56 ff.

⁸⁵ Transparency Mechanism Decision, *cit. supra* note 42, para. 18, note 3.

in the CRTA of all other functions dealing with RTAs (relating to services, involving non-WTO members) all render the allocation of the consideration of these agreements to two different bodies obsolete and counterproductive.

The ratio of maintaining a different normative regime has general agreement, but the specific expertise of the two committees on their respective areas of competence calls for a joint examination of all agreements notified (also or only) under the 1979 Decision.

However, it must be acknowledged that one of the most controversial issues hampering the review of the TM and its transformation into a permanent mechanism is the firm refusal by India to have RTAs among developing countries considered before the CRTA, while the United States proposal includes ‘consolidating all RTAs under the CRTA’⁸⁶.

In short, a first step towards the proposed improvement of the procedure has already been made *de facto*, as cumulative (or dual) notification – to both CRTA and CTD – has now become frequent. Nonetheless, a review of the TM could make this procedure the rule.

In conclusion, the case can be made that, in improving the interaction between the multilateral and the regional/preferential layers of regulation of trade, Article XXIV may help reach the long-sought new balance of economic power among WTO members.

7. *Conclusions: Article XXIV as the Pivot of a New Model of Coexistence between the Multilateral and the RTAs Economy.*

For all the reasons mentioned above, a reappraisal of Article XXIV could help WTO members better conceptualise and manage the relationship between multilateral and new preferential trading systems.

In the reform perspective of the World Trade Organization, the GATT Article XXIV enforcement mechanism could be the pivot of a

⁸⁶ CRTA, Note on the Meeting of 9–10 November 2017, WT/REG/M/87, para. 1.43, para. 1.46.

new model for the relationship between the multilateral and the preferential trading systems.

The building blocks of the model should be identified: procedurally, in the strengthening of the TM through (i) the provision of a joint deliberative role of the CRTA and the CTD and (ii) the strengthening of the administrative support-function performed by the Secretariat. From a substantive viewpoint, the model should be articulated in two elements that, at the outcome of the investigation conducted, appear necessary to overcome the inadequacy of Art. XXIV to regulate the coexistence of the multilateral with the various preferential systems of rules: (iii) the extension of the principle of transparency to the content of the preferential agreements under consideration, in order to ensure the certainty of the terms of trade applicable to the transactions, a central value for proper competition between economic operators on international markets;⁸⁷ (iv) the attribution to the deliberative phase before the CRTA and the CTD of a permanent monitoring function of the application of the agreements. The joint committees would then perform as a diplomatic forum for the identification and management of possible friction between the different systems (multilateral and preferential) of rules on international trade.

Concerning the first point, it is sufficient to refer to the previous paragraph, regarding the second, it is noted that the Secretariat can give impetus to the entire transparency mechanism through the preparation and sharing of the factual presentations. The accumulated delay in this respect, attributable to the parties' failure to notify the agreements, could be overcome through the *ex officio* acquisition of the agreements by the Secretariat.⁸⁸ The latter, moreover, is already

⁸⁷ On the importance of ensuring transparency to the content of RTAs, see I. LEJARRIAGA, *Multilateralising Regionalism, Strengthening Transparency Disciplines in Trade*, OECD Trade Policy Paper No. 152, 2013; R. WOLFE, *Letting the sun shine in at the WTO: How transparency brings the trading system to life*, Staff Working Paper ERSD-2013-03.

⁸⁸ According to the TM Decision, para. B (3) the notification by the parties must take place "as soon as possible", but in any case, "no later than directly following the parties' ratification of the RTA": once ratification has taken place, inaction by the

committed to making the transparency procedure more efficient by digital technologies⁸⁹.

The success of the proposed model of coordination between the multilateral system and the preferential trade areas that complement it, depends mainly on its ability to attest to the discussion in the CRTA and TDC as the international forum for the ‘disclosure’ of the contents of trade agreements that complement international trade rules⁹⁰. At a logically later stage, as the place where possible disagreements can be discussed in a diplomatic context conducive to the identification of expedients and mutual concessions capable of preventing the formalisation of disputes.

The minutes of the CRTAs, with the question-and-answer records of notified agreements, reveal how effective the consideration procedure can be in allowing WTO members to enquire into the contents and anticipated effects of the notified treaties. Consideration might be given to issues such as the possibility of RTAs to develop their own rules on trade defense measures, rules of origin and to the compliance of these rules with WTO law⁹¹. A stronger determination of WTO members to take full advantage of the powerful tools of transparency offered by the implementation procedure of WTO rules on RTAs could serve to develop a mutually beneficial relationship among the institutions of the multilateral system and the organisational structures of the new FTAs and CUs.

parties could trigger the acquisition *ex officio* by the Secretariat, possibly at the urging of another WTO member state.

⁸⁹ CRTA, Report (2023) of the Committee on Regional Trade Agreements to the General Council, 28 November 2023, WT/REG/34, para. 7.

⁹⁰ China has recently expressed this view, proposing the discussion in CRTA of ‘novel issues’ in RTAs, such as the environment or MSMEs, as aimed at ensuring the consistency of the new rules with the WTO system: *Communication from China, Fulfilling the Mandate and Strengthening the function of the CRTA*, WT/REG/W180, 22 June 2023.

⁹¹ The *lacunae* of Article XXIV in ensuring transparency concerning these (and other) issues are observed by M. OVÁDEK and I. WILLEMYNS, *International Law of Customs Unions: Conceptual Variety, Legal Ambiguity and Diverse Practice*, *The European Journal of International Law*, Vol. 30 no. 2, 2019, p. 361 ff.

In this framework, what is most striking is that the so-called ‘last-generation trade agreements’ and ‘mega-regionals’ do not appear to raise particular concerns among WTO members, and they undergo standard procedural rules. Proper use of these rules could serve as a tool for anticipating possible conflicts between the multilateral and new preferential systems of trade regulation and tackling non-conformity issues before the emergence of formal disputes. In that preliminary stage, systemic inconsistencies can be dealt with from a political rather than strictly legal aspect. More room for flexibility could also help in reaching acceptable solutions for accommodating non-converging interests.

Although the procedure introduced in 2006 with the TM does not provide for a compatibility assessment of the notified agreements leading to binding recommendations, it may be argued that the strengthening and widening of the transparency outcome of the procedure may serve the interests of multilateralism better than a legalistic, but ineffective, approach⁹². A strong argument in support of this statement is that many of the new-generation PTAs would escape the WTO’s reach and that the TM procedure brings them back under a multilateral examination open to all members.

Finally, the fact that the 2006 procedure was introduced to complement the previous system and has only *de facto* come to substitute it,⁹³ leaves the door open for members to oppose any PTAs non-conforming to the rules and perceived as threats to the WTO system⁹⁴.

A retrieval of the recommendations of Article XXIV:7(b) could

⁹² For an assessment of the relevance of non-binding instrument in conditioning the conduct of states, especially in the economic domain, see G. ADINOLFI, *Soft Law in International Investment Law and Arbitration*, *The Italian Review of International and Comparative Law*, Online Publication, 15 October 2021.

⁹³ See P. MAVROIDIS, *Always look at the bright side of non-delivery: WTO and Preferential Trade Agreements, yesterday and today*, *cit. supra* note 48, p. 375 ff., p. 377; ID., *Dealing with PTAs in the WTO*, *cit supra* note 81, p. 108.

⁹⁴ This leeway with a possible future adoption of recommendations (as of Article XXIV:7(b)) requiring modifications to a PTA whose effects can impair WTO members may become highly relevant if the agreement is, for instance, a mega-regional like the

enable WTO members not only to maintain control over compatibility with the WTO law of economic integration agreements in a phase preceding and hopefully forestalling a formal dispute settlement but could also direct parties willing to enter such agreements towards the establishment of CUs – more beneficial for third countries – or towards treaties designed to enhance the economic growth of developing countries.

A final thought concerns the future relationship between the multilateral and regional/preferential systems of trade regulation. The texts of the main mega-regionals reveal the recurrent intent of the parties of the new agreements to act in conformity with WTO law, and GATT Article XXIV is the provision that allows this result to be reached.

This paper notes the tendency of economic integration agreements to extend content and geographic dimensions and recent times have seen the birth of at least three mega-regionals acquiring continental dimensions: the AfCFTA, and, in the Asia-Pacific region, the CPTPP and the RCEP, which will probably compete to develop into an FTA encompassing the whole region⁹⁵.

While the CPTPP has been notified according to all relevant provisions, the AfCFTA still has not⁹⁶. Assuming this is only a delay – as quite often happens – in the accomplishment of notification duties, the full contents of both agreements will be disclosed to other WTO members and will undergo their consideration.

Thanks to GATT Article XXIV (as well as GATS Article V and the relevant parts of the Enabling Clause), these two areas of economic integration have the potential to develop in full harmony with the multilateral trading system. This can happen when they possess characteristics

AfCFTA, introducing new terms of trade for more than 50 states covering a whole continent.

⁹⁵ See X. JI, P. B. RANA, *A Deal that Does Not Die: The United States and the Rise, Fall and Future of the (CP)TPP*, in *Pacific Focus*, 2019, pp. 230 ff., 244.

⁹⁶ CPTPP, on the contrary, was notified on 20 December 2018, WT/REG395/N/1 S/C/N/920.

going beyond the sole trade dimension, responding to different needs of the respective contracting parties and possibly assuming different approaches to the regulation of similar subjects. The African and Asian FTAs, while regulating investments, could end up embracing diverging systems of rules. However, their adherence to the main rules and principles of the multilateral trading system can be taken as a precondition, because through the relevant WTO provisions on RTAs (primarily Article XXIV), their content is to undergo the disclosure procedure required by the TM.

In the current impasse of the multilateral trading system, the viability of projects allowing WTO members to move towards stricter economic integration and update their systems of rules regulating, for example, investments or e-commerce remaining within the boundaries of WTO legality is not to be undervalued.

The emergence of such integrated economic areas can produce an even more relevant effect. Through the AfCFTA, African countries are reaching a new standing in the WTO. At present, the fact that more than 50 countries have committed to coordinating their trade and investment policies in a free trade area has certainly increased their political weight. However, if and when the upcoming African CU is established, there will be a considerable shift in the geopolitical power of WTO members. With Africa speaking in the Organization with one voice, its leverage will be greater than the diplomatic pressure that the Group of African Countries currently struggles to exert.

Under this perspective, the possibility granted by GATT Article XXIV and the other RTA exceptions to rebalance the spheres of economic power within the WTO through the legal emergence of mega-regionals without a constitutional reform of the multilateral system deserves to be duly investigated.

The TM has given Article XXIV the potential to act as a bridge between the multilateral system and the new RTAs economy, which has taken hold in the last few decades.

Therefore, the reform of Article XXIV implementation procedure, which began in 2006, should be completed to consolidate a possible

new role of the WTO as the guarantor of the intelligent complementary nature of the two different layers of rules currently regulating global investments and trade.

The WTO can no longer retain the exclusive role of rule setter in the sphere of international trade, that is extending far beyond its treaty competence. While waiting for its challenging ‘constitutional’ reform⁹⁷ and taking on the role of rationalising and managing the interrelation between multilateral and regional rules on trade and its developing ancillary realms, the WTO can function as the forum where all the threads of modern trade and investment relations can be woven into a legally sound and politically well-organised net.

⁹⁷ A reform that is deemed crucial to avoid an already perceivable decline of the multilateral trading system: see G. SACERDOTI, L. BORLINI, *Systemic Changes in the Politicization of the International Trade Relations and the Decline of the Multilateral Trading System*, *German Law Journal*, 2023, pp. 17-44.

Abstract

L'articolo sostiene che un'applicazione più efficace dell'articolo XXIV del GATT, attraverso una rivalutazione del TM e del ruolo svolto dal Comitato per gli accordi regionali e da quello su commercio e sviluppo potrebbe migliorare l'interazione tra il sistema multilaterale e i sistemi preferenziali di integrazione regionale, conducendo ad un nuovo ruolo per l'Organizzazione mondiale del commercio. A tal fine propone un nuovo modello di interrelazione tra i livelli multilaterale e preferenziali del commercio internazionale, basato sulla modifica e il miglioramento delle procedure esistenti e, sotto il profilo sostanziale, sull'evoluzione dei contenuti e della natura del processo di esame degli accordi da parte dei Membri dell'Organizzazione in sede di comitato.

The paper maintains that a more effective application of GATT Article XXIV, through a reappraisal of the TM and of the role of both the Committee of Regional Trade Agreements and the Committee on Trade and Development, could improve the interaction between the multilateral and the regional/preferential layers of trade regulations and lead to a new role for the WTO. To this end, the article proposes a new model of interrelation between the multilateral and the bilateral/regional levels of trade regulation, based on procedural improvements and on a substantial evolution of the scope and nature of the 'consideration' of RTAs among WTO members.

Camerino, dicembre 2023

JACOPO ALCINI*

PROFILI ETICI DEL TRATTAMENTO ALGORITMICO
DEI DATI NEL CONTENZIOSO GIUDIZIARIO**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I meccanismi di tutela. – 3. La responsabilità per illecito trattamento dei dati: spunti di riflessione. – 4. I provvedimenti giurisdizionali tra pubblicità ed anonimato. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Il diritto alla protezione dei dati personali¹ ha ormai acquistato centralità nella società contemporanea, così fortemente caratterizzata dalla proliferazione delle informazioni disponibili su ogni individuo². Quando si parla di dato personale, può notarsi la peculiarità

* Avvocato, Ph.D. UNIPG, assegnista di ricerca.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

¹ T. E. FROSINI, *Le sfide attuali del diritto ai dati personali*, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA, I. PRISCO (a cura di), *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, Napoli, 2020, 395 ss.; G. VISINTINI, *Dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, in *Dir. inf.*, 2019, 1 ss.; C. FOCARELLI, *La privacy. Proteggere i dati personali oggi*, Bologna, 2015, 36 ss. Cfr. anche A. ASTONE, *Autodeterminazione dei dati e sistemi A.I.*, in *Contr. impr.*, 2022, 429 ss.

² C. PERLINGIERI, *Creazione e circolazione del bene prodotto dal trattamento algoritmico dei dati*, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA, I. PRISCO (a cura di), *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, cit., 180. S. CALZOLAIO, *Protezione dei dati personali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 2017, 614: «[] riservatezza e protezione dei dati personali risultano distinguibili, sulla linea di confine fra libertà negativa (diritto di escludere) e libertà intrinsecamente positiva (diritto di controllare, autodeterminazione informativa) ed a

che caratterizza tale nozione, giacché esso rappresenta uno strumento tecnico-giuridico mediante il quale si è scelto di tutelare quell'insieme di diritti relativi all'identità personale ed alla privacy. Esso è stato definito «contenitore vuoto all'interno del quale l'interprete inserisce di volta in volta uno specifico contenuto relativo al patrimonio informativo dell'interessato»³. Il dato personale, in sostanza, è così rilevante da determinare la portata applicativa della normativa, sebbene sia necessario sottolineare che tale locuzione non fa riferimento, né direttamente né indirettamente, alla privacy o alla riservatezza, risultando nuovamente come si tratti di diritti distinti⁴. A partire dal secondo dopoguerra, le tecnologie dell'informazione e della comunicazione (Information and Communication Technologies, ICTs) hanno assunto una fondamentale rilevanza per il benessere dei singoli cittadini e delle organizzazioni umane. Lo sviluppo di sistemi di raccolta e archiviazione di dati sempre più efficienti ha favorito la nascita dell'economia dell'informazione, in cui i soggetti economici hanno adottato modelli di business basati sullo scambio di dati e informazioni⁵.

In prima istanza, alcuni hanno parlato di economia digitale, focalizzando l'attenzione sull'utilizzo massiccio, esteso a ogni settore, delle

loro volta si distinguono dal diritto all'identità personale (come 'diritto a non vedere travisata la propria immagine sociale'): si tratta delle facce di un unico prisma, legato alla personalità umana»; M. DE CARO, *L'era delle macchine: tre problemi morali e politici*, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA, I. PRISCO (a cura di), *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, cit., 7 ss.; A. ALPINI, *Identità, creatività e condizione umana nell'era digitale*, in *Tecn. dir.*, 2020, 4 ss.; L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017, 106.; M.G. STANZIONE, *Il regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 1949 ss.

³ F. DI RESTA, *La nuova "privacy europea". I principali adempimenti del Regolamento UE 2016/679 e profili risarcitori*, Torino, 2018, 4.

⁴ G. FINOCCHIARO, *Privacy e protezione dei dati personali*, Bologna, 2012, 36 ss.

⁵ J. RIFKIN, *L'era dell'accesso, La rivoluzione della new economy*, Milano, 2000, 5 ss.; L. FLORIDI, *The Fourth Revolution: How the Infosphere is Reshaping Human Reality*, Oxford, 2014, 4 ss.

tecnologie informatiche e digitali⁶. In tal senso, i dati sono definiti beni pubblici non rivali nel consumo, non deteriorabili e rinnovabili⁷.

Altri autori hanno focalizzato l'attenzione sulla nozione di economia dell'informazione (o economia informazionale)⁸. Come ha affermato Manuel Castells, l'età dell'informazione è dominata da una forma di capitalismo informazionale, in cui i modelli di business sono incentrati principalmente sull'innovazione tecnologica e sullo scambio di dati e informazioni⁹.

Nel nuovo scenario economico, beni intangibili quali dati e informazioni assumono un'importanza fondamentale, poiché il controllo dell'accesso a queste risorse è divenuto la forma privilegiata di capitalizzazione di tali utilità¹⁰.

⁶ W.D. NORDHAUS, *Productivity growth and the new economy*, in *Brookings Papers on Economic Activity*, 2002, 221 ss.; M.R. FERRARESE, *La digital economy tra di più e di meno*, in V. BARSOTTI, M. GRAZIADEI (a cura di), *Il diritto oltre lo Stato*, Torino, 2021, 67 ss.

⁷ M. OREFICE, *I Big Data. Regole e concorrenza*, in *Pol. dir.*, 2016, 712, la quale rileva come i Big Data rappresenterebbero beni che, nella teoria economica di Ostrom, sono definiti commons, come risorsa immateriale condivisa, tendente ad essere non rivale e non esclusiva.

⁸ F. BRAVO, *Il diritto a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Padova, 2018, 51 ss.: «è qualificabile come diritto soggettivo la situazione giuridica di chi, nell'ambito dell'attività di iniziativa economica privata e facendo uso dei poteri che gli derivano dall'autonomia privata, in presenza dei presupposti che legittimano il trattamento (condizioni di liceità previste dalla norma: artt. 6 e 9 reg. cit.) e che funzionano da meccanismi di selezione (e bilanciamento) degli interessi che l'ordinamento ha inteso tutelare, è facoltizzato a predisporre un trattamento di dati personali per soddisfare le finalità che egli stesso unilateralmente determina, con le modalità, gli strumenti e l'organizzazione che egli stabilisce, nonché di trarre dal medesimo l'utilità economica connessa all'esercizio dell'attività – rilevante ex artt. 41 Cost. e 16 Carta dei diritti fondamentali dell'UE – in cui il trattamento si colloca».

⁹ G. FALCO, *Identità personale*, in *Nuovo dig. it.*, VI, Torino, 1938, 649; F. MESSINEO, *Problemi dell'identità delle cose e delle persone nel diritto privato*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, Napoli, 1950, 64 ss.; G. PINO, *Il diritto all'identità personale ieri e oggi. Informazione, mercato, dati personali*, in R. PANETTA (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, I, Milano, 2006, 258 ss.; G. FINOCCHIARO, *Identità personale (diritto alla)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 2010, 730. In riferimento all'identità digitale cfr. G. ALPA, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contr. impr.*, 2017, 723 ss.

¹⁰ A. GORZ, *L'immateriale*, Torino, 2003, 23; G. D'IPPOLITO, *Monetizzazione*,

Di recente, l'economia dell'informazione ha raggiunto uno stadio più evoluto grazie alla diffusione dei Big Data¹¹, per le quali si può procedere alla datizzazione generalizzata¹², vale a dire la trasformazione in formato digitale di qualsiasi aspetto del mondo reale e della vita umana¹³.

patrimonializzazione e trattamento di dati personali, in E. CREMONA, F. LAVIOLA, V. PAGNANELLI (a cura di), *Il valore economico dei dati personali tra diritto pubblico e diritto privato*, Torino, 2022, 54 ss.

¹¹ L. MERLA, *Big data e diritto: una sfida all'effettività*, in *MediaLaws*, 2021, 218 ss; G. DELLA MORTE, *Big data e protezione internazionale dei diritti umani*, Napoli, 2018, 178 ss.; A. BONFANTI, *Big data e polizia predittiva: riflessioni in tema di protezione del diritto alla privacy e dei dati personali*, in *Media Laws*, 2018, 206 ss.; M. COPPOLA, F. GUERRIERI, Art. 4. Definizioni, in G. M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO (a cura di), *GDPR e normativa privacy. Commentario*, Milano, 2018, 47 ss.; G. D'ACQUISTO, M. NALDI, *Big data e privacy by design. Anonimizzazione, pseudonimizzazione, sicurezza*, Torino, 2017, 5 ss.; E. GIOVANNINI, *La rivoluzione dei big data a sostegno dell'Agenda 2030*, in *Equilibri. Rivista per lo sviluppo sostenibile*, 2016, 64 ss.; L. BOLOGNINI, *Principi del trattamento*, in L. BOLOGNINI, E. PELINO, C. BISTOLFI (a cura di), *Il regolamento privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Milano, 2016, 103 ss.; M. MAGGIOLINO, *Big data e prezzi personalizzati*, in *Concorrenza merc.*, 2016, 95 ss.; J. SYLVESTRE BERGÉ, S. GRUMBACH, V. ZENO-ZENCOVICH, *The Data-sphere, Data Flows beyond Control, and the Challenges for Law and Governance*, in *European Journal of Comparative Law and Governance*, V, 2018, 149. In particolare, gli Autori differenziano i dati archiviati in base al modo in cui sono stati creati, suddividendoli in: 1) dati che sono il frutto della 'datificazione' degli oggetti della vita reale che è stata finora uno dei modi più comuni attraverso cui i dati sono stati creati; 2) dati che vengono creati sin dall'origine come tali essendo il frutto dell'attività intellettuale ovvero della rappresentazione delle entità non materiali e quindi della datificazione dell'informazione (notizie, informazioni, risultati di ricerche); 3) dati prodotti dalle persone, che sono quasi interamente digitalizzate visto che la maggior parte delle informazioni relative alle loro attività, passate e presenti, vengono archiviate in formato digitale, essendo peraltro registrate, raccolte ed elaborate anche le loro caratteristiche fisiche; 4) dati che vengono generati automaticamente dalle tecnologie digitali e che costituiscono un'evoluzione dei casi precedenti.

¹² V. MAYER-SCHONBERGER, K. CUKIER, *Big Data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, Milano, 2013, 130; A. STAZI, F. CORRADO, *Datificazione dei rapporti socio-economici e questioni giuridiche: profili evolutivi in prospettiva comparatistica*, in *Dir. inf.*, 2019, 442.

¹³ M. DELMASTRO, A. NICITA, *Big data. Come trasformano i mercati e la democrazia*,

La nascita dei Big Data ha portato con sé l'insorgere di una serie di questioni come il problema dell'intelligenza artificiale¹⁴ e dell'utilizzazione degli algoritmi¹⁵ e, pertanto, è necessario valutare le ripercussioni in un'ottica di libera circolazione dei dati personali.

Bologna, 2019, 3 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Do data markets exist?*, in *MediaLaws*, 2019, 3 ss. In relazione alla problematica descritta, G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, in *Dir. inf.*, 2007, 522, specifica che le «tecniche di raccolta dei dati e profilazione individuale, rese possibili dalle nuove tecnologie, determinano il rischio che l'io venga frammentato, a sua insaputa, in una molteplicità di banche dati, offrendo così una raffigurazione parziale e potenzialmente pregiudizievole della persona, la quale verrebbe così ridotta alla mera sommatoria delle sue proiezioni elettroniche». ID., *La morte digitale*, in *Dir. inf.*, 2014, 891 ss. In riferimento alla digitalizzazione della dignità, cfr. R. MESSINETTI, *La tutela della persona umana versus l'intelligenza artificiale. Potere decisionale dell'apparato tecnologico e diritto alla spiegazione della decisione automatizzata*, in *Contr. impr.*, 2019, 862 ss.

Anche se, secondo A. ALPINI, *Identità, creatività e condizione umana nell'era digitale*, in *Tecn. dir.*, 2020, 7 ss., l'uomo non si identifica con i propri dati e di conseguenza il controllo dell'uso dei dati non rappresenterebbe una garanzia di tutela per la persona. G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali*, in *Giur. it.*, 2019, 1670 ss.; A. TURANO, *Diritto, robotica e teoria dei giochi: questioni e prospettive nazionali ed europee*, in G. ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, 128 ss.; A. CONTALDO, F. CAMPARA, *Intelligenza artificiale e diritto*, in G. TADDEI ELMI, A. CONTALDO (a cura di), *Intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, 61 ss.; G. SARTOR, F. LAGIOIA, *Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale*, Milano, 2020, 63 ss.

¹⁴ G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali*, cit., 1670 ss.; A. TURANO, *Diritto, robotica e teoria dei giochi: questioni e prospettive nazionali ed europee*, cit., 128 ss.; A. CONTALDO, F. CAMPARA, *Intelligenza artificiale e diritto*, in G. TADDEI ELMI, A. CONTALDO (a cura di), *Intelligenza artificiale*, cit., 61 ss.; G. SARTOR, F. LAGIOIA, *Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale*, Milano, 2020, 63 ss.

¹⁵ Per algoritmo si intende lo schema esecutivo della macchina che memorizza le opzioni decisionali in base ai dati che vengono progressivamente elaborati. Cfr. P. COMOGLIO, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, Torino, 2018, 331 ss. Cfr. anche L. AVITABILE, *Il diritto davanti all'algoritmo*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2017, 315 ss.; P. MORO, *Algoritmo e pensiero giuridico*, in *MediaLaws*, 2019, 13 ss.; S. VERNILE, *Verso la decisione amministrativa algoritmica?*, in *MediaLaws*, 2020, 136 ss.; B. ROMANO, *Algoritmi al potere*, Torino, 2018, 7 ss.

La pervasività dei social network¹⁶, la moltiplicazione dei dispositivi in grado di raccogliere dati personali¹⁷, l'avanzamento tecnologico di

¹⁶ Cfr. C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014, 11 ss.; ID., *Social Networks and Private Law*, Napoli, 2017, 7 ss.; ID., *La tutela dei minori di età nei social networks*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 1324 ss.; R. CATERINA, *La libertà di comunicazione: il fenomeno dei social network*, in C. PERLINGIERI, L. RUGGIERI (a cura di), *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015, 117 ss.; A. COPPOLA, F.R. GRAZIANI, F. COLAPAOLO, M. ZONARO, M. MIRONE, *Social Network e diritto*, Torino, 2021, 1 ss.; M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi spazi pubblici e poteri privati. Spunti di comparazione*, in *Riv. it. inf. dir.*, 2021, 43 ss.: «Alle origini di Internet, il cyberspazio era stato immaginato da alcuni dei commentatori più vicini alla sensibilità libertaria e 'cyberanarcoide' come il terreno di una possibile competizione 'privata' tra comunità virtuali aliene dall'interferenza dei poteri statali. Ciascuna una piattaforma di libertà, caratterizzata da un novero di (poche e semplici) regole definite dagli amministratori e condivise dagli aderenti: in sostanza, il rispetto di limiti di contenuto e di continenza verbale, pena l'esclusione. Nessuna sanzione ulteriore, semmai la possibilità di transitare a una comunità diversa. Un sistema parallelo dominato da una sorta di 'arbitraggio regolamentare', dove gli utenti avrebbero potuto 'disporsi' e collocarsi a seconda delle rispettive inclinazioni e degli interessi coltivati. Per gli Stati, apparentemente, nessun ruolo e nessun potere: gli Stati, in questa ricostruzione, sono l'altrove, impossibilitati a predicare la propria sovranità e a estendere l'enforcement delle norme giuridiche entro uno spazio idealizzato come territorio separato. Questa ricostruzione dai toni idealistici si fondava su due illusioni che si sarebbero di lì a breve disvelate. In primo luogo, l'assunto che questa compartimentazione in comunità private non avrebbe generato posizioni di potere favorite dall'accumulo di risorse economiche, con un condizionamento sull'organizzazione, sulla mole, e conseguentemente sulla genuina circolazione dei contenuti condivisi dagli utenti, condizionamento costituente un diretto precipitato del dischiudersi di strutture oligopolistiche nel mercato dei servizi (a tacitazione di quella pretesa concorrenza perfetta tra comunità virtuali). In secondo luogo, la ferrea convinzione inerente non soltanto all'impossibilità degli Stati di regolare il web ma anche alla non necessità di un loro intervento in un campo dove l'autonomia privata prometteva una governance efficiente, ridondando quel rifiuto della sovranità statale già predicato metaforicamente da John Perry Barlow nella Dichiarazione d'indipendenza del cyberspazio e fatto oggetto di un claim normativo».

¹⁷ S. RODOTÀ, Prefazione, in R. PANETTA (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, I, cit., pp. XIII-XIV; F. GIOVANNELLA, *Le persone e le cose: la tutela dei dati personali nell'ambito dell'Internet of Things diritto*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 3 ss.

software e algoritmi in grado di processare imponenti quantità di dati¹⁸, sono le cause principali dell'incremento esponenziale delle informazioni disponibili in rete¹⁹.

Queste vengono usualmente raccolte in grandi flussi omogenei, la cui analisi può fornire indicazioni, finanche in chiave predittiva²⁰, sui comportamenti individuali e collettivi. L'elaborazione dei dati individuali raccolti produce nuove informazioni²¹ riguardanti interi gruppi sociali, descrivendo così nel dettaglio tutta la generalità dei consociati²².

Il fenomeno in questione è in grado di trasformare profondamente la nostra società, influenzando tanto la sfera privata quanto quella pubblica²³.

Occorre, tuttavia, operare un distinguo ed una precisazione in merito. Quanto al distinguo, è necessario separare i dati di programmazione da quelli di lavorazione. I primi rappresentano la base informatica da cui principia il funzionamento degli algoritmi²⁴, mentre i secondi costituiscono l'oggetto mediato delle tecnologie.

¹⁸ P. PERLINGIERI, *Sul trattamento algoritmico dei dati*, in *Tecn. dir.*, 2020, 181 ss.

¹⁹ P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 333 ss., sottolinea che l'informazione, quale risultato del procedimento di elaborazione, è suscettibile di essere utilizzata sul mercato per gli scopi più vari.

²⁰ S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete*, Bari, 2014, 33 ss.; M. DE FELICE, *Su probabilità, «precedente» e calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2017, 1546 ss. Sulla predittività, cfr. N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 923 ss.; ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 11 ss.

²¹ C. DEL FEDERICO, A.R. POPOLI, *Disposizioni generali*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Torino, 2017, 60.

²² M.F. DE TULLIO, *La privacy e i Big Data verso una dimensione costituzionale collettiva*, in *Pol. dir.*, 2016, 651 ss.

²³ Sul rapporto fra il potere e la conoscenza che deriva dalle informazioni cfr. A. DI MARTINO, *La protezione dei dati personali. Aspetti comparatistici e sviluppo di un modello europeo di tutela*, in S. P. PANUNZIO (a cura di) *I diritti fondamentali e le corti in Europa*, Napoli, 2005, 377 ss.

²⁴ A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale*, Bologna, 2021, 43: «La trasformazione digitale dei dati si scompone in tre momenti distinti: la loro digitalizzazione, il loro trattamento sotto forma di programma ed eventualmente, la loro ulteriore correlazione sotto forma statistica».

La precisazione, invece, riguarda la collocazione ibrida dei dati personali tra soggetto ed oggetto, poiché da un lato gli stessi riguardano la persona, ne costituiscono una rappresentazione e spesso ne descrivono il comportamento e le relazioni. D'altro canto, sono oggetti di uso da parte di attori pubblici e privati, tanto da divenire obiettivo di apposita tutela²⁵.

In questo contesto, la protezione dei dati personali si rivela uno strumento fondamentale per consentire il libero sviluppo della personalità individuale²⁶.

²⁵ Significative le parole di G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, 279: «personalità e patrimonialità [...] non sono due poli concettuali antitetici e mutualmente esclusivi: così come esistono beni patrimoniali costitutivi della persona, allo stesso modo gli attributi individuali del soggetto possono assumere un significativo valore di scambio, senza con ciò perdere la loro connotazione strutturalmente personale». Cfr. anche 245: «[...] riconoscere apertamente che il potere di controllo sullo sfruttamento commerciale della personalità rappresenti una parte integrante del diritto della personalità e che questo, pertanto, non possa più essere ricostruito come puro e semplice *droit de défense*, ma debba ormai essere ripensato [...] come diritto a struttura duplice e contenuto complesso».

²⁶ P. PERLINGIERI, *Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato*, in *Foro nap.*, 2018, 481 ss., evidenzia la necessità di un'ermeneutica assiologica che tenga precipuamente conto dei valori sottesi alla normativa in materia di data protection, divenendo così necessaria l'adozione di un approccio sistemico e realistico da parte del legislatore europeo, ove la protezione dei dati opera tra la più ampia funzione sociale e il paradigma dei diritti fondamentali. In tal senso, F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, II, Torino, 2016, 4 ss.; A. RICCI, *Sulla funzione sociale del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contr. impr.*, 2017, 604, mette in luce come «l'assolutezza del diritto alla protezione dei dati personali trova nella «funzione sociale», così come interpretata, un principio alla stregua del quale coordinare fra loro la pretesa dell'interessato, gli interessi dei titolari del trattamento, le esigenze avvertite dalla società nel suo insieme. Essa non può che riferirsi all'oggetto del diritto, sebbene letteralmente riferita al diritto in quanto tale, e non può che essere interpretata come criterio di temperamento fra pretese individuali ed interessi generali. Sotto questo aspetto, la previsione del considerando conferma l'impianto descritto sin dalla dir. 95/46/CE che, come in precedenza ricostruito, muovendo dal presupposto che la libera circolazione delle informazioni è interesse connaturale al progresso economico e sociale, fonda la disciplina del trattamento dei dati sul bilanciamento tra

Essa si concreta nei diritti dell'interessato, che ne costituiscono mezzi di tutela²⁷, nonché nel complesso degli obblighi posti a carico dei titolari e responsabili del trattamento. Consente, pertanto, di conservare un controllo sulle proprie informazioni quando giungono nell'altrui disponibilità. Oltre che sul piano soggettivo, la Data protection²⁸ assume una notevole importanza anche in una dimensione collettiva, contrastando la possibilità di derive orwelliane verso società del controllo digitale²⁹.

Il rapporto tra dati personali e tecnologie algoritmiche costituisce un punto nevralgico del dibattito europeo e nazionale che sembra non sempre trovare un punto di equilibrio, portando quindi a nuovi sviluppi dal punto di vista normativo e giurisprudenziale.

Dati e algoritmi sembrerebbero costituire infatti un binomio non del tutto risolutivo né esaustivo, se si considerano, per un verso, la molteplicità delle varie questioni giuridiche e, per altro verso, l'ambito apparentemente limitato entro cui le tutele previste dalla disciplina in materia di protezione dati spiegano la loro efficacia. In un tale contesto, risultano ancora diversi i nodi aperti in riferimento ai rapporti tra algoritmi, privacy e tutela dei dati personali.

la legittima pretesa individuale di protezione e il corretto funzionamento del mercato». Sulla dimensione anche collettiva della funzione del diritto alla protezione dei dati, si veda l'accurata ricostruzione di S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, in *MediaLaws*, 2019, 144 ss.

²⁷ C. COLAPIETRO, A. IANNUZZI, *I principi generali del trattamento dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2017, 128 ss.

²⁸ Cfr. Corte giust., 2 marzo 2021, C-746/18, in *Dir. inf.*, 2021, 219.

²⁹ S. RODOTÀ, *Data Protection as a Fundamental Right*, in S. GUTWIRTH, Y. POULLET, P. DE HERT, C. DE TERWAGNE, S. NOUWT (a cura di), *Reinventing Data Protection?*, Springer, 2009, 82, secondo cui «reinventing data protection is an unrelenting process that is indispensable not only to afford adequate protection to a fundamental right but also to prevent our societies from turning into societies of control, surveillance and social selection». F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, I, Torino, 2016, 12.

Sarebbe sufficiente sottolineare le tensioni costituzionali che caratterizzano la relazione tra Big Data³⁰ e principi generali del GDPR, specialmente quando si guarda ai canoni di trasparenza e minimizzazione dei dati³¹.

In particolare, il consenso, quale base giuridica fondata sull'elemento volontaristico, sembra essere in crisi non solo per effetto della sempre maggiore asimmetria informativa tra individui e titolari del trattamento che implementano tecnologie algoritmiche, ma anche e soprattutto per via dalla complessità tecnologica.

Il consenso non è certo l'unica base giuridica³², dato che il GDPR, valorizzando il principio di accountability, sembra aver voluto attribuire nuova linfa a fondamenti normativi diversi, come il legittimo interesse, incentrati su una responsabilizzazione del titolare del trattamento. Tuttavia, lo stesso continua a rappresentare uno dei capisaldi della disciplina in materia³³, la cui validità come base giuridica deriva da una serie di predicati che devono essere rispettati. Tra questi, vi è senza dubbio

³⁰ Costituiti dal paradigma delle quattro V (Volume, Velocità, Varietà, Veracità). Cfr. G. D'ACQUISTO, M. NALDI, *Big data e privacy by design*, Torino, 2017, 5 ss.; T. MAURO, *I big data tra protezione dei dati personali e diritto della concorrenza*, in R. PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato*, Milano, 2019, 651 ss.

³¹ C. BASUNTI, *La (perduta) centralità del consenso nello specchio delle condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in *Contr. impr.*, 2020, 893.

³² A. VIVARELLI, *Il consenso al trattamento dei dati personali nell'era digitale*, Napoli, 2019, 165 ss.; A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017, 25 ss.

³³ S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 583 ss.; ID., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 82 ss.; M. BIN, *Privacy e trattamento dei dati personali: entriamo in Europa*, in *Contr. impr. eur.*, 1997, 459 ss.; S. PATTI, *Il consenso al trattamento dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 455 ss.; A. SCALISI, *Il diritto alla riservatezza*, Milano, 2002, 1 ss.; I. CHIRIACO, *Autonomia negoziale e dati personali*, Napoli, 2010, 42 ss.; M. MASNADA, *Il diritto alla protezione dei dati personali*, in G. ALPA, G. CAPILLI (a cura di), *Lezioni di diritto privato europeo*, Milano, 2007, 163 ss.; S. THOBANI, *Il consenso al trattamento dei dati personali come condizione per la fruizione dei servizi on line*, in C. PERLINGIERI, L. RUGGERI (a cura di), *Internet e diritto civile*, cit., 459 ss.

la natura informata, presupposto affinché la manifestazione di volontà dell'interessato possa legittimare il trattamento dei dati da parte del titolare.

Un primo indirizzo³⁴, che nega la natura di bene ai dati personali, ravvisa una scriminante da fatto illecito in virtù del consenso dell'avente diritto ovvero di un atto unilaterale di tipo autorizzatorio.

Tale argomentazione risente della tradizionale impostazione volta a privilegiare il carattere non patrimoniale e indisponibile dei diritti della personalità³⁵.

Il soggetto consenziente non perde la titolarità del diritto e può in ogni tempo esercitare le relative facoltà, esponendosi semmai ad una responsabilità contrattuale per inadempimento, restando così salvo il principio di indisponibilità dei diritti della personalità³⁶.

Una seconda e diversa lettura del fenomeno, assimila i dati personali ai beni in senso giuridico, in quanto tali autonomamente suscettibili di essere oggetto di disposizione mediante contratto³⁷. In tal senso, l'acquisizione del consenso altrui al trattamento dei dati permette l'assunzione di specifiche informazioni. Questa lettura appare più coerente con il valore economico che hanno assunto i dati e trova riscontro non solo nelle strategie imprenditoriali, rispetto alle quali il patrimonio di informazioni è sempre più spesso considerato come una risorsa fondamentale, ma anche nelle valutazioni operate sul punto da parte del legislatore comunitario. Del resto, la problematica afferente alla qualificazione del diritto sui dati personali, funzionale alla relativa circolazione, non può essere risolta in modo semplicistico sulla sola base del fatto

³⁴ G. MIRABELLI, *Le posizioni soggettive nell'elaborazione elettronica dei dati personali*, in *Dir. inf.*, 1993, 323.

³⁵ C. MIGNONE, *Identità della persona e potere di disposizione*, Napoli, 2015, 369; D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 350.

³⁶ A. MANTELERO, *Il costo della privacy tra valore della persona e ragione d'impresa*, Milano, 2007, 70.

³⁷ G. ALPA, G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, 2006, 632; G. RESTA, *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2011, 38.

che tali informazioni abbiano assunto nel contesto attuale una valenza economica³⁸. Dal punto di vista giuridico, i dati sarebbero destinati ad essere commercializzati dal titolare originario del diritto e non è chiaro se quest'ultimo sia effettivamente abilitato a cederli. Gli stessi, quali entità immateriali, presentano un intrinseco legame più con le reti di telecomunicazione che con un determinato territorio, motivo per cui non possono neanche essere radicati sul territorio di un solo Stato. A questo riguardo va tenuto presente che in taluni ordinamenti ed in particolare in quello tedesco, la possibilità di qualificare un'entità come bene è normativamente legata alla corporeità dell'oggetto³⁹. In tale contesto emerge, quindi, la difficoltà di applicare a entità come i dati il modello proprietario tradizionale, che prende come punto di riferimento il bene quale cosa materiale che può costituire oggetto di diritti e, attraverso lo strumento contrattuale, di una vicenda circolatoria⁴⁰. Sarebbe più plausibile la prospettazione di una generica titolarità dei dati⁴¹, la quale attribuisca al soggetto, sulla scia della consolidata tradizione dei beni⁴² immateriali, una serie di diritti di utilizzo e sfruttamento esclusivo delle informazioni, unitamente a limiti e rimedi volti a fronteggiare l'uso non autorizzato⁴³. Ben potrebbe, pertanto, in più contesti accantonarsi il concetto di protezione, invocando, di contro, il diritto al controllo dei dati personali (sinteticamente inteso come piena disponibilità⁴⁴ delle

³⁸ A. OTTOLIA, *Big data e innovazione computazionale*, Torino, 2017, 111.

³⁹ V. ZENO-ZENCOVICH, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *MediaLaws*, 2018, 3.

⁴⁰ M. GRANIERI, *Proprietà, contratto e status nell'industria dell'informazione. Per una visione criticamente relazionale dell'economia digitale*, in *Merc. conc. reg.*, 2006, 114.

⁴¹ Cfr. Corte giust., 5 giugno 2018, c-210/16, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 1987.

⁴² Sulla oggettivizzazione dei dati come beni giuridici, cfr. C. ANGIOLINI, *Lo statuto dei dati personali*, Torino, 2020, 110.

⁴³ V. ZENO-ZENCOVICH, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, cit., 3.

⁴⁴ Da intendersi come possibilità di disporre dei dati ceduti, ad esempio revocando il consenso al trattamento e pretendendo la cancellazione dei dati o, semplicemente, modificando ed aggiornando gli stessi. Ciò rimanda all'esigenza di un ripensamento della categoria del bene e, conseguentemente, alla necessaria riformulazione del

informazioni cedute con supervisione⁴⁵ del trattamento). Pertanto, è auspicabile la creazione di un diritto di proprietà fluido e relazionale, che, in deroga al *numerus clausus* dei diritti reali, possa esplicarsi sui dati mediante l'utilizzo della disciplina dei segreti commerciali, con l'applicazione di un apposito regime di licenza.

Scopo del presente lavoro è coniugare la disciplina del trattamento dei dati con le regole sottese al contenzioso giudiziario, al fine di individuare strumenti e soluzioni inidonee a coniugare le esigenze di riservatezza con quelle di giustizia. Ad esempio, le modalità di pubblica comunicazione dei magistrati hanno dato luogo a frequenti critiche, a causa del dovere di riservatezza cui sono tenuti. Basti pensare alla prassi delle conferenze stampa o all'autocelebrazione delle proprie inchieste. Il dovere di informare è naturalmente irrinunciabile, purché esercitato nei limiti della legge, del rispetto della privacy e delle regole deontologiche⁴⁶, essendo necessario che i giudici si guardino bene dal contribuire a rafforzare un'ormai evidente degenerazione informativa, spesso giustizialista ed arbitraria⁴⁷. Nella prospettiva che vede l'esperienza giuridica incarnarsi nello spazio e nei tempi del processo, ciò che rileva è la coscienza, la *sententia animi* del giudice⁴⁸, sia nell'ambito processuale che nella vita privata. La discrezionalità del giudice⁴⁹ si collega alla natura

paradigma dominicale, anche con riferimento ai dati personali. Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, 333 ss.; A.C. NAZZARO, *Privacy, smart cities e smart cars*, in E. TOSI (a cura di), *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Milano, 2019, 340 ss.

⁴⁵ Già S. RODOTÀ, *Privacy e costruzione della sfera privata. Ipotesi e prospettive*, in *Pol. dir.*, 1991, 521 ss., intravedeva l'evoluzione in atto del diritto alla privacy, il cui oggetto si stava ampliando, così muovendosi dalla segretezza al controllo. ID., *Controllo e privacy della vita quotidiana. Dalla tutela della vita privata alla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, 9 ss.

⁴⁶ G. CANZIO, *Un'efficace strategia comunicativa degli uffici giudiziari vs. il processo mediatico*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 1537 ss.

⁴⁷ Cfr. G.P. ACCINNI, *Civiltà giuridica della comunicazione*, Milano, 2018, 73 ss.

⁴⁸ G. CAPOGRASSI, *Opere*, V, Milano, 1959, 57 ss.

⁴⁹ P. PERLINGIERI, *L'interpretazione giuridica e i suoi canoni*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 418 ss.

stessa dell'attività interpretativa, operando giudizi di valore⁵⁰, che raccordano la valutazione del caso concreto alla meritevolezza degli interessi, secondo un ordine ragionevole di preferenze coerente al sistema ed alla sua irrinunciabile unità nel momento applicativo⁵¹. Questo aspetto portante dello *ius dicere*, si ritiene inscindibile dalla delicata operazione di anonimizzazione dei dati, che altrimenti rischiano di essere 'fagocitati' da un tecnicismo professionale e degradante, perché privo della indispensabile ottica personalista⁵² che deve presiederne la tutela.

2. I meccanismi di tutela

Analizzando il corpo del reg. UE n. 679/2016 (GDPR)⁵³, emerge,

⁵⁰ P. PERLINGIERI, *Principi generali e interpretazione integrativa nelle pagine di Emilio Betti*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 105 ss.

⁵¹ G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 16 ss.; A. ALPINI, *Compatibilità e analogia nell'unità del procedimento interpretativo. Il c.d. rinvio in quanto compatibili*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 701 ss.

⁵² P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 12 ss.; P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, 38 ss.; L. LONARDO, *Il valore della dignità della persona nell'ordinamento italiano*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 773; N. LIPARI, *Personalità e dignità nella giurisprudenza costituzionale*, in G. CONTE, S. LANDINI (a cura di), *Principi, regole, interpretazione, contratti e obbligazioni, famiglia e successioni*, I, Mantova, 2017, 261 ss.

⁵³ Cfr. M.G. STANZIONE, *Il regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 1249 ss.; G. FINOCCHIARO, *Introduzione al Regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 1 ss.; ID., *Riflessioni sul poliedrico Regolamento europeo sulla privacy*, in *Quad. cost.*, 2018, 895 ss.; M. GRANIERI, *Il trattamento di categorie particolari di dati personali nel Reg. UE 2016/679*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 165 ss.; R. SENIGAGLIA, *Reg. UE 2016/679 e diritto all'oblio nella comunicazione telematica. Identità, informazione e trasparenza nell'ordine della dignità personale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 1023 ss.; ID., *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contr. impr.*, 2020, 760 ss.; A. THIENE, *Segretezza e riappropriazione di informazioni di carattere personale: riserbo e oblio nel nuovo Regolamento europeo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 410 ss.; F. BRAVO, *Lo scambio di dati personali nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contr. impr.*,

una nuova strutturazione dei diritti e delle facoltà riconosciuti all'utente. A titolo esemplificativo si possono considerare: il diritto dell'interessato (art. 15) di accesso al trattamento; il diritto di rettifica (art. 16) ed il diritto di cancellazione ex art. 17 (connesso al più famoso diritto all'oblio⁵⁴); il diritto di limitare il trattamento in corso sui propri dati al ricorrere di esigenze specificamente individuate (art. 18), nonché il diritto alla loro portabilità (art. 20), ad esempio, dal fornitore di un servizio ad un altro; il diritto di opporsi al trattamento dei propri dati ed alla profilazione sulla base di questi (art. 21), così come di opporsi ad un processo decisionale automatizzato (art. 22).

Si può parlare di controllo dei dati personali con riguardo a tutte le facoltà partecipative previste dagli artt. 15 ss. GDPR, che realizzano la dimensione personalistica nella possibilità di pretendere che i propri dati siano trattati secondo canoni di ragionevolezza⁵⁵ e necessità (desumibili dal principio di lealtà di cui all'art. 8, par. 2, Carta UE). Sotto la disciplina precedente era forse possibile sostenere che l'utente avesse la proprietà dei propri dati e alcuni terzi avessero possibilità di accedervi⁵⁶.

2019, 34 ss.; ID., *Sul bilanciamento proporzionale dei diritti e delle libertà fondamentali, tra mercato e persona: nuovi assetti nell'ordinamento europeo*, in *Contr. impr.*, 2018, 203 ss.; I.A. CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento europeo. Analisi giuridica e studi comportamentali*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2018, 67 ss.; V. CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali*, in *Contr. impr.*, 2018, 1098 ss.; A. IULIANI, *Note minime in tema di trattamento dei dati personali*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 293 ss.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contr. impr.*, 2018, 106 ss.; E. PELLECCIA, *Dati personali, anonimizzati, pseudoanonimizzati, deidentificati: combinazioni possibili di livello molteplici di identificabilità nel GDPR*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 360 ss.; V. RICCIUTO, *Il contratto e i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 652 ss.; R. TREZZA, *Diritto ed intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, 29 ss.

⁵⁴ Cfr. Corte giust., 24 settembre 2019, c-507/17, in *Foro it.*, 2019, c. 572.

⁵⁵ Cfr. E. GIORGINI, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, 2010, 20 ss.

⁵⁶ G. ALPA, *La proprietà dei dati personali*, in N. ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Padova, 2019, 11 ss.; ID., *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contr. impr.*, 2017, 723 ss.

Superando le derive del proprietarismo⁵⁷, il reg. UE n. 679/2016 consente di accelerare il ripensamento del paradigma dominicale⁵⁸, offrendo, rispetto ai dati particolari, un approccio peculiare del controllo⁵⁹. Il regolamento pone una certa enfasi sul profilo del consenso⁶⁰, quale diritto personalissimo.

Nella difficoltà di rinvenire un unico paradigma⁶¹, le indagini dottrinali recenti hanno ricercato un punto di equilibrio fra consenso e consapevolezza delle implicazioni del trattamento, valorizzando la matrice personalistica della normativa di riferimento⁶². In virtù della sua intima connessione con l'obbligo informativo che deve precederne la richiesta, il consenso è il veicolo attraverso cui l'utente è posto nelle condizioni di giungere alla consapevolezza piena dell'utilizzo dei propri dati, nonché dei poteri di controllo sui flussi informativi che lo riguardano.

L'art. 4, paragrafo 1, n. 11 del GDPR e l'art. 7, paragrafo 1, sanciscono il principio della spontaneità del consenso. Si fa riferimento,

⁵⁷ P. FEMIA, *Una finestra sul cortile. Internet e il diritto all'esperienza metastrutturale*, in C. PERLINGIERI, L. RUGGERI (a cura di), *Internet e Diritto civile*, cit., 46.

⁵⁸ M. LIBERTINI, *Persona, ambiente e sviluppo: ripensare la teoria dei beni*, in *Benessere e regole dei rapporti civili*, Napoli, 2015, 479 ss.

⁵⁹ R. PICARO, *Le identità consumeristiche nella società della connettività e della condivisione*, Napoli, 2019, 102, mette in risalto il merito avuto dal GDPR che, nell'accentuare la valenza del diritto alla protezione dei dati come diritto fondamentale e dell'autodeterminazione informativa come condizione necessaria per il libero sviluppo della personalità del cittadino, ha segnato il passaggio da una concezione proprietaria del dato ad una concezione di controllo.

⁶⁰ Critici verso il ruolo attribuito dal legislatore al consenso, S. RODOTÀ, *Protezione dei dati e circolazione delle informazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 732 ss.; S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, cit., 147; C. CAMARDI, *Mercato delle informazioni e privacy. Riflessioni generali sulla L. n. 675/1996*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 1061; V. CARBONE, *Il consenso, anzi i consensi, nel trattamento informatico dei dati personali*, in *Danno resp.*, 1998, 30.

⁶¹ F.G. VITERBO, *Protezione dei dati personali e autonomia negoziale*, Napoli, 2008, 183 ss.

⁶² Cfr. C. PERLINGIERI, *eHealth and Data*, in R. SENIGAGLIA, C. IRTI, A. BERNES (a cura di), *Privacy and Data Protection in Software Services*, Singapore, 2022, 130 ss.; A. VIVARELLI, *Il consenso al trattamento dei dati nell'era digitale*, cit., 72 ss.

dunque, a un consenso libero, che va inteso sia come consapevolezza che come mancanza di condizionamenti, comprendendo tanto le conseguenze che potrebbero derivare da un rifiuto a far trattare i propri dati, quanto le eventuali pressioni psicologiche che ne inficerebbero le fondamenta. Si deve trattare, in altre parole, di una scelta vera, genuina e scevra da condizionamenti, che attenga al rapporto intercorrente tra titolare ed interessato. Al fine di garantire la massima espansione di suddetto principio, il legislatore europeo ha stabilito alcuni presidi, che si sostanziano, ad esempio, nel consenso informato ed in quello specifico.

Invero, si parla di consenso informato in quanto esso mira a colmare le possibili asimmetrie che, spesso, contraddistinguono i rapporti in questione e, per tale ragione, anche il Considerando 32 del Regolamento sancisce: «Il consenso dovrebbe essere prestato mediante un atto positivo inequivocabile con il quale l'interessato manifesta l'intenzione libera, specifica, informata e inequivocabile di accettare il trattamento dei dati personali che lo riguardano»⁶³. Viene, quindi, incoraggiato un salto di qualità da parte del titolare del trattamento⁶⁴ e può, dunque, evidenziarsi come il rapporto tra consenso e informativa, seppur rinnovato nelle sue dinamiche, sia giuridicamente molto stretto.

Si parla, invece, di consenso specifico avendo riguardo alle ipotesi in cui il trattamento abbia ad oggetto più finalità, per cui dovranno essere prestati tanti consensi quante sono gli obiettivi. Tale aspetto risponde ad un'esigenza di libertà, in quanto, in caso contrario, si priverebbe l'interessato della possibilità di scegliere a quali trattamenti acconsentire.

Si tratta, in sostanza, di una previsione che costituisce un'articolazione del concetto di controllo da parte dell'interessato, il quale, com-

⁶³ Cfr. Corte di giustizia U.E., 11 novembre 2020, C-61/19, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, 247 ss. Cfr. anche M.C. MENEGHETTI, *Consenso bis: la Corte di giustizia torna sui requisiti di un valido consenso privacy*, in *MediaLaws*, 2021, 266 ss.; Cass., 25 maggio 2021, n. 14381, in *Lav. giur.*, 2022, 153; cfr. anche F. PAOLUCCI, *Consenso, intelligenza artificiale e privacy*, in *MediaLaws*, 2021, 259 ss.

⁶⁴ L. SCUDIERO, *Il consenso come condizione di libertà*, in G. CASSANO, V. COLAROCCHIO, G. B. GALLUS (a cura di), *Il processo di adeguamento al GDPR. Aggiornato al D.lgs. 10 agosto 2018 n. 101*, Milano, 2018, 102.

prese le diverse finalità di un trattamento, può acconsentirvi consapevolmente e liberamente⁶⁵.

Inoltre, il consenso deve essere inequivocabile, ossia certo sia per quanto riguarda la circostanza che esso sia stato effettivamente prestato, sia con riferimento al contenuto.

Pertanto, salvo ipotesi specifiche, vige il principio della libertà della forma, per cui il consenso può essere prestato anche attraverso un comportamento concludente, purché la volontà dell'interessato sia inequivocabile ed espressa, non rilevando la semplice inazione, il silenzio o la preselezione della casella effettuata dal titolare del trattamento. Infine, il consenso deve essere dimostrabile, nel senso che il titolare è gravato dall'onere di provare l'avvenuta manifestazione del consenso e il momento in cui esso è stato espresso, attestando altresì di aver fornito un'informativa valida al momento della raccolta.

Ciò premesso, dare una corretta definizione del consenso è tutt'altro che semplice, in quanto esso è caratterizzato dalla sussistenza di una serie di elementi che appartengono a fattispecie giuridiche differenti, tanto che si suole parlare di pluralità di consensi⁶⁶.

Esso, difatti, è uno strumento volto a comporre i contrapposti interessi del titolare e dell'interessato, che, in ragione dell'eterogeneità dei valori coinvolti, rappresentano l'incontro conflittuale tra il diritto di autodeterminare la propria personalità e la libertà informativa⁶⁷.

Il legislatore, pertanto, deve costantemente utilizzare tecniche di

⁶⁵ L. SCUDIERO, *Il consenso come condizione di libertà*, cit., 98.

⁶⁶ V. CARBONE, *Il consenso, anzi i consensi nel trattamento informatico dei dati personali*, cit., 23 ss. Seppure tale contributo sia antecedente all'emanazione del Codice della privacy, risulta estremamente attuale, in quanto la disciplina prevede diverse tipologie di consenso che si aggiungono alle numerose ipotesi rinvenibili nelle diverse branche del diritto. Ci si riferisce, ad esempio, al consenso informato in materia sanitaria o alla disciplina della tutela del diritto all'immagine. Cfr. anche F. STASSI, *Consenso dell'interessato e dati personali al tempo dei Big Data*, in *Riv. dir. econ., traspr., amb.*, 2021, 120 ss.

⁶⁷ S. MAZZAMUTO, *Il principio del consenso e il problema della revoca*, in R. PANETTA (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, cit., 993.

composizione delle diverse prerogative, adottando soluzioni che preservino la sfera privata dell'individuo ed al contempo garantiscano la circolazione dei dati personali quali beni economici⁶⁸. In tale ottica, il consenso funge da strumento di equilibrio fra il diritto all'autodeterminazione e la libertà informativa, divenendo prerogativa di libertà e assumendo il rango di diritto sui diritti che sorge dall'attività di trattamento.

L'art. 5, paragrafo 1, lett. a) del GDPR, nel prevedere che il trattamento dei dati personali debba essere lecito, non si limita a stabilire che esso non debba essere antigiuridico, ma afferma, altresì, che in presenza dei presupposti previsti dalla normativa è pienamente lecito di per sé, qualificandolo come un vero e proprio diritto al trattamento, espressione del principio di libertà della circolazione dei dati⁶⁹.

In merito alla natura giuridica del consenso, la dottrina risulta divi-

⁶⁸ F. PIRAINO, *Il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, pp. 375 s., sottolinea che «sotto il profilo dell'impostazione di fondo, rispetto alla dir. 95/46 il Regolamento si atteggia in maniera più accentuata come una disciplina della circolazione dei dati personali, pur sensibile alle possibili conseguenze del trattamento sull'interessato, piuttosto che come un'ulteriore tappa del lungo e accidentato percorso riconoscimento giuridico della centralità della persona e della predisposizione di strumenti di realizzazione della persona umana e di salvaguardia contro le interferenze esterne».

⁶⁹ F. BRAVO, *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento di dati personali*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, cit., 149 s. L'A. sostiene che «l'autonomia privata non assume, nella prospettiva europea, un ruolo centrale ed esclusivo tra i criteri di selezione degli interessi relativi alla protezione dei dati quale diritto fondamentale della persona, trattandosi solo di uno dei criteri alternativi volti a dare fondamento legittimo all'attività di trattamento posta in essere dal titolare e, al contempo, operare quale meccanismo di primo livello nella selezione degli interessi protetti dall'ordinamento giuridico». Sempre secondo ID., *Il diritto a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, cit., 148, quanto detto «trae il suo fondamento, in ambito privatistico, in un insieme di diritti di libertà tra cui, in ambito economico, quella di iniziativa economica, che costituisce il riferimento primario, e quella di informazione. È diritto che non è riferibile esclusivamente allo svolgimento di un'attività imprenditoriale, né di un'ulteriore, pur sempre professionalmente svolta []: la libertà di iniziativa economica

sa: un primo orientamento vi ravvisa un atto di autorizzazione, mentre una diversa corrente di pensiero è propensa ad attribuirgli natura negoziale.

Per quanto concerne gli orientamenti dottrinali che escludono la natura negoziale del consenso, essi traggono la loro ratio nei caratteri di assolutezza, imprescrittibilità, indisponibilità e intrasmissibilità che contraddistinguono il dato personale, quale connotato del diritto della personalità⁷⁰.

Trattandosi di uno strumento di auto-determinazione, espressione della personalità umana, il consenso non potrebbe in alcun modo assumere valenza patrimoniale. Conseguentemente, non potrebbe essere valutato in un'ottica negoziale, ma solo come autorizzazione dell'interessato all'adozione da parte di un soggetto terzo di comportamenti in grado di coinvolgere la sua sfera personale⁷¹.

Una prima tesi qualifica il consenso come atto riconducibile alla scriminante di cui all'art. 50 c.p.⁷² Il consenso assolve a una duplice funzione: da un lato elimina il velo di riservatezza che copre l'infor-

si estende oltre, comprendendo sia quelle po' anzi menzionate, sia l'attività economica anche occasionalmente esercitata».

⁷⁰ P. RESCIGNO, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1991, 3 ss.; A. DI MAJO, *Profili dei diritti della personalità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 94 ss.

⁷¹ «Visto nell'ottica della tutela assoluta della persona, esso è sovente interpretato come un mero strumento di autodeterminazione, di espressione della personalità umana: esso non è valutabile in termini patrimoniali, sicché gli effetti del suo svolgersi non sono qualificabili in termini di arricchimento/depauperamento delle ricchezze delle due parti di un rapporto (il soggetto che cede e quello che riceve i dati), e non sono in grado di determinare, quindi, la nascita di pretese di ordine patrimoniale da parte di chi cede i dati nei confronti di chi le riceve. In altri termini, il consenso cui non si dovesse riconoscere natura negoziale, non sta alla base di un fenomeno di negoziabilità dei dati, ma rappresenta, unicamente, un'autorizzazione della persona all'adozione di comportamenti in grado di coinvolgere la propria sfera personale». Così V. RICCIUTO, *Nuove prospettive del diritto privato dell'economia*, in E. PICOZZA e V. RICCIUTO (a cura di), *Diritto dell'economia*, Torino, 2013, 319, il quale, però, sottolinea che «la natura negoziale del consenso al trattamento dei dati personali, non è da escludere; al contrario, più di una voce si è espressa a favore del riconoscimento di una tale natura».

⁷² F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2017, pp. 245-249.

mazione personale; dall'altra, garantisce all'interessato una circolazione dei dati personali conforme alla sua volontà. La sua natura giuridica sarebbe autorizzativa del compimento di un atto di per sé illegittimo⁷³. Pertanto, attraverso la manifestazione del consenso, lo stesso interessato regolamenterebbe il momento circolatorio e dunque, il rapporto con il titolare non assumerebbe natura negoziale, ma sarebbe conseguenza diretta ed inevitabile del potere di autodeterminazione. Il consenso implicherebbe la perdita dell'antigiuridicità in riferimento alla condotta del titolare del trattamento, impedendo l'insorgere di una responsabilità penale⁷⁴.

Una rielaborazione di tale teoria è avvenuta ad opera di chi ravvisa nel consenso un atto autorizzativo⁷⁵, ossia un atto a struttura unilaterale

⁷³ A. FICI, E. PELLECCIA, *Il consenso al trattamento*, in R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, I, Milano, 2003, 502 ss.

⁷⁴ In altre parole, il trattamento dei dati personali sarebbe un'attività di per sé illecita e vietata, ma diverrebbe lecita, pur essendo circoscritta nel quantum e nel quomodo, tramite la manifestazione del consenso, che diverrebbe una vera e propria causa di giustificazione; inoltre, nel rispetto del carattere dell'imprescrittibilità, il consenso dell'avente diritto non comporterebbe una rinuncia definitiva né un'estinzione del diritto, ma la sua efficacia risulterebbe più circoscritta, riguardando esclusivamente la legittimazione alla lesione: non vi sarebbe un mutamento del diritto, bensì solo una sua parziale disponibilità. In ogni caso, il consenso dell'avente diritto influisce sul diritto soggettivo, poiché la tutela giuridica rispetto a determinati atti lesivi viene meno. Così A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milano, 1982, 94. L'A. evidenzia che, per quanto concerne l'applicabilità del consenso ai diritti della personalità, stante il loro carattere intrinseco di indisponibilità, «i diritti della personalità possono essere muniti di quel particolare e più modesto aspetto della facoltà di disposizione che è costituito dalla facoltà di consentire la lesione: quando si dice che essi sono indisponibili, sprovvisti della facoltà di disposizione, l'espressione deve essere intesa con questo temperamento».

⁷⁵ D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, pp. 350-351: «Il consenso al trattamento e alla circolazione dei dati personali, in altri termini, deve essere analizzato da diversi punti di vista, poiché le sue manifestazioni subiscono diverse trasformazioni. L'idea fondamentale e connettiva del quadro normativo che emerge dalla disciplina specifica è quella che il consenso dell'interessato, nella sua caratterizzazione di permesso autorizzativo, costituisce lo strumento che ha l'efficacia di rendere i dati intimi della persona non più assoggettati alla logica della repressione di qualunque circuito conoscitivo poste

non negoziale la cui funzione sarebbe quella di consentire la realizzazione della propria sfera personale. Secondo tale opinione, il consenso assumerebbe i connotati dell'autorizzazione, divenendo condizione di accesso alla sfera personale e rappresentando un effetto connaturato allo stesso esercizio del potere autodeterminativo. Esso sarebbe caratterizzato dalla sussistenza di un profilo precettivo, fonte di regolamentazione per quel che attiene l'aspetto circolatorio dei dati. In altri termini, il consenso non avrebbe la mera funzione di rendere lecito il trattamento, ma garantirebbe la partecipazione dell'interessato alla circolazione dei propri dati personali⁷⁶. Il consenso così considerato non darebbe

in essere. In questo senso, rappresenta l'elemento di connessione mediante il quale si attua una modificazione nelle forme particolari del potere».

⁷⁶ Questa teoria si basa sull'assunto per cui il consenso, avendo ad oggetto un diritto della personalità, può essere letto solamente in chiave autorizzativa-procedimentale e, dunque, in modo diverso rispetto ai casi in cui la circolazione abbia ad oggetto beni mercantili. Tale dottrina, quindi, attribuisce al consenso la natura di atto e trae la sua ratio nella circostanza per cui è pur sempre la legge a dettare una specifica disciplina in materia di circolazione dei dati personali, indicando esplicitamente le ipotesi in cui l'attività possa essere considerata legittima. Ciò che in realtà costituisce oggetto di circolazione e di negoziazione non è il dato personale di per sé, bensì la notizia in esso contenuta: il titolare di un diritto della personalità non può mai spogliarsi dello stesso trasferendolo ad un altro individuo. Pertanto, a prescindere dalla fase della circolazione in cui esso opera e che abbia, dunque, natura permissiva ovvero si tratti della fase patologica del rapporto, il consenso non potrebbe mai assumere natura contrattuale, configurandosi come atto necessariamente unilaterale e non creandosi un rapporto di natura bilaterale e neppure un concorso di volontà; la dichiarazione di volontà effettuata dal titolare del dato personale assumerebbe, pertanto, natura prettamente ricognitiva e, quindi, il regime della negoziazione non sarebbe caratterizzato da diverse manifestazioni di volontà, bensì da un rapporto regolamentare di creazione unilaterale. Così P. MANES, *Il consenso al trattamento dei dati personali*, Padova, 2001, 54. A fortiori, la dottrina in questione si basa sui frequenti richiami effettuati anche dallo stesso Garante per la protezione dei dati personali alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, che impedirebbero di guardare al rapporto fra titolare ed interessato in un'ottica meramente negoziale. Il consenso, dunque, non potrebbe avere alcuna valenza traslativa o dispositiva, poiché i dati personali, afferendo alla persona, sfuggirebbero del tutto a una logica costitutiva o proprietaria e la manifestazione del consenso da parte dell'interessato si presenterebbe come un atto a struttura unilaterale e non negoziale.

vita ad un rapporto di natura negoziale e, pertanto, nel caso di trattamento illecito di dati personali, la responsabilità che sorgerebbe in capo al titolare sarebbe di tipo extracontrattuale ai sensi dell'art. 2043 c.c., in ragione della violazione del principio del *neminem laedere*.

Invero, in merito al danno da trattamento, il legislatore del 2003 si era limitato a richiamare all'art. 15 del Codice della privacy le regole civilistiche in materia di attività pericolose ex art. 2050 c.c., sebbene la dottrina risultasse discordante⁷⁷.

Con la novellazione del Codice della privacy, il citato art. 15 citato è stato abrogato e, dunque, è necessario prendere in considerazione l'art.

Come notato anche da D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, cit., 353, «si afferma, in tal modo, il principio che ogni relazione conoscitiva dell'identità personale del soggetto, perché sia lecita, debba essere sottoposta ad un atto autorizzativo il soggetto interessato. Si deve osservare, a questo proposito, come il concetto di effetto autorizzativo esprima linguisticamente un effetto costitutivo di legittimazione di una azione nella sfera soggettiva altrui».

⁷⁷ Una prima tesi, più tradizionale, ritiene che l'equiparazione con le attività pericolose tragga la sua ratio dalla circostanza per cui il trattamento dei dati personali mette sempre a rischio la sfera individuale, in quanto l'interessato può essere danneggiato sotto diversi punti di vista; il richiamo a tale forma di responsabilità deriverebbe, dunque, dal fatto che l'attività di trattamento dei dati personali risulta, di per sé, idonea a mettere in pericolo i diritti fondamentali dell'individuo come la riservatezza e l'identità personale, in ragione della vastità di fonti potenzialmente lesive. Così E. TOSI, *Diritto privato dell'informatica e Internet. I beni, i contratti, le responsabilità*, Milano, 2006, 461 ss.; G. P. CIRILLO, *La tutela civilistica del trattamento dei dati personali*, in A. LOIODICE, G. SANTANIELLO (a cura di), *La tutela della riservatezza*, Padova, 2000, 2734.

Più di recente, invece, gli studiosi si sono soffermati sul regime probatorio caratterizzante l'art. 2050 c.c., consistente nella prova liberatoria di aver adottato tutte le misure necessarie ad evitare il danno; pertanto, per escludere la responsabilità di cui all'art. 15, è necessario allegare il fatto specifico di rilievo che fa degradare l'evento verificatosi a una mera occasione e non a causa dell'evento, dimostrando la sua inevitabilità in quanto estraneo alla sfera di controllo del titolare del trattamento. Alla luce di ciò, per poter correttamente configurare un'ipotesi di responsabilità ex art. 15, è necessario allegare e dimostrare il pregiudizio subito a seguito del trattamento illecito, mentre il titolare, per sottrarsi all'obbligo risarcitorio, dovrà dimostrare di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno. Cfr. A. PINORI, *Internet e responsabilità per il trattamento dei dati personali*, in *Contr. e impr.*, 2007, 1568.

82 del Regolamento, il quale, a differenza della previgente disciplina nazionale, non contiene alcun espresso riferimento alle attività pericolose, ma prevede esclusivamente che il titolare risponderà qualora il trattamento sia stato realizzato nella sua sfera decisionale⁷⁸.

Permane, invece, un meccanismo di inversione dell'onere della prova, in quanto ai sensi del paragrafo 3 della citata norma, il danneggiante non sarà gravato dall'obbligo risarcitorio qualora dimostri che l'evento dannoso non sia a lui in alcun modo imputabile, prefigurandosi una sorta di responsabilità oggettiva sui generis⁷⁹.

⁷⁸ L'obiettivo di assicurare un adeguato livello di tutela dell'interessato non può, però, essere perseguito solamente attraverso la previsione di norme che disciplinino il comportamento diligente da parte del titolare del trattamento e, pertanto, è stato creato un impianto regolamentare che, almeno teoricamente, prevede e, al contempo, previene i rischi derivanti dagli illeciti. Così P. TROIANO, *Misure minime di sicurezza*, in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *La protezione dei dati personali. Commentario al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice della privacy)*, I, Torino, 2007, 685. Sul tema si è pronunciata anche Cass., 26 giugno 2012, n. 10646, in *Danno resp.*, 2013, 399, la quale ha stabilito che «in tema di trattamento dei dati personali, l'onere della prova per la mancata custodia degli stessi incombe al danneggiante, come disposto dall'art. 2050 c.c., richiamato dall'art. 15 d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196, salvo che le notizie siano note già prima della loro diffusione da parte di questo, poiché, in tal caso, il danneggiato non è esentato dall'onere di dimostrare o, quanto meno, di indicare elementi presuntivi idonei a motivare la convinzione che la divulgazione sia riconducibile a chi possiede tali dati e non a chi abbia in precedenza pubblicato le medesime informazioni. Né può configurarsi un diritto al risarcimento quando il custode abbia divulgato i dati a salvaguardia della correttezza del proprio comportamento, perché i principi in tema di riservatezza vanno coordinati, oltre che con quelli che attengono all'interesse pubblico e al diritto della collettività all'informazione, con le esigenze di salvaguardia di interessi, pubblici e privati, all'onorabilità delle proprie frequentazioni nonché alla correttezza ed al rigore dei propri comportamenti []. Allorché le notizie che si assumono illecitamente diffuse risultino già pubblicamente note, il danneggiato non può ritenersi esentato da ogni onere di dimostrare, o quanto meno di indicare elementi presuntivi idonei a motivare la convinzione che la divulgazione di tali notizie sia riconducibile al convenuto-danneggiante, e non alle altre fonti che abbiano in precedenza pubblicato le medesime informazioni».

⁷⁹ G. MIRABILE, *Le tendenze evolutive della giurisprudenza riguardo alla nozione di attività pericolosa*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 454 ss.

Ciò posto, le teorie che ravvisano nell'istituto del consenso un atto non negoziale presentano diverse criticità. Anzitutto, non valorizzano l'utilità patrimoniale del diritto sul dato personale, che, invece, costituisce uno degli aspetti di maggiore rilevanza, oltre a venire completamente tralasciata la valenza di bene economico. La seconda ragione risulta strettamente correlata alla prima, giacché viene del tutto trascurato il fatto che il trattamento dei dati personali può divenire causa fondante il rapporto tra titolare ed interessato. Infine, il presupposto dell'esercizio di un pieno controllo da parte dell'interessato è opinabile. Sebbene, difatti, il consenso assolve ad una funzione di monitoraggio, una volta che l'informazione personale è stata immessa nella rete, sarebbe pressoché impossibile controllarla o cancellarla definitivamente. Quindi, nonostante il legame fra interessato e dato personale non si estingua definitivamente a seguito della cessione per il trattamento, non si ritiene possa parlarsi di un pieno potere di controllo, in quanto la circolazione dei dati personali deve essere qualificata non con riferimento alla singola operazione economica, ma in un'ottica dinamica e negoziale.

L'articolo 10 del Regolamento contiene la disciplina riguardante il trattamento dei dati personali relativi a condanne penali e reati. Si tratta di una prescrizione piuttosto semplice, che incarica legittimamente del trattamento di tali dati solo e soltanto l'autorità pubblica secondo il diritto dell'Unione o degli Stati membri, prevedendo che solo quest'ultima possa tenere un registro completo delle condanne penali, in modo da bilanciare il diritto alla riservatezza con il grado necessario di tutela dell'ordine pubblico.

Di fronte a questa disposizione, che può sembrare piuttosto scarna, va ricordato che le norme specifiche riguardanti i dati giudiziari e il loro trattamento da parte delle forze dell'ordine e degli altri titolari legittimi sono contenute nella Direttiva 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio d'Europa relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione

di tali dati. Restano naturalmente valide le disposizioni riguardanti la liceità, la correttezza e la proporzionalità del trattamento così come indicate dal Regolamento. A questi principi si aggiungono poi numerose specificità introdotte dal decreto, ad esempio differenze nel trattamento a seconda della posizione giuridica dell'interessato (parte civile, testimone, persona informata sui fatti,) oppure la distinzione tra dati fattuali e valutazioni.

Dal combinato disposto delle discipline menzionate pare deducibile un principio generale, in base al quale è sancita la tutela dei dati personali nel giusto processo (sia penale che civile). Infatti, va ricordato come, seppure l'ambito penale sia quello che maggiormente afferrisce a beni giuridici di rango costituzionale, tuttavia, non si può ignorare la personalizzazione del processo civile, quale strumento per la valorizzazione di interessi meritevoli di tutela⁸⁰.

3. *La responsabilità per illecito trattamento dei dati: spunti di riflessione*

Nel momento in cui si cerca di determinare l'entità e la tipologia del danno derivante dal trattamento illecito, occorre partire dall'assunto per cui l'interessato può trarre ed al contempo attribuire un'utilità di natura economica nel consentire il trattamento dei propri dati personali. Posto che il rapporto intercorrente fra titolare del trattamento ed interessato abbia natura obbligatoria, è necessario esaminare l'ipotesi di mancato o inesatto adempimento dell'obbligazione assunta, consistente nella violazione dei limiti prefissati attraverso la manifestazione del consenso.

Quando il dato personale viene trattato al di fuori di tali limiti, ciò non comporta solamente una lesione della privacy, ma, altresì, un nocumento di natura patrimoniale. Può parlarsi anche di un danno da mancato sfruttamento economico delle proprie vicende, la cui fonte risiede nel pregiudizio subito dall'interessato a causa della pubblicazio-

⁸⁰ P. PERLINGIERI, *Il giusto rimedio nel diritto civile*, in *Il giusto processo civile*, 2011, 3.

ne non autorizzata di dati personali, con conseguente impossibilità di sfruttare le proprie vicende per fini di guadagno. Il risarcimento è previsto nell'ipotesi in cui la pubblicazione di tali vicende personali sia avvenuta senza il consenso dell'interessato, non solo come lesione della sfera intima e personale, ma anche come lucro cessante, consistente nell'impossibilità di dar vita ad un rapporto conveniente. La possibilità di ottenere siffatto risarcimento trova riscontro nella circostanza per cui un attributo della personalità, sebbene conservi in modo inalterato le proprie caratteristiche e prerogative⁸¹, può dar vita ad un vantaggio patrimoniale.

Il criterio adoperato è quello legale di quantificazione, che fa ritenere risarcibile tutto ciò che è direttamente riconducibile al calcolo differenziale tra situazione iniziale e finale del patrimonio del danneggiato⁸². Per tale ragione, stante l'esigenza di assicurare alla vittima l'utilità che avrebbe potuto ottenere dal diritto leso⁸³, si è parlato di prezzo del con-

⁸¹ Lungimirante G. SANTINI, *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Padova, 1959, pp. 165-166: «Questo rilievo ne introduce subito un altro: fra il c.d. bene della personalità ed il bene patrimoniale, entrambi immateriali, esiste un solco che non può essere colmato: il bene della personalità può anche assumere valore economico, nel senso che una sua lesione provoca danni patrimoniali; lo pseudonimo, per esempio, ben poco si differenzia, sul piano economico, dalla ditta. Per contro, il bene patrimoniale immateriale può anche perdere ogni valore economico ed averne, se possibile, uno negativo, come accade per una ditta appena formata o appartenente ad un imprenditore da tempo disestato. La differenza fra le due categorie non si apprezza dunque sul piano economico e (im)materiale, sotto il quale profilo sono, anzi, affini; si apprezza, invece, esclusivamente sotto il profilo giuridico. Invero, i beni della personalità sono tali perché sono l'oggetto dei diritti personalissimi indisponibili; i beni immateriali sono tali perché oggetto di un diritto esclusivo e disponibile, sulla natura del quale, come ho detto, rinvio all'insegnamento tradizionale, senza prendere posizione».

⁸² C. CASTRONOVO, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 654, il quale afferma che la teoria della differenza definisce il danno risarcibile come la differenza negativa che il patrimonio della vittima subisce rispetto allo stato in cui esso si trovava prima della commissione del fatto illecito.

⁸³ In riferimento al danno all'immagine, quale connotato della personalità, Cass., 16 maggio 2008, n. 12433, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 744, ha stabilito che «il danno

senso, rappresentato dall'utilità che l'interessato avrebbe potuto ottenere cedendo lui stesso le proprie informazioni personali⁸⁴.

Il problema più rilevante in materia di risarcimento del danno concerne la necessità di operare un bilanciamento fra due distinte, ma parimenti rilevanti esigenze. In primis la necessità di dettare una disciplina che individui i limiti dell'esercizio del diritto al risarcimento, al fine di evitare un dilatarsi eccessivo del campo di applicazione della norma che impedisca la necessaria circolazione del dato personale. Inoltre, l'istanza ineludibile di prevedere un adeguato sistema di protezione dell'individuo sembra assicurare la tutela dei diritti costituzionalmente garantiti, ma, proprio in virtù del danno subito, il risarcimento del danno appare tutt'altro che semplice.

Invero, quando i dati personali vengono trattati in modo illecito, generando un nocumento a carico dell'interessato, egli, ha diritto di far valere a titolo di danno patrimoniale la perdita dei vantaggi economici che avrebbe potuto conseguire, anche in ragione del fatto che il titolare ha ingiustamente ottenuto dei benefici economici dalla circolazione delle informazioni personali. Quindi, il risarcimento dovrebbe consistere nel trasferimento dei vantaggi dal titolare all'interessato. Nel momento in cui il dato personale dell'interessato viene ceduto senza consenso, risultandone diminuito il valore patrimoniale e impedendo un suo diretto sfruttamento, vi è una lesione. Tuttavia, è estremamente difficile dimostrare l'entità del pregiudizio economico subito e stabilire quale sia il corretto ristoro da attribuire.

Come noto, la prima tipologia di risarcimento cui il danneggiato

patrimoniale va ravvisato, quanto meno, nella violazione del diritto della parte lesa allo sfruttamento economico dell'immagine stessa e va quantificato nel c.d. prezzo del consenso, cioè nella somma che il ritrattato avrebbe potuto ottenere quale corrispettivo della volontaria concessione a terzi del diritto di pubblicare la propria fotografia».

⁸⁴ La nozione di danno patrimoniale ricomprende, infatti, anche la perdita di utilità economiche future. Pertanto, nel caso in cui il titolare utilizzi in modo illecito i dati personali dell'interessato facendoli circolare, quest'ultimo risulterà parte lesa e avrà diritto ad ottenere il risarcimento del danno come mancato guadagno. Così, P. VERCELLONE, *Diritti della personalità e «rights of publicity»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 1163 ss.

può beneficiare è quello in forma specifica⁸⁵, anche se pare estremamente arduo procedere ad una stima del danno. Conseguentemente, si potrebbe ritenere applicabile l'art. 1226 c.c. (liquidazione equitativa). Tuttavia, pur ravvisando il nocumento patrimoniale nella violazione del diritto della parte lesa allo sfruttamento economico del dato (quantificandolo nel prezzo del consenso) e pervenendo alla riallocazione dei vantaggi economici dal titolare del trattamento all'interessato⁸⁶, un siffatto ristoro pare difficilmente ipotizzabile, in quanto inquadrabile in una fattispecie di danno bagatellare.

In alternativa, potrebbero ritenersi applicabili i rimedi di natura restitutoria (come il regime dell'arricchimento senza causa)⁸⁷. In tal modo, invero, non solo si garantirebbe una diversa tutela dell'interessato, ma si potrebbe sopperire, seppur solo parzialmente, a quelle mancanze che caratterizzano la disciplina del trattamento illecito di dati personali. Tuttavia, si tratta di rimedi individuali e successivi, fortemente distopici rispetto al principio dell'accountability. Quest'ultimo, definito il principio dei principi⁸⁸, prevede un nuovo approccio al rischio, grazie al quale la tutela dell'interessato risulta rafforzata. Esso riguarda le misure che debbono essere adottate dal titolare al fine di proteggere i dati personali dell'interessato, evitando o quantomeno riducendo i rischi di accesso e divulgazione di dati non autorizzati e di perdita e distruzione degli stessi⁸⁹.

⁸⁵ F. GRITTI, *La responsabilità civile*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *Il codice del trattamento dei dati personali*, Torino, 2007, 145.

⁸⁶ M. CHIAROLLA, *Alla scoperta dell'America, ovvero: dal diritto al nome e all'immagine al right to publicity*, in *Foro it.*, 1992, 831; A. BARENGHI, *Diritto all'immagine e danno patrimoniale*, in *Giur. it.*, 1991, 975; A. DASSI, *Sulla lesione dell'immagine di persona nota*, in *Resp. civ. prev.*, 1991, 741.

⁸⁷ P. SIRENA, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 65 ss.; ID., *Note critiche sulla sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 105 ss.

⁸⁸ R. CELELLA, *Il principio di responsabilizzazione: la vera novità del GDPR*, in *Ciber. dir.*, 2018, 211.

⁸⁹ G. FINOCCHIARO, *Il quadro d'insieme sul Regolamento europeo*, in G. FINOCCHIARO (a

Il nuovo quadro normativo è improntato sui doveri e sulla responsabilizzazione del titolare del trattamento, il quale deve dimostrare di aver impiegato tutte le privacy policies e le misure necessarie in modo conforme al GDPR⁹⁰. Egli dovrà, dunque, valutare quali siano le misure tecniche ed organizzative da adottare in base alla natura dei dati personali, all'oggetto ed alle finalità del trattamento.

Tali misure, poi, devono essere adeguate, essendo necessario tener conto del contesto e delle specifiche circostanze in cui il trattamento viene effettuato, mediante una considerazione *ex ante*. Ma siccome l'art. 24 Regolamento non elenca espressamente quali siano suddette misure, la valutazione dovrà essere effettuata case by case, rimettendo al titolare la scelta⁹¹.

Si tratta di un netto capovolgimento di prospettiva, in quanto una delle problematiche principali del Codice della privacy derivava dalla previsione di strumenti di tutela esclusivamente successivi.

Può dirsi, dunque, che si è passati da una concezione puramente formale di adempimento degli obblighi relativi alla privacy ad un approccio sostanziale di tutela, in cui vengono combinati due aspetti: l'adozione di misure efficaci da parte del titolare del trattamento e la capacità di dimostrarne la conformità delle stesse al Regolamento.

L'art. 30 stabilisce che il titolare (e il suo eventuale rappresen-

cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, cit., 13.

⁹⁰ Cfr. M. GAMBINI, *Responsabilità civile e controlli del trattamento algoritmico*, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA, I. PRISCO (a cura di), *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, cit., 321.

⁹¹ Si potrebbe, a questo punto, ritenere che l'assenza di un'elencazione specifica costituisca una lacuna rispetto alla certezza delle azioni che il titolare deve porre in essere al fine di rispettare il principio di accountability. In realtà, tale norma deve essere interpretata nel senso che il Regolamento abbia lasciato suddetto margine di manovra al titolare per garantire la «scalabilità» della protezione dei dati, cioè un adattamento delle misure al trattamento effettuato, affinché se ne possa garantire l'efficacia». Cfr. L. BOLOGNINI, E. PELINO, C. BISTOLFI, *Il Regolamento Privacy europeo*, Milano, 2016, 326.

tante) o il responsabile, ha l'obbligo di tenere un registro relativo alle attività di trattamento svolte sotto la propria responsabilità, finalizzato a dimostrare la conformità di tali trattamenti ai principi enunciati nel GDPR. Vi è, in sostanza, un vero e proprio obbligo di rendicontazione. L'accountability, pertanto, diviene un concetto dinamico e relazionale, che si rapporta alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnologico, alla natura dei dati personali oggetto del trattamento, nonché alle specifiche caratteristiche delle operazioni di trattamento.

Il titolare, di conseguenza, non solo assume un ruolo proattivo, ma è gravato da obblighi fortemente pregnanti. Il riferimento riguarda i codici di condotta e le certificazioni di cui al paragrafo 3 dell'art. 32 del Regolamento. Trattasi di due istituti volti a dimostrare il rispetto degli obblighi da parte del titolare e, dunque, del principio dell'accountability. Egli, invero, dopo aver effettuato una valutazione relativa ai rischi⁹², alla natura dei dati, al contesto, ai costi, ai danni potenziali e allo stato dell'arte, compie un'attività di costante monitoraggio per verificare l'adeguatezza e la proporzionalità delle suddette misure⁹³.

La ratio di tale sistema è di garantire soluzioni orientate verso la massima protezione dei dati personali⁹⁴ ed un'applicazione di suddetti principi potrà in molti casi rendere superflua la valutazione finale del

⁹² A. MANTELERO, *Responsabilità e rischio nel Reg. UE 2016/679*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 163-164: «proprio l'analisi dei rischi ed in conseguente processo di mitigazione di questi ultimi rappresentano la chiave di volta di un modello a venire, in cui la centralità dell'individuo e della sua tutela muovono da una dimensione endogena verso una dimensione esogena. Partendo infatti dall'assunto che gli individui non possono () essere completamente consapevoli delle potenziali conseguenze del trattamento dei dati in sistemi complessi, si deve approdare alla conclusione che tali conseguenze devono necessariamente e preventivamente valutate ad opera di terzi, in maniera per certi versi analoga a quanto accade per la sicurezza dei prodotti».

⁹³ L. GRECO, *Il I ruoli: titolare e responsabile*, in G. FINOCCHIARO (a cura di), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, cit., 255 s.

⁹⁴ A. PRINCIPATO, *Verso nuovi approcci della tutela della privacy: privacy by design e privacy by default setting*, in *Contr. impr. Europa*, 2015, 202 s.

rischio, in quanto i diversi cicli di progettazione avranno già integrato l'analisi e la prevenzione dello stesso, mediante una consona modellazione del prodotto o del servizio stesso.

Il Regolamento contiene alcune disposizioni relative alla data breach, che possono essere annoverate fra le previsioni in materia di risk management, sebbene riguardino prevalentemente la gestione ex post di un evento pregiudizievole. Tale procedura risulta collegata al principio dell'accountability in ragione del fatto che la notifica della violazione non deve essere effettuata qualora il titolare sia in grado di dimostrare la mancanza di rischio per i diritti e le libertà delle persone fisiche nel caso di violazione dei dati personali. Il legame tra il principio dell'accountability e l'esclusione della notifica va rinvenuto nella circostanza per cui vanno applicate le misure di sicurezza ex art. 32, che il titolare deve attuare per garantire la tutela dei dati personali⁹⁵.

In ragione di questa ottica di responsabilizzazione, è stata inserita la figura del c.d. Data Protection Officer (DPO), che, per molti aspetti, costituisce il fulcro del nuovo apparato, in quanto gli viene riconosciuto un ruolo chiave nel sistema di gestione dei dati⁹⁶. Questo dimostra come l'intento del legislatore sia quello di garantire non solo l'adozione di misure adeguate, ma altresì la presenza di un soggetto che sorvegli la loro efficacia in modo da poterla comprovare di fronte alle Autorità di controllo, garantendo il rispetto dei principi e delle norme del GDPR.

Il DPO, tuttavia, non deve essere considerato un mero controllo dell'operato del titolare del trattamento, in quanto egli costituisce parte integrante del sistema di gestione della privacy ed agisce di concerto con il titolare al fine di ottimizzare le operazioni di trattamento.

⁹⁵ Cfr. M. RENNA, *Sicurezza e gestione del rischio nel trattamento dei dati personali*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 1343 ss.

⁹⁶ S. COMELLINI, *Il responsabile della protezione dei dati: Data Protection Officer DPO aggiornato al d. lgs. del 10 agosto 2018, n. 101 in materia di privacy*, Santarcangelo di Romagna, 2018, 30; A. GRECO, *La nuova figura del Data Protection Officer*, in *MediaLaws*, 2021, 314.

Il DPO, dunque, si caratterizza per la sua indipendenza, giacché, al di fuori delle ipotesi in cui deve essere obbligatoriamente coinvolto, può essere consultato in tutti i casi in cui il titolare lo ritenga opportuno⁹⁷.

La scelta del legislatore di predisporre un impianto di tutela proattivo, caratterizzato da una serie di strumenti preventivi riguardanti la tutela dei dati personali oggetto di trattamento, non può che essere accolta positivamente, in quanto rappresenta un importante incentivo all'osservanza delle norme. Tuttavia, i rimedi descritti, anche alla luce del principio dell'*accountability*, non paiono sufficienti a tutelare concretamente l'interessato, in quanto si tratta di strumenti che quasi mai garantiscono il ripristino della situazione antecedente al verificarsi della lesione. Inoltre, non tengono conto dell'utilizzo collettivo dei dati personali, che può comportare conseguenze dannose in termini di discriminazione. Pertanto, in alternativa, si potrebbe applicare la disciplina di tutela collettiva prevista dal Codice del consumo (c.d. *group privacy*)⁹⁸. In tal senso, si potrebbe pervenire al risultato utile di costituire delle associazioni rappresentative degli interessati⁹⁹. Ad oggi, difatti, un siffatto istituto è previsto solamente con riferimento ai consumatori, giacché l'art. 142 c. 2 Codice della privacy, il Considerando 142 e l'art. 80 del Regolamento si riferiscono esclusivamente alla possibilità per l'interessato di rivolgersi ad un organismo terzo per la protezione dei

⁹⁷ A. D'AGOSTINO, *Il sistema di gestione della privacy*, in G. CASSANO, V. COLAROCCHIO, G.B. GALLUS (a cura di), *Il processo di adeguamento al GDPR. Aggiornato al D.lgs. 10 agosto 2018 n. 101*, cit., 39.

⁹⁸ Il concetto di *group privacy*, che ancora non trova una definizione univoca e pacifica, si propone di estendere ad un determinato gruppo, da intendersi non quale somma dei singoli membri ma come gruppo in sé, il diritto ad un'identità informazionale inviolata. Cfr. B. MITTELSTADT, *From Individual to Group Privacy in Big Data Analytics*, in *Philosophy & Technology*, 2017, 30, IV, 477 ss.; L. FLORIDI, *Group Privacy: a Defence and an Interpretation*, in L. TAYLOR, L. FLORIDI, B. VAN DER SLOOT (a cura di), *Group Privacy. New Challenges of Data Technologies*, Springer, 2017, 103 ss.

⁹⁹ F. RICCI, *I contratti del consumatore: le clausole vessatorie*, in L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Diritto dei consumi. Soggetti, atto, attività*, Torino, 2015, 77.

dati personali, affinché eserciti i diritti in sua vece. Qualora, invece, si prevedesse l'applicabilità del d.lgs. n. 205 del 2006 anche in materia di trattamento dei dati personali¹⁰⁰, l'ambito di garanzia potrebbe essere esteso notevolmente, assicurando una più intensa forma di tutela, posti i limiti di quella individuale.

Ai sensi dell'art. 37 del Codice del consumo, potrebbe ipotizzarsi l'intervento di un'associazione di categoria¹⁰¹ posta a salvaguardia degli interessati mediante il ricorso all'azione inibitoria. In tal modo, gli organismi associativi potrebbero convenire in giudizio il professionista (vale a dire il titolare del trattamento) richiedendo l'emanazione di un provvedimento che inibisca l'uso delle condizioni contrattuali considerate abusive.

Utilizzando tale strumento, si realizzerebbe una tutela sostanziale degli interessati che si inserirebbe in un ambito negoziale a latere delle azioni individuali.

L'obiettivo di una maggior tutela per l'interessato potrebbe, dunque, essere perseguito sia mediante una diretta applicazione delle norme contenute del Codice del consumo, ovvero attraverso la predisposizione di una normativa ad hoc, che, avendo come destinatari gli interessati, ricalchi quella consumeristica.

In tale contesto, occorre richiamare la sentenza del 25 gennaio 2018, causa C- 498/16¹⁰², mediante la quale la terza sezione della Corte di Giustizia ha definito l'utente di Facebook un consumatore. La Corte ha affermato che «un ricorrente utilizzatore di tali servizi possa invocare la qualità di consumatore soltanto se l'uso essenzialmente non professionale di tali servizi, per il quale ha originariamente concluso

¹⁰⁰ Cfr. M. D'AMBROSIO, *Diritto all'immagine e reputazione nell'era dei social network*, in C. PERLINGIERI, L. RUGGERI (a cura di), *Internet e diritto civile*, cit., 161 ss.; ID., *Diritto all'immagine e utilizzo (in)consapevole della rete internet*, in *Foro nap.*, 2016, 153 ss.

¹⁰¹ A. QUERCI, *Le novità introdotte nel Codice del consumo dal d.l. 1/2012 ed il ruolo delle associazioni dei consumatori nella tutela contro le clausole vessatorie*, in *Contr. impr.*, 2013, 446 ss.

¹⁰² In *Giur. it.*, 2020, 1320.

un contratto, non ha acquisito, in seguito, un carattere essenzialmente professionale. Un'interpretazione della nozione di consumatore che escludesse tali attività si risolverebbe, infatti, nell'impedire una tutela effettiva dei diritti di cui i consumatori dispongono nei confronti delle loro controparti professionali, compresi quelli relativi alla protezione dei loro dati personali []. Alla luce delle considerazioni che precedono, [] l'articolo 15 del regolamento n. 44/2001 deve essere interpretato nel senso che un utilizzatore di un account Facebook privato non perde la qualità di consumatore ai sensi di tale articolo allorché pubblica libri, tiene conferenze, gestisce siti Internet, raccoglie donazioni e si fa cedere i diritti da numerosi consumatori al fine di far valere in giudizio tali diritti»

Tale decisione, a cui si aggiunge anche la Direttiva 2019/770/UE (Digital Content and Service Directive), che, positivizzando la cessione del dato personale, definisce consumatore il cessionario di contenuti e servizi digitali¹⁰³, sembrano aprire la strada ad una possibile applicazione della disciplina consumeristica agli interessati al trattamento dei dati. La group privacy, infatti, sopperendo alle indubbie difficoltà che l'interessato può riscontrare nell'esercitare un'azione di tipo giudiziario, assicurerebbe una protezione concreta ed effettiva al soggetto pregiudicato dall'illecito trattamento.

¹⁰³ Cfr. G. MARINO, *Internet e tutela dei dati personali: il consenso ai cookie*, in *Jus civile*, 2021, 424 ss., secondo cui l'apporto fornito dalla DCSD è quello di aver avvicinato la disciplina della protezione dei dati personali allo statuto consumeristico, in modo da implementare il potenziale rimediale a disposizione del consumatore-interessato.

4. *I provvedimenti giurisdizionali tra pubblicità ed anonimato*

Esaminate le conseguenze derivanti dall'illecito trattamento dei dati ed approntate alcune soluzioni, è opportuno verificare come la disciplina in questione venga declinata in ambito giudiziario.

La diffusione di banche di dati giuridiche ha messo in evidenza questioni sulle quali è tuttora aperto un acceso confronto, con l'obiettivo di coniugare la conoscibilità dei principi di diritto e della giurisprudenza proprie delle aule di Tribunale al diritto alla riservatezza ed all'oblio¹⁰⁴. Conoscere una sentenza costituisce una precisa garanzia offerta dallo Stato, in quanto emessa nel nome del popolo e conclusiva di un processo la cui pubblicità¹⁰⁵ si è storicamente affermata in funzione di garanzia del cittadino, rispetto alla tradizionale segretezza del potere esercitato mediante l'istruttoria giudiziale¹⁰⁶.

In questo contesto, il legislatore ha disciplinato la materia dei dati personali, distinguendo il profilo del trattamento dei dati personali da parte degli organi di giustizia (art. 2-duodecies d.lgs. 196/2003, integrato dal d.lgs. 101/2018 di recepimento del GDPR) da quello

¹⁰⁴ P. PERLINGIERI, *La pubblica amministrazione e la tutela della privacy. Gestione e riservatezza dell'informazione nell'attività amministrativa*, in *Ann. fac. econ. Benevento*, 2003, 211 ss.; ID., *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005, 255 ss.; G. FINOCCHIARO, *La memoria della rete e il diritto all'oblio*, in *Dir. inf.*, 2010, 391 ss.; ID., *Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità*, in *Dir. inf.*, 2014, 591 ss.; M. COCUCCHIO, *Il diritto all'oblio fra tutela alla riservatezza e diritto all'informazione*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, 741; M. RIZZUTI, *Il diritto e l'oblio*, in *Corr. giur.*, 2016, 1077 ss.; Corte giust, 13 maggio 2014, n. 131/12, in *Foro it.*, 2014, IV, c. 295.

¹⁰⁵ A. FRASSINETTI, *Pubblicità dei giudizi e tutela della riservatezza*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 665 ss.; ID., *Codice della privacy e processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 465 ss.; R. G. ALOISIO, M. CICALA, *Il codice della privacy tutela l'anonimato delle parti nel processo?*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 503 ss.

¹⁰⁶ G. GRASSO, *Il trattamento dei dati di carattere personale e la riproduzione dei provvedimenti giudiziari*, in *Foro it.*, 2018, c. 349; G. RESTA, *Privacy e processo civile: il problema della litigation anonima*, in *Dir. inf.*, 2005, 696 ss. Sulle ragioni della scelta di rendere pubbliche le pronunce, cfr. S. SCAGLIARINI, *La pubblicazione delle sentenze della Cassazione: attentato alla privacy o scelta di trasparenza?*, in *Quad. cost.*, 2015, 184.

relativo alla divulgazione all'esterno, per finalità di informazione e di informatica giuridica, del contenuto dei provvedimenti giurisdizionali (di cui agli artt. 51 e 52 del d.lgs. 196 del 2003, integrate dal d.lgs. 101/2018).

Per quanto attiene al trattamento di dati personali per ragioni di giustizia (art. 2-duodecies), il Codice identifica tali trattamenti in quelli direttamente correlati alla trattazione giudiziaria di affari e di controversie, o che, in materia di trattamento giuridico ed economico del personale di magistratura, hanno una diretta incidenza sulla funzione giurisdizionale, nonché nelle attività ispettive su uffici giudiziari. Restano pertanto esclusi i trattamenti relativi all'ordinaria attività amministrativo-gestionale di personale e mezzi, rispetto ai quali trova applicazione la ordinaria disciplina dei trattamenti in ambito pubblico.

Per quel che attiene al regime di riservatezza degli atti trattati in ambito giudiziario, va rammentata la regola generale secondo cui non sussistono le garanzie della privacy per quei dati provenienti da pubblici registri, elenchi, atti o documenti conoscibili da chiunque, fermi restando i limiti e le modalità che le leggi, i regolamenti o la normativa comunitaria stabiliscono per la conoscibilità e pubblicità dei dati (artt. 24 c. 1 lettera c; 38 c. 6; 43 c. 1, lettera f). Peraltro, nella vigenza della precedente normativa, il Garante aveva affermato che il calendario dei processi, le udienze e le sentenze sono pubblici e conoscibili da chiunque vi abbia interesse, secondo le modalità regolate dal codice di rito e dalle altre norme processuali. Così aveva ritenuto lecita la diffusione della notizia della richiesta di rinvio a giudizio, anche quando l'imputato sia indicato nominativamente, in quanto la diffusione di tale tipo di notizia non risultava vietata da norme specifiche.

Maggiori restrizioni sono previste dal Codice nel caso del trattamento, fuori dall'ambito sopra descritto, dei dati giudiziari, definiti dall'art. 4 come i dati personali idonei a rivelare provvedimenti di cui all'articolo 3, comma 1, lettere da a) a o) e da r) a u), del d.P.R. 14 novembre 2002, n. 313, in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle san-

zioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti, o la qualità di imputato o di indagato ai sensi degli articoli 60 e 61 del codice di procedura penale.

Il Codice considera legittimo il trattamento di tali dati da parte di soggetti pubblici o privati solo se autorizzato da espressa disposizione di legge o da provvedimento del Garante che specifichino le finalità di rilevante interesse pubblico del trattamento, i tipi di dati trattati e di operazioni eseguibili (artt. 21 e 27)¹⁰⁷.

Nel caso di soggetti pubblici, è rafforzato il principio di proporzionalità nel trattamento di queste informazioni, ritenendosi legittimo il trattamento dei soli dati giudiziari indispensabili per svolgere attività istituzionali che non possono essere adempiute, caso per caso, mediante il trattamento di dati anonimi o di dati personali di natura diversa (art. 22).

Tra le autorizzazioni di ordine generale rilasciate dal Garante per il trattamento di dati giudiziari da parte di soggetti pubblici o privati vi è quella relativa alla documentazione giuridica, secondo cui è autorizzato il trattamento, ivi compresa la diffusione, di dati per finalità di documentazione, di studio e di ricerca in campo giuridico, in particolare per quanto riguarda la raccolta e la diffusione di dati relativi a pronunce giurisprudenziali, se pur con la prescrizione di tipo generale che possono essere trattati i soli dati essenziali per le finalità per le quali è ammesso il trattamento e che non possano essere adempiute, caso per caso, mediante il trattamento di dati anonimi o di dati personali di natura diversa. A differenza degli altri trattamenti, i dati da utilizzare per la documentazione giuridica, come rimarca l'autorizzazione suddetta, non devono essere forniti dagli interessati, nel rispetto della disciplina prevista dal D.P.R. 14 novembre 2002, n. 313. In ogni caso, l'autorizzazione richiama gli artt. 51 e 52 del Codice, che dettano una particolare disciplina per la diffusione dei dati giudiziari in via informatica.

Più precisamente, l'art. 51 del Codice in materia di protezione dei

¹⁰⁷ Cfr. Cass., 25 maggio 2017, n. 13151, in *Foro amm.*, 2017, 1515.

dati personali, disciplina la diffusione dei provvedimenti giudiziari, prevedendo la piena accessibilità degli stessi da parte di chi vi abbia interesse anche mediante reti di comunicazione elettronica (ad esempio, Italggiureweb), ivi compreso il sito istituzionale, precisando che le sentenze e le altre decisioni dell'autorità giudiziaria di ogni ordine e grado depositate in cancelleria o segreteria, sono rese accessibili anche attraverso il sistema informativo e il sito istituzionale, osservando opportune cautele. Queste ultime sono disciplinate dal successivo art. 52¹⁰⁸, che individua i limiti alla diffusione del contenuto, integrale o parziale, delle sentenze e degli altri provvedimenti giurisdizionali. Tali limiti si applicano sia alle ipotesi di divulgazione per finalità di informazione giuridica su riviste scientifiche o su supporti elettronici, sia ad ogni altra ipotesi di riproduzione di pronunce giudiziarie, come nel caso della diffusione di notizie su organi di stampa. L'art. 52 c. 1 d.lgs. 196/2003 autorizza l'interessato a chiedere l'annotazione volta a precludere, in caso di riproduzione della sentenza o provvedimento in qualsiasi forma, per finalità di informazione giuridica su riviste, supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica, l'indicazione delle generalità e di altri dati identificativi del medesimo interessato riportati sulla sentenza o provvedimento. In altri termini, la norma disciplina le modalità operative attraverso le quali avviene l'anonimizzazione¹⁰⁹ dei dati identificativi degli interessati nei provvedimenti giudiziari. In particolare, nel definire i casi nei quali è garantito il diritto all'anonimato delle parti in giudizio o dei soggetti interessati, distingue due ipotesi. In primo luogo, individua espressamente specifiche ipotesi nelle quali il bilanciamento tra gli opposti interessi (esigenze di riservatezza e pubblicità degli atti giudiziari) è compiuto a monte dal legislatore in considerazione della delicatezza di determinate categorie di dati (art. 52 c. 5 e art. 9 GDPR): l'oscuramento obbligatorio e d'ufficio riguarda le gene-

¹⁰⁸ R. DE NICTOLIS, V. POLI, *Il diritto all'anonimato nel processo (art. 52 d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196)*, in *Giust. civ.*, 2003, 495 ss.

¹⁰⁹ Corte giust., 14 marzo 2017, c-188/15, in *Foro it.*, 2015, c. 239; Corte giust., 22 dicembre 2010, c-497/10, in *Riv. dir. internaz. priv.*, 2011, 812 ss.

ralità e gli altri dati identificativi, ovvero altri dati anche relativi a terzi dai quali possa desumersi direttamente o indirettamente l'identità di minori o delle parti nei procedimenti in materia di rapporti di famiglia e di stato delle persone¹¹⁰. In secondo luogo, la medesima disposizione prevede il giudizio di bilanciamento a valle della verifica della sussistenza di motivi legittimi¹¹¹ a fondamento della richiesta di oscuramento dei

¹¹⁰ G. ELLI, R. ZALLONE, *Il nuovo Codice della privacy*, Torino, 2004, 73 ss.

¹¹¹ Cass., 15 febbraio 2017, n. 11959, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 757, secondo la quale la corretta interpretazione dell'espressione motivi legittimi deve essere intesa come sinonimo di motivi opportuni, la cui valutazione impone un equilibrato bilanciamento tra esigenze di riservatezza del singolo e di pubblicità della sentenza. A guidare il suddetto bilanciamento, peraltro, vengono in rilievo le linee guida del Garante della privacy, pubblicate il 2 dicembre 2010, le quali pongono una duplice tipologia dei motivi legittimi: l'una relativa alla particolare natura dei dati contenuti nel provvedimento; l'altra alla delicatezza della vicenda oggetto del giudizio. Invero, mentre per la nozione di particolare natura dei dati non sono sorti dubbi, risultando pacifico il riferimento ai dati sensibili (espressamente indicati dalla normativa speciale), per il concetto di delicatezza della vicenda è stata necessaria un'ulteriore specificazione da parte della Suprema Corte, laddove ha precisato che «l'estrema latitudine del sostantivo abbia necessità di essere riempita di contenuti concreti, sintomatici della peculiarità del caso e della capacità, insita nella diffusione dei relativi dati, di riverberare [] negative conseguenze su vari aspetti di vita sociale e di relazione dell'interessato [], così andando ad incidere pesantemente sul diritto alla riservatezza del singolo». Cfr. anche Cass., 10 agosto 2021, n. 22561, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 32, secondo cui l'art. 52 non specifica, peraltro, neppure esemplificativamente, quali sono i motivi legittimi: essa si traduce dunque in una clausola generale, in un concetto giuridico a contenuto indeterminato. Tale tecnica normativa difetta di una puntuale tipizzazione ma è sovente utilizzata dal legislatore. Per cui, in presenza della stessa, per la sussunzione del fatto concreto nell'ipotesi normativa è necessaria un'integrazione che il Legislatore stesso ha affidato al potere ricostruttivo dell'interprete con l'utilizzo di parametri che, in conformità ai principi fondamentali dell'ordinamento, vanno completati e specificati con gli elementi e i criteri fattuali della singola fattispecie. Tale ricostruzione è quindi volta a declinare il concetto giuridico indeterminato non in sé e per sé ma di volta in volta sullo specifico caso in esame, prendendo a riferimento i parametri oggettivi e soggettivi caratterizzanti la singola fattispecie concreta. E ciò al fine di valutare, in concreto, se è stato salvaguardato il fine considerato dalla norma.

dati identificativi delle parti¹¹², onde consentire al giudice il vaglio sulla meritevolezza delle ragioni per le quali la decisione dovrebbe derogare al principio di pubblicità degli atti.

Del resto, lo stesso art. 52 c. 7 d.lgs. 196/2003 prevede che al di fuori degli indicati casi, è ammessa la diffusione in ogni forma del contenuto anche integrale di sentenze e di altri provvedimenti giurisdizionali.

Qualora sia diffusa una pronuncia sottoposta in via obbligatoria all'oscuramento (giacché sussumibile nell'ambito applicativo dell'art. 9 del Regolamento (UE) 2016/679; dell'art. 10 del Regolamento 2016/679, letto in combinato con l'art. 2-octies, comma 3, lett. e del Codice della privacy; dell'art. 52, comma 5, del medesimo codice, dell'art. 734-bis del cod. pen.) o in relazione alla quale il giudice non abbia provveduto sulla richiesta di anonimizzazione, le parti o i terzi interessati possono attivare alcuni possibili rimedi a loro tutela, in disparte delle iniziative di public enforcement.

Fra essi, in primo luogo, potrebbe ricorrere la richiesta all'amministrazione, e segnatamente al responsabile del sito istituzionale, di interrompere la divulgazione di dati sensibili attraverso la pubblicazione in rete, nonostante il divieto posto direttamente dalla legge alla diffusione dei dati in determinate ipotesi. Il che pone il dubbio se l'amministrazione sia titolare di poteri autonomi rispetto al provvedimento di anonimizzazione del giudice destinati a operare a prescindere dal dato processuale.

Il secondo rimedio di carattere giurisdizionale, si sostanzia in un'istanza rivolta al giudice e in quanto tale destinata ex post a sollecitare a disporre l'oscuramento supposto come obbligatorio o a ottenere una pronuncia sulla richiesta previamente depositata e

¹¹² A. MAIETTA, *I trattamenti in ambito giudiziario, da parte delle forze di polizia e per la difesa e la sicurezza dello Stato*, in F. CARDARELLI, S. SICA, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Il codice dei dati personali*, Milano, 2004, pp. 188-189; I. FAGANELLO, *Il diritto alla protezione dei dati personali*, Rimini, 2004, 394; P. PERRI, *Privacy, diritto e sicurezza informatica*, Milano, 2007, 195 ss.

non ancora delibata. In ogni caso, resta sempre percorribile dalla parte interessata la tutela risarcitoria azionabile innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria avverso il plesso burocratico, costituendo fatto illecito la diffusione, anche a meri scopi di informazione giuridica, di pronunce giurisdizionali in via integrale, comprensiva cioè di dati che, in via obbligatoria per legge o per annotazione del giudice, devono rimanere oscurati¹¹³.

¹¹³ Cass., 20 maggio 2016, n. 10510, in *Rass. dir. farm.*, 2016, 529: «richiamava il giudice a quo l'art. 52 D. Lgs. n. 196 che disciplina i modi di diffusione delle sentenze o dei provvedimenti giurisdizionali, per finalità di informativa giuridica, precisando che l'interessato può esplicitamente chiedere, per motivi legittimi, con domanda depositata nella cancelleria, prima che sia definito il grado di giudizio, che, in caso di riproduzione del provvedimento in qualsiasi forma, per finalità di informazione giuridica, sia esclusa l'indicazione delle generalità e di altri dati identificativi del soggetto interessato, riportati nel provvedimento stesso; più specificamente, nel settore civile, vanno omessi, anche in mancanza di richiesta, le generalità, nonché altri dati identificativi, anche relativi a terzi, dai quali possa desumersi l'identità di minori oppure delle parti nei procedimenti in materia di rapporti di famiglia e di stato delle persone. Va peraltro osservato che l'art. 22 Codice Privacy afferma il principio generale per cui i dati sensibilissimi, e specificamente quelli idonei a rivelare lo stato di salute, non possono essere diffusi. Tale indicazione, che non pare ammettere eccezioni, supera il punto di equilibrio indicato dall'art. 52, con riferimento ai provvedimenti giurisdizionali, tra gli interessi della persona alla privacy, di sicura rilevanza costituzionale, e quelli, altrettanto rilevanti, all'integrale pubblicazione dei provvedimenti giurisdizionali, a scopo di informativa giuridica.

Del resto, ad colorandum, anche se successiva alla fattispecie dedotta, può ricordarsi l'Autorizzazione n. 7/2008 al trattamento dei dati a carattere giudiziario, anche da parte di soggetti pubblici, del Garante della privacy, ove si evidenzia la necessità di favorire l'attività di documentazione, studio e ricerca in campo giuridico ma pure, quella di ridurre al minimo i rischi che i trattamenti potrebbero comportare per i diritti e le libertà fondamentali nonché per la dignità della persona; ne consegue che devono essere trattati i soli dati essenziali ai fini della informativa giuridica, e che il trattamento va effettuato unicamente con operazioni, con logiche e mediante forme di organizzazione di dati strettamente indispensabili, in rapporto ai predetti obblighi informativi. Ancor più recentemente la Deliberazione del Garante della Privacy del 2 dicembre 2010 circa le "Linee guida sul trattamento dei dati personali nella riproduzione di provvedimenti giurisdizionali, per finalità di informazione giuridica" precisa che, relativamente ai dati idonei a rivelare lo stato di salute, esiste uno specifico divieto di diffusione anche per i

5. Conclusioni

Ad oggi, i software in uso presso gli uffici giudiziari, seppure si siano maggiormente evoluti, non sono ancora in grado di prendere autonomamente decisioni che siano coscienti e morali, in quanto non godono della qualità etica della consapevolezza¹¹⁴. Sul tema è intervenuta, il 4 dicembre 2018, la Commissione Europea per l'efficacia della giustizia (CEPEJ) del Consiglio d'Europa che ha emanato la Carta etica europea per l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi di giustizia e nei relativi ambienti. Per la prima volta a livello europeo si è preso atto della crescente importanza dell'intelligenza artificiale e dei benefici attesi quando sarà pienamente utilizzata al servizio della efficienza e qualità della giustizia, individuando alcune linee guida fondamentali.

In particolare, la Carta etica, nel tentativo di bilanciare l'interesse di un progresso dell'efficienza del sistema giudiziario e la tutela dei diritti fondamentali, enuncia i seguenti principi: 1) rispetto diritti fondamentali; 2) non discriminazione; 3) qualità e sicurezza; 4) trasparenza; 5) garanzia dell'intervento umano. Questo principio è particolarmente rilevante in ambito giudiziario, ove il giudice deve mantenere il potere di verificare l'output intelligente rispetto al caso specifico, per garantire

soggetti pubblici, e chiarisce che la salvaguardia dei diritti degli interessati attraverso un oscuramento delle loro generalità, non pregiudica la finalità di informazione giuridica, ma può risultare necessaria nella prospettiva di un bilanciamento dei diversi interessi per tutelare la sfera di riservatezza dei soggetti coinvolti. Appare pertanto illecita la diffusione delle generalità del ricorrente, con riferimento ad un provvedimento giurisdizionale, ove si indicava il suo stato di salute e le sue invalidità. Il ricorrente chiede la condanna del titolare del trattamento dei dati al risarcimento del danno, ma non è in grado di indicare specificamente chi egli sia (si limita ad affermare che non sarebbe il giudice) né di individuare la consistenza del danno occorso che, come afferma la giurisprudenza consolidata di questa Corte (tra le altre, Cass. n. 222 del 2016), anche in materia di diritti fondamentali, non può configurarsi in re ipsa: il richiedente deve fornire prova di tutti i presupposti di cui all'art. 2043 c.c., non solo il comportamento illegittimo, ma pure il danno occorso e il nesso di causalità tra comportamento ed evento dannoso».

¹¹⁴ J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, Torino, 2019, 21.

l'effettiva applicazione del diritto al caso specifico. Ogni utente deve essere informato sulla natura della soluzione proposta tramite intelligenza artificiale, le possibili opzioni ed il diritto al contraddittorio.

La Carta etica è indirizzata sia alle start up che progettano piattaforme di nuovi servizi, sia agli sviluppatori di tools, sia alle autorità a cui spetta la decisione di regolare questo campo, nonché ai professionisti del settore giuridico (magistrati, avvocati, notai).

L'idea di fondo è che l'intelligenza artificiale utilizzata come strumento di ausilio del giudice, possa in determinate circostanze favorire la prevedibilità nell'applicazione della legge e l'uniformità degli orientamenti giurisprudenziali¹¹⁵.

Sotto questo profilo, ad esempio, si può pensare a forme di certificazione volte ad attestare la conformità di un sistema di intelligenza artificiale rispetto a determinati requisiti, volti a garantire il rispetto dei diritti fondamentali, anche nel settore giustizia¹¹⁶.

La circostanza che tali sistemi possano agire come una sorta di black box¹¹⁷ non esclude infatti la possibilità di assoggettarli a controlli di tipo controfattuale, volti ad attestare la loro attendibilità. Appare quindi possibile e auspicabile affidare ad apposite autorità pubbliche compiti di certificazione e controllo sul concreto funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale, per verificarne l'attendibilità e la legittimità dell'impiego nel settore giustizia¹¹⁸, tenendo in considerazione che la condizione indispensabile è la disponibilità e la sicurezza dei dati personali.

Basti pensare che manca ancora oggi un archivio completo delle sentenze dei giudici di merito accessibile a tutti gli interessati e che sussistono problemi riguardanti la conservazione dei documenti digitali

¹¹⁵ A. CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento fra scienza, etica e diritto*, in A. NUZZO, G. OLIVIERI (a cura di), *Algoritmi*, Roma, 2019, 47 ss.

¹¹⁶ J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, cit., 64 ss.

¹¹⁷ E. PELLECCIA, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society: qualità dei dati e leggibilità dell'algoritmo nella cornice della responsible research and innovation*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 1224 ss.

¹¹⁸ F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Riv. ass. it. cost.*, 2020, 435.

giudiziari. La creazione di una raccolta dei provvedimenti in formato digitale dovrà garantire il rispetto dei principi sanciti dal GDPR, considerando che potrebbe rendersi necessario un intervento volto ad assicurare l'anonimizzazione, la pseudonimizzazione o la cifratura dei dati personali, al fine di tutelare il diritto alla riservatezza ed al controllo sui dati personali, evitando così il rischio di profilazione da parte degli organi giudicanti.

Abstract

Il diritto alla protezione dei dati personali sembra richiedere una attenzione particolare in particolare riferimento agli imprevedibili effetti dell'A.I. Se il GDPR appronta strumenti di difesa indispensabili per la navigazione in rete, d'altro canto il principio del consenso al trattamento pare doversi potenziare a vantaggio di ulteriori tutele. In particolare, nell'ambito del contenzioso giudiziario, significativa appare l'esigenza di riservatezza, da coniugare con le imprescindibili necessità di giustizia.

The right to the protection of personal data seems to require special attention, with particular reference to the unpredictable effects of A.I. If the GDPR provides indispensable defence tools for surfing the net, on the other hand, the principle of consent to processing seems to have to be strengthened for the benefit of further protections. In particular, in the context of legal disputes, the need for confidentiality, to be combined with the unavoidable need for justice, appears significant.

Camerino, aprile 2023

MARIA GIULIA ORTOLANI*

LA GIUSTIZIA PREDITTIVA
NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO
E NEI PRINCIPALI ORDINAMENTI DI COMMON LAW**

SOMMARIO: 1. L'avvento dell'intelligenza artificiale e dei sistemi di analisi predittivi. – 2. La giustizia predittiva quale strumento di rafforzamento del valore del precedente giurisprudenziale nei Paesi di *common law*. – 3. L'impatto della giustizia predittiva in Italia e prime forme di intervento – 4. La giustizia: una questione umana? – 5. Considerazioni conclusive.

1. *L'avvento dell'intelligenza artificiale e dei sistemi di analisi predittivi*

L'intelligenza artificiale (I.A.) può essere definita come l'esternazione dei procedimenti sviluppati dalla logica-matematica umana aventi la straordinaria capacità di rielaborare i dati in maniera massiccia, aggregandoli e disaggregandoli tra loro, ad una velocità elevatissima, difficilmente eguagliabile ad un essere umano, ottenendo risultati incredibili¹. Si tratta di un sistema di ragionamento deduttivo, ossia di meccanismi

* Assegnista di ricerca, Università di Camerino.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

¹ In argomento, cfr. U. SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità. La strategia della Commissione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1246 ss.; per un approccio ad ampio raggio nell'ambito dei principali campi di indagine, cfr. il contributo a più voci *Intelligenza artificiale e diritto*, E. GABRIELLI-U. RUFFOLO (a cura di), in *Giur. it.*, 2019, 1657 ss.; nel panorama sovranazionale, cfr. *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, S. LOHSSE - R. SCHULZE - D. STAUDENMAYER (a cura di), Munchen - Oxford, 2019.

che, a partire da un insieme di premesse, permettono di derivare – in modo corretto – delle conseguenze usando opportune regole per manipolare la conoscenza espressa mediante simboli².

Principale caratteristica dei sistemi di I.A. è quella di essere *self-learning*, ossia di essere in grado di evolversi nel tempo sulla base dell'esperienza acquisita, attraverso l'analisi di dati omogenei e la loro conseguente razionalizzazione e "clusterizzazione" (caratteristica, quest'ultima, in virtù della quale si prefigura addirittura, quale futura evoluzione dell'A.I., la sua capacità di "migliorarsi" ed anche "riprodursi" autonomamente, creando nuovi algoritmi sui quali basare i propri processi di *automated decision - making*)³. Si tratta, dunque, di "macchine" animate da algoritmi in grado di razionalizzare l'esperienza e di adattare conseguentemente la propria operatività anche in ambiti non preventivamente conosciuti, ma comunque "conoscibili" sulla base delle esperienze acquisite⁴.

La locuzione "intelligenza artificiale" potrebbe risultare essere un evidente ossimoro, nella misura in cui attribuisce all'"artificiale" qualcosa che è essenzialmente "naturale" (l'intelligenza) in quanto riferibile all'elemento che invece contraddistingue propriamente la natura umana: l'intelligenza.

Ci si domanda, al riguardo, se la macchina che sostituisce il lavoro umano, ad esempio programmata per l'elaborazione dei dati, per la raccolta dei documenti, per l'emissione di provvedimenti decisionali ecc., possa essere davvero intelligente, nel senso in cui questo termine

² U. RUFFOLO (a cura di), XXVI *Lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale*, saggi a margine del ciclo seminariale *Intelligenza Artificiale e diritto* (2020), Milano, 2021, 27.

³ U. RUFFOLO (a cura di), XXVI *Lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale*, cit., 408.

⁴ Secondo G. DI ROSA, *Quali regole per i sistemi automatizzati "intelligenti"?*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 824, la robotica si presenta (in termini di vera e propria disciplina) sotto vari profili: profilo scientifico, quale particolare settore della ricerca e della innovazione tecnologica; profilo economico, quale mercato in netta espansione; profilo sociale, quale contesto di significativo impatto per le implicazioni legate a un certo (e nuovo) modo di porsi delle dinamiche relazionali, rispetto cioè all'essere umano.

è prerogativa essenziale della mente dell'uomo⁵. Ci si interroga, nella specie, se la macchina che sostituisce l'uomo sia realmente in grado di condurre un processo giudiziario se si considera che la giustizia, quale questione umana, sia sottesa ai principi del metodo interpretativo della norma giuridica, della logica motivazionale del provvedimento, della valutazione dell'elemento psicologico del giudicante e del giudicato⁶.

Certo è che grazie all'avvento dell'intelligenza artificiale⁷ di sistemi di analisi predittivi – nell'ambito della giustizia – nonché del complesso fenomeno della digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni, i programmi informatici consentono l'accelerazione del processo decisionale pubblico, nonché la determinazione dell'automazione totale o parziale delle decisioni, sostituendosi in tutto o in parte al funzionamento umano⁸.

L'intelligenza artificiale inserita in una fase preistruttoria di un procedimento amministrativo, ad esempio, si caratterizza con la sua algoritmica con una funzione predittiva, poiché molto frequentemente indirizza l'attività di vigilanza di controllo esercitata d'ufficio dall'amministrazione. In tal caso, l'intelligenza artificiale consente l'elaborazione

⁵ P. MELLO, *Intelligenza artificiale*, in *Dizionario interdisciplinare di Scienza e Fede*, 1, (a cura di) G. TANZELLA-NITTI - A. STRUMIA, Roma, 2002, 767; G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, in *Contr. e impr.*, 2020, 724 sottolinea il carattere condizionante dell'utilizzo del termine "intelligenza" rilevando che «già utilizzare questo termine induce a sviluppare la narrazione in termini antropomorfici».

⁶ Per una attenta disamina dei problemi giuridici posti dai processi decisionali automatizzati, cfr. R. MESSINETTI, *La tutela della persona umana versus l'intelligenza artificiale. Potere decisionale dell'apparato tecnologico e diritto alla spiegazione della decisione automatizzata*, in *Contratto e impr.*, 2019, 861 ss.

⁷ Per una analisi approfondita sull'approccio giuridico alla robotica, cfr. G. DI ROSA, *Quali regole per i sistemi automatizzati "intelligenti"?*, cit., 823 ss.

⁸ Sulla distinzione tra "amministrazione digitale" e "amministrazione algoritmica" cfr. A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione digitale*, Torino, 2020, 4 ss.; R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2020, 305 ss.

di dati che sfuggono all'analisi umana per divenire un elemento di supporto alla decisione adottata da un funzionario⁹.

L'attività preistruttoria nell'ambito del procedimento amministrativo compiuta con l'apporto della intelligenza artificiale, seppur non si traduce immediatamente in una decisione puntuale, non può che comunque condizionare, in vario modo e con diversa intensità, l'apertura dell'istruttoria procedimentale e la genesi del provvedimento decisionale¹⁰.

L'attività amministrativa, in tale ottica, favorirebbe sicuramente una accelerazione dei tempi, nonché una qualità di livello superiore – in termini di efficacia, efficienza ed economicità – dei servizi pubblici erogati alla collettività¹¹. In termini di trasparenza, occorre precisare, l'art. 97

⁹ G. AVANZINI, *Intelligenza artificiale e nuovi modelli di vigilanza pubblica in rancia e Olanda*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 316. Cfr. anche G. SCIASCIA, *Reputazione e potere: il "social scoring" tra distopia e realtà*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 317 ss., fa notare che in molti Paesi europei si stanno affermando sistemi in grado di prevedere, sorvegliare ed identificare in maniera rapida ed efficace comportamenti illeciti o scorretti dei cittadini. In questi casi, l'analisi algoritmica si colloca in una fase preistruttoria, con una funzione predittiva che molto frequentemente indirizza l'attività di vigilanza e di controllo esercitata d'ufficio dall'amministrazione, consentendo l'elaborazione di dati che sfuggono all'analisi umana per divenire un elemento di supporto alla decisione adottata da un funzionario.

¹⁰ Sull'algoritmo di mobilità del personale della scuola che nel nostro ordinamento ha sollevato le prime questioni di trasparenza e conoscibilità degli algoritmi, cfr.: Cons. Stato, 8 aprile 2019, n. 2270, in *Foro it.*, 2019, III, c. 606 e Cons. Stato, 13 dicembre 2019, n. 8472, in *Foro it.* 2020, III, c. 340. In argomento: E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, 271 ss.; D.U. GALETTA, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2020, 501 ss.; S. SASSI, *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2019, 117 s., e M.G. CHIACCHIO, *L'utilizzo dell'algoritmo nelle procedure valutative della PA* (commento a Cons. Stato, 8 aprile 2019, n. 2270), in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2019, 137 ss.

¹¹ Per una indagine sul se e in che misura l'adozione di decisioni amministrative da parte di sistemi di I.A. risulti conformi ai principi e alle regole del vigente ordinamento amministrativo, in particolare, al principio di legalità, cfr. U. RUFFOLO (a cura di), *XXVI Lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale*, cit., 251 ss.

cost., impone che non vi siano pieghe di opacità né nell'organizzazione dei pubblici uffici, né nell'azione amministrativa. Da tale considerazione, deriva la giuridica necessità che l'impiego dell'I.A. nell'adozione di decisioni amministrative sia disciplinato da un sistema normativo primario che prevede la possibilità di delega del potere decisionale alla macchina (legalità formale), ma anche i principi (e le relative regole) che devono disciplinare l'esercizio di tale delega (legalità sostanziale)¹².

L'analisi algoritmica comporta che il fatto accertato derivi da un insieme di dati decontestualizzati che trovano nell'algoritmo un nuovo e autonomo significato. Alla base del loro sfruttamento vi è l'idea che, in questa massa di dati, vi sia un valore cognitivo intrinseco e specifico¹³. Il processo di analisi mira, dunque, a far parlare il dato attraverso innumerevoli e disparate correlazioni, le quali non sono lineari, né tantomeno logiche e non hanno lo scopo di spiegare la realtà, ma solo di pervenire ad una soluzione¹⁴.

I più moderni e potenti algoritmi predittivi partono dall'analisi di dati spesso destrutturati ed effettuano la profilazione o l'indicizzazione di comportamenti umani che vengono ad integrare i presupposti per l'esercizio del potere pubblico nelle pubbliche amministrazioni. Si affermano, così, nuove forme di vigilanza che operano grazie ad una previa e generalizzata raccolta di informazioni apparentemente scollegate e analizzabili solo attraverso programmi informatici, i quali hanno una vera e propria portata creativa della stessa realtà fenomenica¹⁵.

Tali sistemi, tuttavia, potrebbero analizzare dati anche estranei e

¹² U. RUFFOLO (a cura di), *XXVI Lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale*, cit., 258.

¹³ V. MAYER SCHONBERGER - K. CUKIER, *Big Data, una rivoluzione che trasforma il nostro modo di vivere e già minaccia le nostre libertà*, Milano, 2013, pp. 107-115.

¹⁴ Sulla tecnica della correlazione delle previsioni, A. GARAPON e J. LASSEGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, M. R. FERRASE (a cura di), Bologna, 2021, 174 ss.

¹⁵ G. DI ROSA, *Quali regole per i sistemi automatizzati "intelligenti"?*, cit., 829, afferma che l'utilizzo di procedure robotizzate, che elevano il livello di digitalizzazione dell'amministrazione pubblica assicurando un significativo miglioramento della qualità dei servizi resi ai cittadini e agli utenti, deve pur sempre avvenire nel rispetto dei principi

non direttamente attinenti all'esercizio del potere, moltiplicando così le occasioni di compressione o di violazione delle posizioni soggettive dei cittadini e proiettando gli effetti della profilazione al di fuori del perimetro dell'azione amministrativa anche prima ed indipendentemente dalla possibile decisione di impulso procedimentale¹⁶.

L'applicazione dell'intelligenza artificiale applicata specialmente nella "previsione" nell'ambito del sistema giudiziario permette, comunque, l'introduzione di decisioni automatizzate¹⁷ che possono avere il pregio di essere uniformi, oggettive, ovvero non influenzate da elementi esterni e adottate in tempi ragionevolmente brevi¹⁸.

Una volta che le decisioni sono automatizzate, infatti, non ci sarebbe più il precedente umano, ma solo un precedente meccanizzato che non farebbe altro che ripetersi, confermarsi ed anticipare i tempi della giustizia¹⁹.

2. *La giustizia predittiva quale strumento di rafforzamento del valore del precedente giurisprudenziale nei Paesi di common law*

Nella macro area dell'intelligenza artificiale, la giustizia predittiva, in un processo, indica la capacità attribuita alle macchine di mettere in moto rapidamente ed in un linguaggio naturale il diritto pertinente per

che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa.

¹⁶ Di tale opinione G. AVANZINI, *Intelligenza artificiale e nuovi modelli di vigilanza pubblica in Francia e Olanda*, cit., 317.

¹⁷ Si parla di "decisioni automatizzate e/o robotiche" quando una situazione del giudice è interessata o in essa viene ricompresa in parte l'azione di algoritmo. In argomento, E. GABELLINI, *La "comodità nel giudicare": la decisione robotica*, in *Riv.trim. dir. proc. civ.*, 2019, 1305 ss.

¹⁸ A titolo esemplificativo, l'esigenza di uniformità interpretativa rispondente al canone di eguaglianza di cui all'art. 3 cost.

¹⁹ C. CASTELLI, *Giustizia predittiva*, in <https://www.questionegiustizia.it/articolo/giustizia-predittiva>.

trattare un caso, di contestualizzarlo secondo specifiche caratteristiche (del luogo, della personalità dei giudici, degli studi legali ecc.) e di anticipare la probabilità delle decisioni che potrebbero essere prese²⁰.

Il lavoro predittivo nel settore giudiziario realizzato con l'aiuto degli algoritmi funziona nel senso che esso si basa sui casi analoghi precedentemente decisi²¹. È come dire che il principio di prevedibilità²², in un certo senso, nasce sul terreno del diritto giurisprudenziale e la giustizia predittiva, dunque, costituisce indubbiamente uno strumento di rafforzamento del valore del precedente giurisprudenziale²³.

Il materiale in base al quale la previsione o l'esito della lite possono essere dati con l'algoritmo, infatti, attiene ai precedenti giurisprudenziali in quanto le attuali applicazioni concernenti l'intelligenza artificiale, affidate a calcoli matematici, non simulano il ragionamento giuridico ma cercano di giungere alla regolamentazione del caso specifico avvalendosi delle decisioni già assunte²⁴.

La possibilità di predire un provvedimento è dipendente principalmente dal numero e correttezza delle informazioni di cui si dispone:

²⁰ A. GARAPON e J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, cit., 171. L'A. sottolinea che la giustizia predittiva non ambisce tuttavia a soppiantare il diritto, ma a renderlo più prevedibile.

²¹ In argomento, G. SCARSELLI, *La nostra giustizia, in marcia verso la common law*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, 23 agosto 2022.

²² Sul principio di prevedibilità, F. PALAZZO, *Considerazioni minime sulla prevedibilità della decisione giudiziale (tra miti, illusioni, pragmatismi)*, in *Cass. pen.*, 2022, 941.

²³ Ciò, peraltro, emerge inequivocabilmente anche dalla recente riforma del processo civile, legge delega 26 novembre 2021 n. 206, secondo cui all'art. 1, comma 17, lett. d), gli atti del processo debbano rispettare principi di chiarezza e sinteticità e aggiunge: «stabilendo che sia assicurata la strutturazione di campi necessari all'inserimento delle informazioni nei registri del processo, nel rispetto dei criteri e dei limiti stabiliti con decreto adottato dal Ministero della Giustizia, sentiti il Consiglio superiore della magistratura e il Consiglio nazionale forense». La norma si presenta ancora allo stato embrionale; tuttavia essa è già chiara nello stabilire che i provvedimenti dei giudici devono avere dei *campi*, determinati con provvedimento del Ministro della Giustizia, nei quali si inseriscono le *informazioni nei registri del processo*; il tutto, evidentemente, per facilitare la logica del precedente e i meccanismi della giustizia predittiva e degli algoritmi.

²⁴ E. GABELLINI, *La "comodità nel giudicare": la decisione robotica*, cit., 1305 ss.

all'aumentare della qualità e quantità di informazioni, aumenta anche il grado di predittività dell'esito di un giudizio²⁵.

Per tali ragioni, di grande supporto si rivela essere la giurisprudenza precedente, ovvero, dalla giurisprudenza che si è precedentemente occupata della medesima questione giuridica²⁶. Quando si cerca il precedente giurisprudenziale al fine di predire un pronunciamento futuro, si fa riferimento alla c.d. dottrina della giurisprudenza, secondo cui le regole sono tratte da principi contenuti in precedenti decisioni rese dagli organi giudiziari²⁷.

Come noto, il precedente giurisprudenziale con valore vincolante, assume rilievo decisivo negli ordinamenti giuridici dei Paesi americani ed anglosassoni di *common law*²⁸. Nei sistemi di *civil law*, invece, il precedente giurisprudenziale resta un rilievo meramente persuasivo, seppur in alcuni casi addirittura convincente²⁹. Un precedente giurisprudenziale, in tali ultimi sistemi, potrebbe, al massimo, essere di supporto al giudice ed aiutare la previsione di come potrebbe essere decisa la *quaestio iuris*, ma non come in concreto sarà decisa³⁰.

²⁵ B. DE FINETTI, *Teoria della probabilità*, Milano, 2005, 10.

²⁶ G. DE NOVA, *Sull'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contr. e impr.*, 1986, 782.

²⁷ Sulla "teoria della giurisprudenza", A. DE LA OLIVA SANTOS, "Giustizia predittiva", *interpretazione matematica delle norme, sentenze robotiche e la vecchia storia del "Justizklavier"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 883 ss., che la definisce come "dottrina uniforme convincente sulla quale convergono i tribunali nel compiere ciascuno dei singoli giudizi su cui fondano ciascuna prudente decisione".

²⁸ Per un confronto del diritto interno con gli istituti stranieri cogliendo i profili di somiglianza e di differenziazione, cfr. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, I, Torino, 1992, 12 ss., secondo cui lo scopo della scienza comparatistica, come di tutte le scienze, consisterebbe semplicemente nell'incremento delle conoscenze che attengono alle differenze ed alle somiglianze tra ordinamenti.

²⁹ Sul tema, G. ZACCARIA, *Figure del giudicare: calcolabilità, precedenti, decisione robotica*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 287 ss.

³⁰ Sul metodo comparativo degli ordinamenti giuridici: M.P. MANTOVANI, *Uso giurisprudenziale della comparazione nel procedimento ermeneutico*, in *Diritto civile comparato. Percorsi di approfondimento*, Napoli, 2019, pp.17-34, e R. FAVALE, *Metodo comparativo e diritto*

Per tali ragioni, la giustizia predittiva quale strumento di rafforzamento del valore del precedente giurisprudenziale, assume un ruolo determinante nei paesi di *common law*³¹.

Non a caso, il sistema di giustizia predittiva è stata sperimentata sul campo dei Paesi di *common law* con largo anticipo rispetto a quelli del diritto continentale di *civil law*³².

Il ricorso agli algoritmi predittivi sono ormai da una decina d'anni comuni in diversi Stati americani. Nei sistemi giudiziari americani ed anglosassoni la tecnica di sfruttare degli algoritmi di intelligenza artificiale per predire l'esito dei giudizi è ampiamente utilizzata, in ambito penale, soprattutto per il rischio di recidiva dei rei, ed è finalizzata alla determinazione della cauzione, o all'applicazione di strumenti alternativi alla detenzione³³.

Al riguardo, può citarsi il notissimo caso del signor Loomis, il quale segna in tutta evidenza un momento più alto all'interno di questo *trend* e prova, in maniera significativa, un'incidenza ben più profonda, mostrando la labilità del confine tra algoritmi di supporto al giudice e algoritmi essi stessi decisionali³⁴.

privato europeo, in *Io comparo, tu compari, egli compara: che cosa, come, perché?* (a cura di) V. BERTORELLO, Milano, 2003, 95 ss.

³¹ Sull'esperienza del Regno Unito in materia di automazione delle decisioni seriali, E. FALLETTI, *Decisioni automatizzate e diritto alla spiegazione: alcune riflessioni comparatistiche*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2020, 169 ss.

³² Secondo S. QUATTROCCOLO, *Quesiti nuovi e soluzioni antiche? Consolidati paradigmi normativi vs rischi e paure della giustizia digitale "predittiva"*, in *Cass. pen.*, 2019, 1748, occorre distinguere tra strumenti predittivi del reato, che attengono alla sfera della prevenzione e non a quella del processo (spesso utilizzati delle forze dell'ordine in alcuni ordinamenti di *common law* e che iniziano ad essere sperimentati anche nel vecchio continente), da quelli di previsione del rischio di recidivanza, per lo più concepiti per la fase trattamentale, in sede di esecuzione della pena, ma talvolta utilizzati in alcune giurisdizioni statali degli Stati Uniti, anche nella fase del *sentencing*.

³³ In argomento, M. SENOR, *Gli algoritmi predittivi nell'amministrazione della giustizia*, in *La voce dell'Agorà*, 2017, 1 ss.

³⁴ Sul caso Loomis, cfr. E. RULLI, *Giustizia predittiva, intelligenza artificiale e modelli probabilistici. Chi ha paura degli algoritmi?*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2018, 537, e S.

Nel caso di specie, veniva affidato al meccanismo tecnico di una macchina, l'individuazione *pro futuro* delle possibilità di delinquere di un soggetto, ricavandole statisticamente dal passato³⁵.

Fermato nel febbraio 2013, mentre guidava un'auto in precedenza usata durante una sparatoria nel Wisconsin, Eric Loomis venne in seguito arrestato dalla polizia con l'accusa di non essersi fermato ai suoi controlli. Il giudice, la cui decisione è stata determinata sulla base di un *risk assessment* (rischio di recidiva), lo condannò a 6 anni di carcere³⁶.

A fondamento del verdetto di condanna e dell'entità della pena, il giudice si basò sull'algoritmo di nome *Compas* sviluppato da un'azienda privata. L'algoritmo³⁷, nello specifico, opera attraverso gli strumenti della statistica, si basa su dati aggregati di gruppo e si presenta come capace di prevedere il rischio di recidiva da parte di un imputato³⁸.

Nel caso specifico, l'algoritmo *Compas*, sulla base delle risposte date ad un questionario, aveva classificato Eric Loomis come un soggetto con un'alta propensione a commettere nuovi reati³⁹.

QUATTROCCOLO, *Quesiti nuovi e soluzioni antiche? Consolidati paradigmi normativi vs rischi e paure della giustizia digitale "predittiva"*, cit., 1748 ss.

³⁵ G. ZACCARIA, *Figure del giudicare: calcolabilità, precedenti, decisione robotica*, cit., 291.

³⁶ Sulla natura algoritmica del *risk assesment*, cfr. QUATTROCCOLO, *Quesiti nuovi e soluzioni antiche? Consolidati paradigmi normativi vs rischi e paure della giustizia digitale "predittiva"*, cit., 1748 ss.

³⁷ Sul concetto e sul funzionamento di algoritmo, cfr. C. TOFFALORI, *Algoritmi*, Bologna 2015; P. DOMINGOS, *L'algoritmo definitivo. La macchina che impara da sola e il futuro del nostro mondo*, Torino 2016 e E. FINN, *Che cosa vogliono gli algoritmi. L'immaginazione nell'era dei computer*, Torino, 2018.

³⁸ O. DI GIOVINE, *Delitto senza castigo? Il bisogno di pena tra motivazione razionali ed istinti emotivi*, in, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 855 ss.

³⁹ il software COMPAS è stato utilizzato per determinare il rischio di recidiva del condannato (*recidivism risk assessments*), una voce propria di un documento di riepilogo sulla capacità a delinquere del condannato, funzionale a determinare la presenza di circostanze tali da attenuare o aggravare l'afflittività del trattamento sanzionatorio. Tali informazioni possono essere utilizzate per individuare un determinato programma di riabilitazione, l'istituto di destinazione del condannato, finanche determinare la durata

La questione, di non poca rilevanza, risiede nel fatto che questo specifico algoritmo, che valuta il rischio di recidiva, è coperto da brevetto industriale e, di conseguenza, il sistema di calcolo è secretato nel suo meccanismo di funzionamento⁴⁰.

L'appello alla condanna, presentato da Loomis in base all'argomento che il giudice, fondandosi su un algoritmo segreto e non esaminabile o contestabile, aveva violato i basilari diritti di difesa, non garantendo così all'imputato un equo processo, fu respinto dalla Corte Suprema del Wisconsin nel 2016. La Corte Suprema asserì, infatti, che il ricorso all'algoritmo non sarebbe stato l'unico elemento per la condanna e che, di conseguenza, la decisione sarebbe stata in ogni caso la medesima⁴¹.

Il fatto di affidare al meccanismo tecnico di una macchina - il cui funzionamento, tra l'altro, risulta essere privato e segreto in quanto gli algoritmi sono brevettati - l'individuazione *pro futuro* delle possibilità di delinquere di un soggetto ricavandole statisticamente dal passato, desta alcuni interrogativi⁴².

Ci si domanda, ad esempio, come sarà possibile prevedere dei comportamenti umani senza dimenticare le loro capacità di trasformazione e di evoluzione nel corso del tempo considerando che, nel caso sopra citato, la sanzione non discende dalla gravità del comportamento tenuto, ma è proporzionale al rischio, stabilito statisticamente, che il soggetto fa correre alla società⁴³.

della pena. In argomento, B. OCCHIUZZI, *Algoritmi predittivi: alcune premesse metodologiche*, in *Dir. pen. contemp.*, 2019, 396.

⁴⁰ Sull'inaccuratezza del sistema *Compas* e sulla sua presunta iniquità, cfr. U. RUFFOLO (a cura di), *XXVI Lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale*, cit., 230 ss.

⁴¹ Corte Suprema del Wisconsin, *State v. Loomis* N.W. 2d749, 2016.

⁴² Sulla giustizia predittiva nell'ambito del processo penale, cfr. G. CANZIO, *Intelligenza artificiale e processo penale*, in *Cass. pen.*, 2021, 797 ss. e G. PADUA, *Intelligenza artificiale e giudizio penale: scenari, limiti e prospettive*, in *Processo penale e giustizia*, 2021, 1479 ss.

⁴³ G. ZACCARIA, *Figure del giudicare: calcolabilità, precedenti, decisione robotica*, cit., 291 ss.

3. *L'impatto della giustizia predittiva in Italia e prime forme di intervento*

È un dato di fatto che anche in Europa nell'ambito del diritto processuale sia diffuso l'interesse per la prevedibilità delle decisioni giudiziarie e, a tal fine, per l'uso della matematica, della statistica e dell'elettronica.

Di fronte ad un caso concreto vi è la curiosità di fornire una risposta a quesiti del tipo: "Quanto durerà il processo?" "Quante probabilità di successo si hanno?" "Qual è la migliore linea argomentativa da usare per quel caso concreto e con quel magistrato?" "Quale sarà l'importo stabilito dal giudice?" "Qual è la migliore linea argomentativa da utilizzare con un determinato difensore della controparte?⁴⁴".

Come accennato nel precedente paragrafo, a differenza dei sistemi giuridici di *common law* fondati sul precedente giurisprudenziale, il mondo di *civil law* è basato su principi codificati in un sistema di riferimento che funge da fonte primaria della legge⁴⁵. Per i processi civili vige il principio di analogia, certamente, ma solo per ciò che concerne l'interpretazione della legge, e non quella dei precedenti⁴⁶.

Per l'ordinamento italiano ogni caso è a sé stante, soprattutto se inerente alla sfera penale, in quanto il diritto deve garantire equità e proporzionalità della pena e la legge va sempre interpretata ed applicata⁴⁷. Ogni caso è isolato e c'è sempre un elemento che diversifica un caso da

⁴⁴ A. DE LA OLIVA SANTOS, "Giustizia predittiva", *interpretazione matematica delle norme, sentenze robotiche e la vecchia storia del "Justizklavier"*, cit., 883 ss.

⁴⁵ In argomento, cfr. M. TARUFFO, *Il processo civile di "civil law" e di "common law": aspetti fondamentali*, in *Foro it.*, 2001, c. 345 ss.

⁴⁶ Sul metodo giuridico e interpretazione, P. PERLINGIERI, *Manuale di diritti civili*, 9. ed., Napoli, 2018, pp. 111-112, secondo il quale il metodo giuridico «...non è un insieme di formule per il calcolo logico, né una dottrina universale. Il metodo vive nella concreta applicazione, è esperienza attuativa della legittimità e legalità dell'ordinamento... La comprensione dei testi giuridici è un processo che mira a giungere ad una forma di conoscenza: senza tale processo conoscitivo (interpretazione) non v'è diritto. Ciò non avviene secondo la logica matematica né simulando i procedimenti delle scienze naturali».

⁴⁷ In argomento, M.P. MANTOVANI, *Uso giurisprudenziale della comparazione nel procedimento ermeneutico*, cit., 21. L'A. osserva che il ricorso all'argomento comparativo a fini

quello precedentemente deciso e il precedente funge da apripista per l'interpretazione della legge e non come norma di diritto da prendere in considerazione⁴⁸.

Per tali ragioni, quanto alla possibilità di “predizione”⁴⁹, proprio perchè il sistema giudiziario italiano non prevede il vincolo del precedente, il concetto di “giustizia predittiva” potrebbe risultare indebolito rispetto a quello che potrebbe essere in un sistema di *common law* nel quale, come analizzato, al contrario, il precedente risulta essere vincolante⁵⁰.

Nell'ambito di un processo penale, applicare la matematica e la statistica attraverso l'utilizzo dell'algoritmo per pervenire a decisioni, come è successo per il caso americano Loomis di cui al precedente paragrafo, parrebbe rivelarsi contrastante con alcune norme codicistiche di riferimento⁵¹. Non possono sottovalutarsi, al riguardo, le previsioni contenute negli artt. 194 e 236 c.p.p.

Il riferimento al giudizio sulla personalità dell'imputato, quando necessario all'accertamento del reato e della pericolosità sociale, contenuto all'art. 194, comma 1, apre spazi a valutazione psicologica direttamente riferiti al giudizio di responsabilità⁵². Ai fini di tale giudi-

ermeneutici è un fenomeno presente sia nella tradizione giuridica di *common law* sia in quella di *civil law*, seppur con diversa intensità.

⁴⁸ S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Foro amm.*, 2018, 1787 ss.

⁴⁹ Secondo F. LAGIOIA e G. SARTOR, *Il sistema Compas: Algoritmi, previsioni, iniquità*, in *XXVI Lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale*, U. RUFFOLO (a cura di), cit., 227, il modello predittivo può essere considerato come un algoritmo complesso, non costruito dall'uomo, ma dall'algoritmo addestratore: una volta addestrato il sistema, il modello predittivo può essere applicato a nuovi individui, dati i valori dei predittori per quegli individui, al fine di assegnare loro i valori da prevedere.

⁵⁰ S. CRISCI, *intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, cit., 1787 ss.

⁵¹ Secondo G. ILLUMINATI, *Principio di legalità e processo penale*, in *Cass. pen.*, 2020, 3617 ss., il processo ha una funzione cognitiva e serve ad accertare, secondo determinate modalità, l'esistenza di un fatto costituente reato: se non ci fosse una regola precisa che indica come si deve muovere il giudice nell'accertamento del processo, come tale, non ci sarebbe alcun bisogno.

⁵² Sul concetto di moralità, espressamente richiamato dal testo della disposizione,

zio, il successivo art. 236 c.p.p. richiama, oltre ai certificati relativi ai “precedenti” (certificati del casellario), un’ampia gamma di documenti, ivi compresi quelli presenti presso gli uffici di sorveglianza, che ben possono essere, in ragione del tenore dell’art. 220 c.p.p., perizie psicologiche⁵³.

Tali norme, evidentemente, sono finalizzate al giudizio sulla responsabilità dell’imputato (o della persona offesa dal reato), laddove il fatto per il quale si procede deve essere valutato in relazione al comportamento umano ed alla sua evoluzione⁵⁴.

Per tali ragioni, l’utilizzo di un processo algoritmico, che mira al risultato finale e non alla logica motivazionale, potrebbe far emergere tutta la sua debolezza rispetto a un sistema, come quello italiano codicistico, incentrato invece sulla valutazione della responsabilità e sull’elemento psicologico dell’imputato⁵⁵. Tali ultimi fattori potrebbero

ritenuto indice della personalità dell’imputato, cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, 9. ed., Milano, 2012, 679 il quale osserva: «[che l’imputato] mantenga un harem o non metta mai piede in chiesa, sono argomenti insignificanti nel processo dove sia imputato d’offesa alla bandiera d’uno Stato estero, ma se gli fosse attribuita la calunnia consumata in lettere anonime, non sarebbero insignificanti gli aneddoti su una sua laboriosa malignità».

⁵³ S. QUATTROCCOLO, *Quesiti nuovi e soluzioni antiche? Consolidati paradigmi normativi vs rischi e paure della giustizia digitale “predittiva”*, cit., 1748.

⁵⁴ Con specifico riguardo alla documentazione custodita presso gli uffici dei servizi sociali degli enti pubblici e degli uffici di sorveglianza, riferendosi alla documentazione custodita presso gli uffici dei servizi sociali degli enti pubblici e degli uffici di sorveglianza, F. CORDERO, *sub art. 236*, in ID., in *Codice di Procedura penale commentato*, Torino, 1989, 276, parla di “novità pericolosa, nient’affatto coerente alla scelta garantistico-accusatoria”; G. UBERTIS, *Variazioni sul tema dei documenti*, in *Cass. pen.*, 1992, 2521 s., esclude l’acquisibilità di documenti contenenti valutazioni meramente soggettive, in forza del collegamento con l’art. 234, comma 3, c.p.p.; sul tema cfr. F. ZACCHE, *La prova documentale*, Milano, 2012, 54 ss.

⁵⁵ Sulla crisi della motivazione del provvedimento, cfr. M. TARUFFO, *Addio alla motivazione?*, in *Riv. trim. di diritto e proc. civ.*, 2014, 375 ss.; e M. TARUFFO, *Brevi note sulla motivazione della sentenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 621 ss.

sfuggire ad un processo automatizzato della macchina programmata per l'elaborazione dei dati⁵⁶.

Ad ogni modo, in Italia non sono mancate le elaborazioni teoriche, le analisi di scenari futuri e le sperimentazioni in tema di intelligenza artificiale applicata al diritto, ma fino ai nostri giorni sono state assai limitate le concrete applicazioni per la giustizia⁵⁷. Sono in fase di sperimentazione diversi progetti finalizzati all'introduzione dell'intelligenza artificiale nel campo della giustizia e si stanno idealizzando veri e propri studi che tendono a costruire algoritmi in grado di predire i futuri orientamenti della giurisprudenza⁵⁸.

La Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa ha perfezionato la prima piattaforma di giustizia predittiva con un progetto che mira a sviluppare un metodo di analisi della giurisprudenza coniugando *machine learning*⁵⁹ e analisi dei *big data*⁶⁰.

Fornita una banca dati aggiornata tramite l'annotazione semanti-

⁵⁶ Secondo B. OCCHIUZZI, *Algoritmi predittivi: alcune premesse metodologiche*, cit., 394, l'algoritmo non fa altro che replicare attività naturalmente umane, in modo più rapido ed efficiente, analizzando e selezionando una vasta quantità di informazioni e per tale ragione l'impiego di algoritmi predittivi è un riflesso della tecnologia applicata al diritto sostanziale di portata sistemica.

⁵⁷ La prima monografia dedicata all'intelligenza artificiale nel nostro Paese è quella di G. SARTOR, *Intelligenza artificiale e diritto. Un'introduzione*, 1995, Milano.

⁵⁸ Cfr. R. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, *Intelligenza artificiale, algoritmi e automazione nella giustizia. Proposte per una effettiva implementazione*, il quale evidenzia le principali proposte formulate per l'attuazione effettiva dell'attività giudiziaria automatizzata e dell'intelligenza artificiale nel sistema giudiziario, in *Il processo*, 2021, 437 ss.

⁵⁹ G. PASCUZZI, *Il diritto nell'era digitale*, 5. ed., Bologna, 2020, 300, definisce *machine learning* il «processo mediante il quale un'unità funzionale migliora le sue prestazioni acquisendo nuove conoscenze o abilità o riorganizzando le conoscenze o le abilità esistenti».

⁶⁰ In argomento, S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, cit., 1787 ss., il quale mette in rilievo come attraverso un sofisticato sistema di correlazione dei *big data*, che sono una fonte quasi inesauribile di informazioni sulle persone di ogni età, sesso e nazionalità, è possibile affinare le tecniche di ricerca e di risoluzione di problemi rispetto agli obiettivi dati: è quindi fondamentale che l'algoritmo sia progettato correttamente, o che vi sia un controllo su di esso.

ca delle pronunce e “addestrati” gli algoritmi, sarà possibile valutare i possibili esiti e i tempi processuali. La piattaforma dovrebbe essere in grado, più avanti, di compiere un ragionamento giuridico completo e preciso.

In tale ottica, in termini strettamente procedurali di snellimento, di efficacia, di efficienza e di economicità dei procedimenti, l'utilizzo dell'intelligenza artificiale potrebbe essere utile per la preparazione di un processo, per la scrittura di atti “ripetitivi” e/o per il reperimento di tipologie di clausole contrattuali da inserire nei documenti.

È così che la tecnologia è entrata a pieno titolo nel mondo allargato della giustizia e ha già dato risultati significativi, contribuendo a ridurre il c.d. arretrato della giustizia civile italiana rispetto al recente passato (v. l'introduzione di un processo civile quasi interamente digitalizzato⁶¹)⁶².

La standardizzazione e l'automatizzazione della motivazione della decisione, ad esempio, al fine di eliminare incertezze e farraginosità, con benefici sotto il profilo della chiarezza delle questioni e della celerità delle procedure, si pone come un primo passo verso la possibile “standardizzazione” delle decisioni assunte dal giudice che si appoggia al sistema informatico⁶³.

In tema di processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, occorre tuttavia tenere in considerazione il limite imposto dall'art. 8, comma 1, d.lgs. 18 maggio 2018, n. 51, il quale, in attuazione della Dir. 2016/680 U.E., vieta decisioni basate unicamente su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che producano effetti negativi nei confronti dell'interessato, salvo che siano autorizzate dal di-

⁶¹ Sul processo civile telematico, G.G. POLI, *Il sistema delle fonti del processo civile telematico*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1201 ss.

⁶² Sui riflessi della tecnologia informatica nella contrattazione, cfr. V. E. BATTELLI, *Le nuove frontiere dell'automatizzazione contrattuale tra codici algoritmici e big data: gli smart contracts in ambito assicurativo, bancario e assicurativo*, in *Giust. civ.*, 2020, 681 ss.; V. G. FINOCCHIARO, *Il contratto nell'era dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 441 ss.

⁶³ R. BICHI, *Intelligenza artificiale e diritto - intelligenza artificiale tra “calcolabilità” del diritto e tutela dei diritti*, in *Giur. it.*, 2019, 1773 ss.

ritto dell'Unione europea o da specifiche disposizioni di legge. A tal riguardo si è molto discusso di diritto di spiegazione inteso come il diritto del soggetto sottoposto a una decisione automatizzata di ottenere spiegazioni chiare e comprensibili in merito ai dati utilizzati, all'algoritmo, al suo scopo, ai suoi risultati ed ai suoi potenziali pericoli⁶⁴. L'intervento normativo mira, evidentemente, a promuovere un utilizzo delle intelligenze artificiali sicuro, trasparente e rispettoso dei diritti fondamentali e dei valori europei⁶⁵.

4. *La giustizia: una questione umana?*

Il mito contemporaneo della “delega delle macchine”⁶⁶ fa, del calcolo, il suo motore centrale. Il processo di analisi algoritmica mira a far parlare il dato attraverso innumerevoli e disparate correlazioni senza, tuttavia, esporre la logica motivazionale a base della decisione.

Come noto, il diritto è di vitale importanza per la società, in quanto promuove la giustizia e la stabilità ed ha effetti su molte persone in aspetti importanti della loro vita, sia privata che pubblica. Poiché il diritto ha obiettivi ed effetti sociali, deve essere compreso da coloro che ne sono interessati e la sua applicazione deve essere spiegata e giustificata. Da qui l'importanza della chiarezza di significato e della solidità del

⁶⁴ G. FINOCCHIARO, *Considerazioni su intelligenza artificiale e protezione dei dati personali*, in U. RUFFOLO (a cura di), *XXVI Lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale*, cit., 336.

⁶⁵ Per una disamina al d.lgs. 51/2018, cfr. V. MANES, F. MAZZACUVA, *GDPR e nuove disposizioni penali del Codice “privacy”*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, pp. 171-179; sulla risoluzione del Parlamento europeo sull'intelligenza artificiale nel diritto penale nei suoi tratti essenziali, cfr. G. BARONE, *Intelligenza artificiale e processo penale: la linea dura del parlamento europeo. considerazioni a margine della risoluzione del parlamento europeo del 6 ottobre 2021*, in *Cass. pen.*, 2022, 1180 ss.

⁶⁶ Espressione utilizzata da A. GARAPON e J. LASSEGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, cit., 174 ss.

ragionamento e della motivazione e, quindi, l'importanza della logica per il diritto e per le applicazioni giuridiche dell'IA⁶⁷.

Lo scopo attribuito alle macchine non è, tuttavia, quello di spiegare la realtà, ma solo di pervenire ad una soluzione. Se la giustizia è pur sempre una questione umana⁶⁸, ecco dunque che la centralità attribuita a un algoritmo potrebbe determinare dubbi e perplessità sotto l'aspetto della certezza del diritto – tema, quest'ultimo, connesso con la prevedibilità delle decisioni – e non solo.

La fredda e meccanica riduzione statistica e digitale a “dati” rende omogenei fenomeni molto diversi – in particolare il legame tra testo giuridico e realtà extragiuridica – e pretende di conferire consistenza matematica alla realtà. È come se il testo si riducesse a numero ed il cambiamento non fosse governato dai giuristi ma dai tecnici e dai poteri economici⁶⁹.

In Olanda⁷⁰, ad esempio, Paese di tradizione di *civil law*, è stato elaborato un dispositivo telematico per la gestione *on line* dei casi di mediazione e di soluzione extragiudiziale delle controversie di carattere civile⁷¹. La piattaforma, elaborata dall'università di Twente e dallo *Hague Institute for the Internationalisation of the Law*, crea un'interazione tra

⁶⁷ A. SANTOSUOSSO e G. SARTOR, *La giustizia predittiva* (a cura di) E. GABRIELLI e M. DELL'UTRI, in *Dottrina e attualità giuridiche*, 2022, 1763.

⁶⁸ F. ALCARO, *Intelligenza artificiale e attività giuridica*, in *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità*, (a cura di) P. PERLINGIERI, S. GIOVA e I. PRISCO, in Atti del 15° Convegno Nazionale, 14-15-16 maggio 2020, Napoli, 2021, 25, rileva che l'attività è veramente tale (umana) quando implichi valutazione, grado di autonomia e quindi una certa flessibilità e discrezionalità decisoria da cui dovrebbe discendere anche l'imputazione della responsabilità, essendo questa collegata, appunto, all'esercizio di un'autonomia operativa.

⁶⁹ G. ZACCARIA, *Figure del giudicare: calcolabilità, precedenti, decisione robotica*, cit., 290.

⁷⁰ Sull'esperienza olandese, quale uno dei Paesi europei maggiormente digitalizzati che ha adottato e sperimentato innovativi sistemi informatici nei più diversi settori dell'azione amministrativa, cfr. G. AVANZINI, in *Intelligenza artificiale e nuovi modelli di vigilanza pubblica in Francia e Olanda*, cit., 322.

⁷¹ Sul punto cfr. C. CASTELLI, D. PIANA, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 154 s.

utenti e assistenti legali in modo totalmente digitalizzato e dematerializzato⁷².

Al riguardo possono analizzarsi due aspetti.

Innanzitutto, è pur vero che l'avvento della giustizia digitale, della c.d. *legaltech*⁷³, la quale offre di risolvere *on line* controversie e conflitti, si pone spesso al servizio di una maggiore efficienza del diritto. Al contempo, tuttavia, è anche certamente al servizio degli interessi economici, che indubbiamente accelerano l'evoluzione del processo e dell'avvocatura verso un modello di tipo capitalistico-imprenditoriale. La giustizia, in altre parole, diviene fonte di profitto.

In secondo luogo, si osserva come questi servizi disponibili su internet, che strutturano le relazioni tra le parti della controversia, snaturano profondamente lo spirito e l'idealità della mediazione⁷⁴.

L'istituto della mediazione, come noto, si basa, in ultima analisi, sulla possibilità di instaurare un metodo dialogico di risoluzione del conflitto. La cultura della mediazione nasce per ricordarci la possibilità del dialogo.

E allora: quale dialogo, quale empatia possono nascere dalla fredda impersonalità del computer e dell'automatizzazione informatica? La giustizia digitale rischia di condurre alla soppressione della parola e del dialogo.

Sul piano strettamente scientifico della metodologia, vedere nel calcolo la chiave per la comprensione a priori dei fenomeni, significherebbe ribaltare l'ordine di costruzione della scienza, perché al calcolo si perviene: il calcolo non è un punto di partenza e non può, dunque, fungere da fondamento per il diritto anche se lo si volesse rendere scientifico.

⁷² Il costo della piattaforma è di 90 euro per l'accesso, 360 per la mediazione, 240 per la soluzione della controversia, 300 euro per la revisione delle decisioni assunte in sede giudiziale.

⁷³ G. ZACCARIA, *Figure del giudicare: calcolabilità, precedenti, decisione robotica*, cit., 290.

⁷⁴ Sulla mediazione familiare, cfr. L. RUGGERI, *Il mediatore familiare: problemi e prospettive di una regolamentazione futura*, in M.P. GASPERINI, *Giustizia alternativa per una giustizia effettiva*, Napoli, 2018, pp. 263-269.

La giustizia, in evidente evoluzione sul piano digitale e tecnologico, pone sotto pressione le istituzioni umane, mettendole in competizione con macchine infinitamente più precise e rigorose. Tale competizione non sembrerebbe affatto avvantaggiare gli uomini, i quali non possono competere con tale precisione e perfezione, facendone emergere tutta la loro debolezza⁷⁵.

Sottolineare le minori prestazioni degli uomini rispetto alle macchine, presuppone che ci sia una misura oggettiva della giustizia indipendentemente dalle condizioni della sua produzione quando, invece, la prestazione non può in realtà avere senso se non rapportata ad un essere umano.

È come se la nuova scrittura digitale ci invitasse a riconsiderare il ruolo del fattore umano, in questa impresa così profondamente umana, e ci obbligasse a giustificare la fallibilità dell'uomo⁷⁶.

Del resto, è lo stesso legislatore che evidenzia l'importanza dell'attività interpretativa della norma giuridica da parte del giudice. L'art. 12 delle Preleggi contempla la possibilità che vi siano fattispecie non previste, né risolte da norme giuridiche le quali, tuttavia, devono essere colmate dal giudice, in base alla sua conoscenza ed esperienza⁷⁷.

Di conseguenza, il giudice non può rifiutarsi di risolvere un caso adducendo la mancanza di norme, dovendo mettere in atto comunque la propria attività interpretativa⁷⁸.

⁷⁵ F. ALCARO, *Intelligenza artificiale e attività giuridica*, cit., 25, rileva che l'attività è veramente tale quando implichi valutazione, grado di autonomia e quindi una certa flessibilità e discrezionalità decisoria da cui dovrebbe discendere anche l'imputazione della responsabilità, essendo questa collegata, appunto, all'esercizio di un'autonomia operativa.

⁷⁶ F. ALCARO, *Intelligenza artificiale e attività giuridica*, cit., 24.

⁷⁷ M. RUOTOLO, *Per una gerarchia degli argomenti dell'interpretazione*, in *Giur. cost.*, 2006, 3418 ss. sottolinea come il sopravvenire (rispetto all'art. 12 delle preleggi del codice civile) dei principi costituzionali e della giurisprudenza della Corte Costituzionale conduce a reinterpretare, a sua volta, lo stesso art. 12 delle preleggi nel senso di privilegiare la "connessione" delle parole legislative rispetto al dato letterale.

⁷⁸ Per una chiave di lettura evolutiva dell'art. 12, comma 2, preleggi, cfr. M.P. MANTOVANI, *Uso giurisprudenziale della comparazione nel procedimento ermeneutico*, cit., 27 ss.

Se dal lato tecnico la macchina potrebbe anche giungere a superare le prestazioni umane in termini di efficienza, di perfezione e di complessità, dal lato “umano” il robot non può, allo stato, esprimere la qualità e la ricchezza spirituale delle soluzioni e delle decisioni adottate dal soggetto umano⁷⁹.

Quanto appena affermato, tanto più vale nel settore della giustizia, in relazione alle decisioni giudiziali penali, a proposito delle possibili variazioni psicologiche e motivazionali che un giudice eventualmente apporterebbe alla soluzione predisposta del caso da esaminare⁸⁰.

Procedendo alla ricognizione delle regole, principi e *standard* giuridici che governano i fenomeni reali, il problema è quello poi di poterli riferire ed adattare ai processi automatizzati. Le novità della tecnologia impongono, del resto, una revisione di molti schemi e concetti, nonché la prospettazione di soluzioni, anche inedite, che solo un’intelligenza umana sarebbe in grado di svolgere⁸¹.

Un’applicazione che decidesse solo in ragione del calcolo percentuale, ovvero di come in passato siano state assunte decisioni simili, se, da una parte, garantisce l’uniformità dell’applicazione del diritto, dall’altra, rischia di non essere in grado di recepire i cambiamenti delle esigenze sociali in costante evoluzione⁸².

Tale attività di adeguamento ai fenomeni sociali in evoluzione implica necessariamente l’intervento umano. Benché il divieto per il giudice di fare ricorso alla propria scienza privata sia un principio indiscusso del nostro sistema giuridico, la sentenza non può essere concepita come

⁷⁹ F. ALCARO, *Intelligenza artificiale e attività giuridica*, cit., 24.

⁸⁰ Cfr. G. ZACCARIA, *Figure del giudicare: calcolabilità, precedenti, decisione robotica*, cit., 277 ss.

⁸¹ Ad esempio, sul piano del metodo dell’interpretazione: su tale tematica, cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, 434, il quale individua i “principi generali dell’interpretazione del diritto” nei “principi fondamentali della Costituzione”, riassumibili nel valore del rispetto della persona umana, principio supremo, che fonda la legittimità dell’ordinamento e la sovranità dello Stato.

⁸² E. GABELLINI, *La “comodità nel giudicare”: la decisione robotica*, cit., 1305 ss.

un qualcosa di autonomo e distaccato dalla realtà sociale e dalla sua cultura⁸³.

A tal riguardo, si consideri l'art. 115 c.p.c. secondo cui il giudice può "porre a fondamento della propria decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza"⁸⁴.

Quest'ultima è generalmente identificata nella cultura media, ovvero in "quell'insieme di nozioni che costituiscono il patrimonio culturale diffuso in un certo luogo ed in un certo momento storico"⁸⁵.

Se l'attività giuridica è propriamente del soggetto umano, ci si domanda come essa possa essere governata da procedimenti artificiali e se, nel rapporto fra attività e "macchina", la "macchina" può tradurre con i suoi procedimenti i contenuti dell'attività⁸⁶. Ci si interroga, in altre parole, se la macchina abbia la capacità di "generalizzare" e di elaborare soluzioni anche per ipotesi diverse da quelle programmate.

L'uso dell'algoritmo provoca, pur sempre, una riduzione o deformazione dei dati della realtà in sequenze numeriche e di fotogrammi separati, consentendo, sì, una notevole calcolabilità di eventi/risultati, ma sacrificando la complessità e l'adattamento alle esigenze sociali⁸⁷.

⁸³ Peraltro, come osserva M. TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza del ragionamento del giudice*, in *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, 122 è lo stesso diritto che non può essere considerato indipendente da questi fattori.

⁸⁴ Secondo E. GABELLINI, *La "comodità nel giudicare": la decisione robotica*, cit., 1305 ss., motivare una sentenza, e prima ancora assumere una decisione, richiede tempo e un complesso lavoro da parte dei magistrati, tanto che il suo momento redazionale è da sempre considerato come una delle principali cause della crisi della giustizia civile, spingendo il legislatore, a cadenze temporali costanti, ad introdurre interventi volti a rendere sempre più snello il suo iter di composizione.

Sulla redazione della sentenza come una delle principali cause della crisi della giustizia civile, cfr. Risoluzione approvata dal CSM il 18 maggio 1988 sul tema "Misure per l'accelerazione dei tempi della decisione civile", in *Foro it.*, 1988, V, c. 260, richiamata anche da C. RASIA, *La crisi della motivazione nel processo*, Bologna, 2016, 81.

⁸⁵ M. TARUFFO, *Considerazioni sulle massime d'esperienza*, in *Riv.trim. dir. proc. civ.*, 2009, 552.

⁸⁶ F. ALCARO, *Intelligenza artificiale e attività giuridica*, cit., 5.

⁸⁷ Sul quesito: "la tecnica giunge a dominare l'uomo o è uno strumento per l'uo-

Una ulteriore riflessione deve essere riposta nei riguardi del principio della trasparenza, ovvero, mancando la logica motivazionale, la difficoltà di spiegare il percorso attraverso cui il sistema di intelligenza artificiale giunge al risultato finale⁸⁸. Soprattutto nel caso in cui il sistema risulta brevettato e finalizzato al commercio e al profitto.

La mancanza di trasparenza porta con sé, da un lato, l'impossibilità per il soggetto destinatario della decisione algoritmica di ottenere un controllo effettivo sulla correttezza della stessa e, dall'altro, quella di ritenere responsabile l'autorità pubblica (polizia o autorità giudiziaria) per le azioni poste in essere in base alla soluzione prospettata dal sistema di intelligenza artificiale⁸⁹.

Se la giustizia predittiva non vuole passare per una giustizia divinatoria, misteriosa e intimidatoria come gli antichi oracoli⁹⁰, essa deve rendere pubblici i suoi algoritmi e non nascondersi dietro il segreto industriale. Vi è l'esigenza di poter confrontare i risultati che si possono ottenere con metodi diversi, i quali potrebbero mostrare disparità e discriminazioni preoccupanti⁹¹.

mo"?, cfr. R. BODEI, *Dominio e sottomissione. Schiavi, animali, macchine e l'intelligenza artificiale*, Bologna 2019.

⁸⁸ G. BARONE, *Intelligenza artificiale e processo penale: la linea dura del parlamento europeo. Considerazioni a margine della risoluzione del parlamento europeo del 6 ottobre 2021*, cit., 1180 ss.

⁸⁹ Sulla necessità delle garanzie di trasparenza e di legalità algoritmica con riferimento ai provvedimenti automatizzati, cfr. G. AVANZINI, *Intelligenza artificiale e nuovi modelli di vigilanza pubblica in rancia e Olanda*, cit., 316 ss.; F. BRAVO, *Rating reputazionale e trasparenza dell'algoritmo. Il caso "Mevaluate"*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2021, 1005 ss. (nota a Cass. civ. 25 maggio 2021 n. 14381); E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, 271 ss.; D.U. GALETTA, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia*, cit., 501 ss.; S. SASSI, *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità*, cit., 117 s.

⁹⁰ Espressione utilizzata da A. GARAPON e J. LASSEGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, cit., 186.

⁹¹ In tema di discriminazioni, si osservi come la macchina riflette la qualità dei dati in esso inseriti. Pertanto, se il *dataset* impiegato dagli sviluppatori in sistemi che effettuano valutazioni o previsioni sul comportamento futuro degli individui, presenta

I grandi principi della giustizia, a cominciare dal contraddittorio, devono avere l'ultima parola: senza spazio al contraddittorio, non c'è più diritto possibile⁹².

5. Considerazioni conclusive

Sulla scorta dei sopraesposti rilievi, può affermarsi come l'applicazione dell'intelligenza artificiale nella giustizia sta cominciando a muovere i primi passi anche in Italia.

Al momento, tuttavia, a differenza degli ordinamenti statunitensi ed anglosassoni di *common law*, non ci sono applicazioni intensive al settore giudiziario, specialmente penale, ma, piuttosto, sperimentazioni⁹³.

Si è analizzato come le esigenze connesse alla garanzia di certezza del diritto e di eguaglianza di tutti i cittadini dinanzi la legge, anche alla luce dei casi di abusi e di cattiva giustizia, abbiano portato alla giustizia predittiva di farsi sempre più spazio nello scenario giuridico italiano.

La ricerca verso la "decisione perfetta", in Italia, sta muovendo sperimentazioni, incentrate all'utilizzo di algoritmi matematici che possano prevedere la decisione giudiziale, per un diritto che possa essere certo,

delle distorsioni in base alla razza, al genere, all'età, alla religione, all'orientamento sessuale o, ancora, al quartiere di residenza, l'*output* prodotto dal sistema presenterà le medesime distorsioni, amplificandole e perpetuandole. Sul punto, G. BARONE, *Intelligenza artificiale e processo penale: la linea dura del parlamento europeo. considerazioni a margine della risoluzione del parlamento europeo del 6 ottobre 2021*, cit., 1180 ss.

⁹² Di tale opinione, A. GARAPON e J. LASSEGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, cit., 186.

⁹³ A proposito della giustizia penale, cfr. V. MANES, *Intelligenza artificiale e giustizia penale*, in U. RUFFOLO (a cura di), *XXVI Lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale*, cit., 281, secondo il quale il diffondersi di forme di intelligenza artificiale, pongono lo studioso del diritto penale dinanzi a tre principali macro-questioni: a) le prospettive della celebrazione in via telematica del processo penale; b) le implicazioni dell'utilizzo di forme di I.A. nell'amministrazione della giustizia penale, in funzione predittivo e/o decisionale; c) le nuove problematiche suscettibili di emergere in relazione a forme di responsabilità imputabili ad agenti non umani.

chiaro, conoscibile, univoco nonché omogeneamente interpretato ed applicato dai diversi uffici giudiziari⁹⁴.

Tuttavia, nessun algoritmo potrà mai sostituirsi all'emozione umana del giudicante che, seppur chiamato a svolgere il proprio ruolo con oggettività, sarà implicitamente guidato, nel risolvere questioni sociali, dalle proprie percezioni, dal proprio "sentire" e dalla propria esperienza.

Il *focus* critico è esattamente sulla giustizia predittiva e sugli algoritmi decisorio. Esso riguarda, in particolare, il rischio che le macchine si sostituiscano agli umani, che la decisione sia delegata alla macchina e che un "inevitabile" ammodernamento tecnologico "emargini l'uomo-giurista", il quale invece deve conservare il ruolo di soggetto e, alla fine, la preoccupazione di tipo culturale di "trovarsi rinchiusi in una nuova normatività informatica⁹⁵".

Dal lato del giudicato, allo stesso modo, nell'ambito di un procedimento penale, nessun algoritmo potrà sostituirsi all'elemento psicologico dell'imputato (o della persona offesa), mutabile nel corso di un processo.

Prevedere ed applicare in concreto una decisione attraverso l'utilizzo di un algoritmo, potrebbe apparire inadeguato e lontano in un sistema, quale il nostro, che pone al centro dell'attenzione la tutela della persona umana attraverso la garanzia di principi quali quello della trasparenza (art. 97 cost.), del contraddittorio (art. 101. c.p.c.), della difesa (art. 24 cost.). Gli aspetti da tenere in conto, infatti, sono il diritto dell'imputato al giusto processo e all'esercizio del diritto di difesa contro la segretezza dei *dataset* e della loro elaborazione, coperti dal segreto industriale⁹⁶.

⁹⁴ Sull'uniformità del diritto, si rammenti l'art. 65 dell'Ordinamento giudiziario, secondo cui "la Corte suprema di Cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni, regola i conflitti di competenza e di attribuzione, ed adempie agli altri compiti ad essa conferiti dalla legge.

⁹⁵ R. BICHI, *Intelligenza digitale, giurimetria, giustizia predittiva e algoritmo decisorio. Macchina sapiens e il controllo sulla giurisdizione*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, pp. 423-447.

⁹⁶ A. SANTOSUOSSO e G. SARTOR, *La giustizia predittiva*, cit., 1781.

Occorrerebbe, dunque, procedere per gradi ed operare una selezione degli ambiti in cui un meccanismo automatico possa ragionevolmente rivelarsi sufficiente a determinare una scelta, ad esempio nell'ambito di un procedimento amministrativo preistruttorio, dalle ipotesi in cui il medesimo strumento sia funzionale a coadiuvare, semplicemente, le decisioni dell'uomo, senza, tuttavia, sostituire quest'ultimo.

In conclusione, in Italia, almeno per il momento, l'utilità più grande dell'utilizzo dell'intelligenza artificiale applicata nell'ambito della giustizia, ancorché nella "previsione" di un provvedimento decisionale "sulle sorti" di un imputato, è da ricercare nel supporto degli avvocati all'esercizio della professione forense, degli operatori della giustizia, degli ausiliari del giudice nei palazzi di giustizia, nonché nell'ausilio alla figura del magistrato, i quali potranno avvalersi delle risultanze d'informatica giuridica, in termini di linee guida e di semplificazione, per la formulazione dei propri provvedimenti, istanze e decisioni.

Tutto ciò, in un'ottica di deflazione della giustizia, di snellimento dei procedimenti, di miglioramento dell'apparato organizzativo garantendo i principi di efficienza, qualità e buon andamento dei servizi *ex art. 97 cost.*

Abstract

Il presente articolo analizza alcuni profili sull'impiego dell'intelligenza artificiale nell'ambito della giustizia predittiva, ovvero della possibilità in un processo di affidare ad un algoritmo la decisione giudiziale, a garanzia di un diritto certo, chiaro, conoscibile, univoco, nonché omogeneamente interpretato ed applicato dai diversi uffici giudiziari. A differenza degli ordinamenti giuridici di *common law*, in particolare del sistema nordamericano in cui le decisioni automatizzate sono invalse nella prassi giudiziaria, nel sistema italiano di *civil law* la questione giustizia predittiva assume contorni problematici in un'ottica secondo la quale, specialmente in un processo penale, nessun algoritmo potrà mai sostituirsi all'emozione umana di un giudice.

This article analyses some profiles on the use of artificial intelligence in the field of predictive justice, or the possibility of a process of entrusting the judicial decision to an algorithm, with the view to guarantee a certain, clear, knowable and unambiguous to the right, as well as homogeneously interpreted and applied by the various judicial offices. Unlike the common law legal systems, in particular, the North American legal system where automated decisions are used in judicial practice, the Italian civil law legal system is questioning the use of predictive justice as it takes on problematic aspects in a perspective where the process, especially penal, no algorithm can ever replace the human emotion of a judge.

Camerino, aprile 2023

NOTE

PIERANGELO BUONGIORNO*

TACITO, IL DIRITTO E LA STORIA DI ROMA
NELLA STORIOGRAFIA DEL SECONDO DOPOGUERRA:
UN ITINERARIO**

1. Lo stile asciutto, essenziale, e la grande capacità di penetrazione delle dinamiche politiche costituiscono le colonne portanti della narrazione che lo storico Cornelio Tacito riservò, negli *Annales* e nelle *Historiae*, agli eventi di Roma dipanatisi lungo l'arco di circa un ottantennio, ossia gli anni – tutti a loro modo cruciali – che vanno dalla morte di Augusto a quella di Domiziano¹. Le opere di Tacito sono entrate a buon diritto nel *pantheon* dei classici della letteratura antica, e su esse si è accumulata, sin dagli albori dell'età moderna, una letteratura specialistica ampia e articolata, che per certi versi è ormai essa stessa parte della storia della cultura europea². Si pensi ad esempio, per limitare lo sguardo agli umanisti italiani, alle *Adnotationes in Cornelium Tacitum* di Andrea Alciato (1517), ai *Discorsi sopra Cornelio Tacito* di Scipione Ammirato, già del 1593, e soprattutto agli incompiuti *Commentari a Tacito* di Traiano Boccalini, usciti postumi a Ginevra nel 1669: un'opera alla quale il dotto marchigiano aveva atteso tutta la vita, sino alla morte precocemente intervenuta a Venezia nel 1613. O, ancora, ai meno performanti *Discorsi sopra Cornelio Tacito* di Virgilio Malvezzi (Venezia 1622), composti du-

* Professore associato di Diritto romano presso l'Università di Macerata.

** Contributo redatto nell'ambito del progetto "Innovazione e vulnerabilità: problemi giuridici e tutele" - Dipartimento di Eccellenza 2023-2027, Dipartimento Giurisprudenza, UniMC. Progetto DipEcc 2023-2025 – Giurisprudenza UniMC; contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

¹ Questo giudizio è formulato, da ultimo, da J. PETERSEN, *Recht bei Tacitus*, Berlin-Boston, 2019, su cui v. però anche la mia recensione in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, 139, 2022, 627-631.

² Per un inquadramento del problema, *La Fortuna di Tacito dal sec. XV ad oggi*. Atti del Colloquio (Urbino, 9-11 ottobre 1978), a cura di F. Gori, C. Questa, Urbino, 1979.

rante il periodo senese di quest'autore, e in cui più scoperto si avverte l'influsso di metodo dei *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio* di Niccolò Machiavelli.

Ma in generale Tacito è un autore dai molti talenti, e la parabola della sua fortuna si intreccia con un vero e proprio fenomeno culturale, quello del tacitismo³, destinato a travalicare i confini degli Stati europei in formazione e a porre molti e fruttuosi semi nella scienza politica (e di quella giuridica) dei secoli XVII e XVIII⁴. Nondimeno, Tacito è una ricca miniera di spunti di riflessione per il giurista, il romanista in primo luogo, soprattutto con riguardo al diritto pubblico di Roma antica e alla difficile definizione del *principatus*. D'altra parte, già l'*incipit* degli *Annales* (1.1.1) reca nella prima frase una riflessione sulle origini delle forme di governo in Roma, e nella seconda fa esplicitamente riferimento al *ius*. Una dialettica fra storia e diritto che era evidente già ad Andrea Alciato, la cui epistola dedicatoria delle già richiamate *Adnotationes* (circolata anche autonomamente con il titolo di *Encomium historiae*) costituisce una professione di metodo sull'inestricabilità di storia e diritto, tanto da indicare in Cornelio Tacito lo storico romano più meritevole di essere letto e studiato⁵.

Resta fermo, in ogni caso, che l'interpretazione dei testi di Tacito non possa prescindere anche dalla sua dimensione politica, e di conseguenza dal dibattito storiografico che in ordine a questa si è venuto sviluppando: si tratta di un ambito nel quale hanno predominato nella seconda metà del secolo scorso, gli studi – sviluppatisi come vedremo da prospettive molto diverse fra loro – di Ronald Syme e di Santo Mazzarino: due studiosi che, nella diversità di metodo, formazione, interessi e visione del fenomeno storico, trovano soprattutto in Tacito un terreno di comune confronto.

³ Per una prima definizione v. G. TOFFANIN, *Machiavelli e il tacitismo. La politica storica al tempo della Controriforma*, Padova 1921.

⁴ V., per es., S. MARTÍNEZ BERMEJO, *Pensée politique, surinterprétation et histoire classique. La réception de Tacite à l'âge moderne*, in *Anabases*, 13, 2011, 276-281.

⁵ In tema v. G. ROSSI, *L'Encomium historiae (1517) di Andrea Alciato: lo studio della storia antica e la nascita dell'umanesimo giuridico*, in *Antico e moderno: sincretismi, incontri e scontri culturali nel Rinascimento*, a cura di L. Secchi Tarugi, Firenze, 2020, 265-284.

2. Ronald Syme affrontò un dialogo a distanza con Tacito che lo interessò pressoché per l'intera sua vita scientifica. Di Tacito, Syme analizzò variamente – e in modo capillare, analitico – i testi e i loro (numerosi) sottintesi. Si instaurò, fra la fonte e il suo esegeta, un dialogo a distanza, un rapporto quasi di dipendenza (in alcuni casi, è stato da più parti riconosciuto, persino 'stilistica'), che appare fra i più fecondi della storiografia antichistica del secolo scorso⁶. Dalla lettura degli *Annales* e delle *Historiae*, Ronald Syme trasse, oltre che lezioni di metodo, importanti (e per ampia parte ancora oggi insuperate) conclusioni negli ambiti della storia politica e della prosopografia. Prime importanti considerazioni maturate dalla riflessione su Tacito erano presenti già nella *Roman Revolution*, ma resta imponente, già solo per numero di pagine, il monumentale *Tacitus*: un libro complesso, forse non sempre sistematico, e che anzi mostra, nella sua estrema erudizione, una certa tendenza all'alluvionalità, come del resto mostrano le numerosissime appendici che chiudono il volume⁷. Ad esso si sommano numerosi saggi, confluiti nei *Ten Studies in Tacitus*, ma, soprattutto, nei *Roman Papers*⁸.

⁶ Su questo molto è stato scritto (v., per es., M.A. GIUA, *Osservazioni sul Tacitus di Ronald Syme*, in *Ripensando Tacito (e Ronald Syme): fra storia e storiografia*. Atti del Convegno Internazionale (Firenze, 30 novembre-1 dicembre 2006), a cura di M.A. Giua, Pisa, 2007, 29-51; spunti più di recente anche in F. SANTANGELO, *Editorial note a R. SYME, Tacite et Proust*, in *Histos*, 7, 2013, 128-145, part. 128-130) e non è scopo precipuo di questo contributo ripercorrere in dettaglio il tema, che meriterebbe ben altro approfondimento. Si intende in questa sede cogliere i punti di contatto e le divaricazioni fra l'approccio di Ronald Syme e quello di Santo Mazzarino a Tacito in quanto esponente di una storiografia senatoria compressa dall'affermarsi del sistema imperiale.

⁷ R. SYME, *The Roman Revolution*, Oxford, 1939 (= *La rivoluzione romana*, Torino, 1962, 2014²); ID., *Tacitus*, I-II, Oxford, 1958 (= *Tacito*, Brescia, 1967-1971); ID. *Ten Studies in Tacitus*, Oxford, 1970. Per un inquadramento del *Tacitus*, da alcuni degli allievi di Syme ritenuto superiore alla stessa *Roman Revolution*, v. M. TOHER, *Tacitus' Syme*, in *The Cambridge Companion to Tacitus*, ed. by A.J. Woodman, Cambridge, 2010, 317-329.

⁸ R. SYME, *Roman Papers*, I-VII (ed. by E. Badian [I-II] and A.R. Birley [III-VII]), Oxford, 1979-1991. Effetto di lungo periodo di questa meditazione è il ponderoso volume sulla aristocrazia augustea, che si pone a cavaliere fra l'ambito tardo-repubblicano e quello protoimperiale: quasi un testamento, di metodo oltre che di contenuti (ID., *The Augustan Aristocracy*, Oxford, 1986 [= *L'aristocrazia augustea*, Milano, 1992]).

Una riflessione costante, dunque, che ha fatto sì che nel tempo Syme venisse identificato con l'oggetto della sua ricerca: suggestivo resta il titolo – *Ripensando Tacito (e Ronald Syme)* – di un convegno fiorentino in onore di Emilio Gabba svoltosi nel 2006⁹. Convegno introducendo il quale lo stesso Gabba rilevava come le considerazioni a suo tempo svolte da Syme sull'uso degli *acta senatus* avessero trovato importanti conferme nella documentazione epigrafica¹⁰. Limitando lo sguardo all'epoca di Tiberio, si pensi in primo luogo al *senatus consultum de Cn. Pisone Patre*¹¹. Ma non solo: aggiungerei anche il senatoconsulto, per quanto gravemente mutilo, noto dalla *tabula Larinas*¹² e il dossier sugli onori funebri a Germanico, parzialmente noto da una serie di testimonianze epigrafiche, fra le quali spiccano la *tabula Hebana* e la *tabula Siarensis* (e ora da integrarsi con un nuovo frammento conservato nel Museo archeologico di Perugia)¹³; o ancora testi di più recente rinvenimento, come

⁹ *Ripensando Tacito (e Ronald Syme): fra storia e storiografia*, cit.

¹⁰ E. GABBA, *Syme e Tacito: qualche ricordo*, in *Ripensando Tacito (e Ronald Syme): fra storia e storiografia*, cit., 23.

¹¹ CIL II².5 64. Al di là di singole questioni di dettaglio su cui si è venuta sedimentando una significativa bibliografia (in cui merita senz'altro di essere segnalato, per i profili giuridici, lo studio di F. MERCOGLIANO, *Pisone e i suoi complici. Ricerche sulla «cognitio senatus»*, Napoli, 2009), l'edizione di riferimento resta W. ECK, A. CABALLOS RUFINO, F. FERNÁNDEZ, *Das senatus consultum de Cn. Pisone patre*, München, 1996. Per il resoconto del processo senatorio operato da Tacito vd. *ann.* 3.10-18. L'ampia dipendenza di questo, come dei brani di Tacito richiamati alle successive note 6-8, dagli *acta senatus* è ora messa in rilievo da O. DEVILLERS, *Tacite et les sources des Annales. Enquêtes sur la méthode historique*, Louvain-Paris, 2003.

¹² AE 1978, 145; il testo va quasi certamente messo in correlazione con Tac. *ann.* 2.85.1-2.

¹³ CIL VI 911a-b = 31199a-bc; CIL II 927 (*tabula Siarensis*); AE 1949, 215 (*tabula Hebana*); per il frammento del museo di Perugia vd. invece M. CIPOLLONE, *Un frammento del senatus consultum de honoribus Germanici al Museo archeologico di Perugia*, in *Epigraphica*, 74, 2012, 83-107 (AE 2012, 467); non certissima mi pare la sua provenienza originaria da *Tifernum Tiberinum* – postulata sempre da M. CIPOLLONE, in *Epigraphica*, 75, 2013, 502 – essendo tale frammento stato rinvenuto in un'area di scarico di bronzi nei pressi dell'antico abitato romano (senza che però nulla provi la provenienza da esso. In ogni caso questo nuovo frammento ci consente di ricostruire la parte finale della *relatio* e il

il *senatus consultum* relativo a Rhescuporis II, *rex amicus et socius p.R.*¹⁴. Tutti testi per i quali si conserva anche una tradizione tacitiana ed è possibile istituire utili confronti che, in ordine a Tacito e alle sue fonti, danno ragione alla sensibilità di Syme rispetto alle obiezioni mosse (in particolare nella recensione al *Tacitus*) da Arnaldo Momigliano¹⁵.

3. Anche la frequentazione di Santo Mazzarino con Tacito ha radici antiche, che rimontano già agli anni immediatamente successivi alla formazione dello studioso catanese. Quegli stessi anni in cui, come ha osservato l'allievo Giuseppe Giarrizzo¹⁶, un Mazzarino poco più che ven-

primo *decretum* del provvedimento senatorio del senatoconsulto di fine dicembre 19 d.C., poi ampiamente noto dalla *tabula Siarensis* (ma su cui cfr. Tac. *ann.* 2.83, part. 2.83.2), mentre invece la *tabula Hebana* potrebbe contenere il testo di un senatoconsulto successivo, sempre di fine dicembre 19 d.C., in cui fu approvato lo schema di *rogatio* di quella che poi sarebbe diventata la *Lex Valeria Aurelia*. Viceversa, l'ipotesi, sostenuta da M. CRAWFORD, *Roman Statutes*, I, London, 1996, nr. 38, secondo cui il testo noto dal c.d. *fragmentum Tudertinum* (CIL XI 4632) andrebbe senz'altro messo in collegamento con quello noto dalla *tabula Hebana* (il che provverebbe essere di fronte al testo della *lex* e non già dello schema della *rogatio*) è molto suggestiva ma presenta delle difficoltà su cui si ritornerà in altra sede.

¹⁴ AE 1998, 1333. Rispetto all'interpretazione corrente di questo testo (offerta dai suoi primi editori M. BÜYÜKKOLANCI, H. ENGELMANN, *Inschriften aus Ephesos*, in *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik*, 120, 1998, 70-71 [nr. 4], e fondata su una lettura loro proposta da W.D. Lebek), c'è da ritenere che il testo non riferisca della soluzione di una controversia «zwischen Rhescuporis und Kaufleuten (*negotiatores*) aus Ephesos, die mit Thrakien Handel trieben», ma altro non sia che una minima parte di un più ampio *senatus consultum* che condannava all'*exilium* Rhescuporis II, privandolo dal regno di Tracia, riassegnato per una parte al figlio di costui, e per l'altra agli eredi di Coti. Il processo è ben documentato in Tac. *ann.* 2.67 (in tema vd. ora P. BUONGIORNO, *Osservazioni in tema di conferimenti di cittadinanza a reges socii et amici populi Romani*, in *Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto*, 12, 2022, 227-229).

¹⁵ A. MOMIGLIANO, *Rez. von Ronald Syme, Tacitus*, in *Gnomon*, 33, 1961, 55-58, poi in ID., *Terzo contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico*, Roma, 1966, 739-744. Sul punto, v. anche GABBA, *Syme e Tacito*, cit., 23.

¹⁶ G. GIARRIZZO, *Santo Mazzarino: un maestro* (1995), in ID., *La scienza della storia. Interpreti e problemi*, a cura di F. Tessitore, Napoli, 1999, 551-616, part. 558-559.

tenne mostrava «la ‘precoce consapevolezza’ di una appartenenza alla ‘scuola di Beloch’, riconoscendosi nell’area De Sanctis-Pareti-Cardinali, ma già cercava orgogliosamente una strada propria». Le prime considerazioni sull’opera di Tacito rimontano infatti già ai primissimi anni ’40, in occasione di una recensione al libro di Passerini sulle *cohortes praetoriae* su cui avremo modo di ritornare più innanzi¹⁷. Brani di Tacito sono poi accuratamente discussi nel ponderoso volume su *L’impero romano* del *Trattato di Storia Romana* di Giannelli e Mazzarino¹⁸.

Ma è nel *Pensiero storico classico* che la riflessione di Mazzarino su questo storico senatorio è, per forza di cose, più compiuta, pur apparendo confinata in quelle che potrebbero sembrare poche pagine, a cavaliere fra primo e secondo tomo del secondo volume. Pagine (una trentina, secondo una stima operata di recente¹⁹) alle quali è ricollegata una sola nota (la nt. 502), con finalità prevalentemente bibliografiche.

Stante l’impianto rapsodico del *Pensiero storico classico*, uno svolgimento di quest’opera in cui Mazzarino mostra di unire diacronia e sincronia, procedendo per associazioni e rinunciando – di fatto – alla realizzazione di ‘medaglioni’ sui singoli autori, credo si possa affermare che Tacito entri, nel *Pensiero storico classico*, per così dire, “quasi di soppiatto”.

4. Nella fattispecie, Tacito fa la sua prima comparsa nel capitolo 10 della VI parte del *Pensiero storico classico* II.1, che presenta una panoramica «Dagli alexandrografi ai cesariani». In particolare, proprio il capitolo 10 presenta l’eloquente titolo di *Introduzione a Sallustio e Tacito*. La riflessione di Mazzarino muove dall’idea che Sallustio (e in genere gli storici

¹⁷ V. § 5 *infra*.

¹⁸ G. GIANNELLI, S. MAZZARINO, *Trattato di storia romana*, II. *L’impero romano*, a cura di S. Mazzarino, Roma, 1956; il volume apparve poi presto sotto l’autonomo titolo di *L’impero romano*, Bari, 1962 (in seguito variamente ristampato).

¹⁹ Così G. ZECCHINI, in *Glen Bowersock e la tradizione classica*, in *Studi Storici*, 49, 2008, 385, nt. 28. Cfr. S. MAZZARINO, *Il pensiero storico classico*, Bari, 1966 [di seguito abbreviato come MAZZARINO, PSC], part. vol. II.1, 455-470 (e nt. 502), e vol. II.2, 74-89.

‘cesariani’ come Sallustio) avrebbe creato paradigmi validi per il pensiero storico di ogni tempo²⁰; e lo stesso deve dirsi del sallustiano Tacito.

La prima comparsa di Tacito è dunque in relazione a una temperie storiografica di cui egli appare l’erede ultimo; Tacito era (o quanto meno era stato nella composizione della *Germania*) un estimatore di Cesare (cfr. *Germ.* 28: *summus auctor divus Iulius*). Ma per Mazzarino è soprattutto valido il sillogismo per cui, essendo Sallustio il massimo esponente di una storiografia ‘cesariana’, ed essendo Tacito un sallustiano, Tacito possa essere percepito come il corifeo ultimo di una tradizione storiografica che interessa almeno il periodo della crisi repubblicana e il primo secolo e mezzo del principato. Ma non vi è solo questo. Più innanzi Mazzarino stesso affermerà che Tacito «è uno dei molti, e però il più grande» fra questi storici cesariani. E, come avremo modo di vedere, proprio Tacito sarà la chiave di lettura attraverso la quale Mazzarino tenterà di spiegare se non tutta almeno ampia parte della storiografia del primo principato.

Una percezione unitaria dei due storici, del resto, era avvertita già in antico. Nella sua *Storia della storiografia romana* Giuseppe Zecchini ha opportunamente osservato come un parallelismo fra Sallustio e Tacito fosse ben presente già sul finire dell’età imperiale²¹. Alla fine del IV secolo, l’autore dell’*Historia Augusta* indicava Sallustio, insieme a Trogo, Livio e Tacito, quali i principali storici di lingua latina (*Hist. Aug. Prob.* 2.7 e *Aurelian.* 2.2). All’incirca un secolo dopo, ancora Sidonio Apollinare lodava insieme Sallustio e Tacito (*Carm.* 2.190-192 e 23.152-153): i due autori erano dunque letti in parallelo nella temperie classicista del tardo impero.

Una nozione di unitarietà destinata a conservarsi nel corso dei secoli, e che si coglie per esempio (solo uno dei numerosi possibili) tra le pieghe delle *Adnotationes in Cornelium Tacitum* di Andrea Alciato; occuparsi *ex professo* di questo aspetto ci porterebbe lontano. Di certo

²⁰ MAZZARINO, *PSC*, II.1, 455.

²¹ G. ZECCHINI, *Storia della storiografia romana*, Roma-Bari, 2016, 89.

era un'opinione condivisa nella storiografia²² e ben presente – come abbiamo visto – anche a Ronald Syme, non a caso autore anche di un importante studio su Sallustio – certo più breve, ma in fin dei conti meno dispersivo, del *Tacitus* – apparso negli anni '60²³.

Un'ultima considerazione, infine, sul vincolo genetico che lega Tacito a Sallustio. Un vincolo per il quale Ronald Syme avrebbe formulato l'icastica considerazione che «the debt of Tacitus to Sallustius ... is evident enough: their affinity goes much deeper than words»²⁴. Ma era un vincolo di metodo, proprio degli sviluppi di una certa linea della storiografia senatoria. È questo – sempre secondo Syme – l'esempio di Gaio Asinio Pollione: Uno storico che leggiamo in frammenti, ma per il quale, nonostante l'inopia di testimonianze, non sarebbe privo di senso affermare che fosse decisamente affine («closely akin», scrive Syme) tanto a Sallustio, quanto a Tacito: tre *patres, homines novi* ma profondamente imbevuti della ideologia dell'ordine senatorio, tutti testimoni inquieti della crisi della *libertas* e della sconfitta del ceto dirigente²⁵. Ma Asinio Pollione è uno storico che noi leggiamo in (esigui) frammenti e dunque Mazzarino ne maneggia con cura – quasi ne tace, ma in qualche modo ne sottintende – il posizionamento fra Sallustio e Tacito.

5. Più scoperta, invece, è la trattazione del rapporto di dipendenza di Tacito da Sallustio. Mazzarino recupera questa tradizione, ma non si limita a riferirne: come nel suo stile di minuzioso ricercatore, per questo capace di grandi ricostruzioni – che gli derivavano, avrebbe detto Giuseppe Giarrizzo da una «dottrina impressionante, che spazia(va) dalla

²² Ben presente in scritti maturati nella cultura ottocentesca, come per esempio L. LA VISTA, *Sallustio*, in ID., *Memorie e scritti*, a cura di P. Villari, Firenze, 1863, 43-48.

²³ R. SYME, *Sallust*, Oxford, 1964 (= *Sallustio*, Brescia, 1968, 2000²). Ma vale la pena di richiamare anche il parallelismo fra le opere monografiche indagato con profitto nella poderosa opera di F. GIANCOTTI, *Strutture delle monografie di Sallustio e Tacito*, Firenze, 1971.

²⁴ R. SYME, *Roman Revolution*, cit., 5.

²⁵ R. SYME, *Roman Revolution*, cit., 5.

letteratura alla filosofia, alla linguistica, oltretutto alla storia generale e speciale»²⁶ – mette la mette piuttosto alla prova dei fatti²⁷.

Lo fa attraverso la formulazione di una tesi ardita e che gli avrebbe procurato gli strali di Arnaldo Momigliano e di Antonio La Penna. Mi riferisco alla discussa questione del legame politico che avrebbe unito Sallustio a Ventidio Basso, trionfatore (in età triumvirale) sui Parti. Sallustio ne avrebbe scritto l'*oratio triumphalis* poiché avrebbe visto in Ventidio la prosecuzione di quegli ideali cesariani per ampia parte traditi dai triumviri *rei publicae constituendae*.

Un'ipotesi, quella di un Sallustio 'politico' in piena età triumvirale, che Mazzarino presentava quasi come una certezza²⁸ ma che La Penna avrebbe ritenuto una «brillante giostra sofistica», una «ipotesi così fragile che non ci sarebbe profitto a discuterla»²⁹. Giudizi che oggi possiamo senz'altro rubricare come ingenerosi, tanto più che le dettagliate ricerche di recente condotte su Ventidio Basso giungono ora a conclusioni

²⁶ Così G. GIARRIZZO, *Santo Mazzarino: un maestro*, cit., 605.

²⁷ Sulla «straordinaria erudizione» di Santo Mazzarino v. anche le notazioni di L. CRACCO RUGGINI, *La società tardoantica secondo Santo Mazzarino*, in *Rivista Storica Italiana*, 101, 1989, 697-699. Sul punto, ma con toni agiografici che si spiegano tuttavia nell'affezione che inevitabilmente i discepoli sono soliti riservare ai propri venerati maestri, A. GIARDINA, *Il maestro, il discepolo e gli altri maestri: un percorso nella storia romana*, in *Anabases*, 10, 2009, 61-73 (64: «sembrava attingere depositi di parole, correnti di testi, giacimenti sperduti di segni... versando[li] nel dibattito»). Ma v. anche A. GIARDINA, *Santo Mazzarino*†, in *Gnomon*, 62, 1990, 374-379, part. 375. Un sostanziale influsso all'approccio erudito, come esercizio di dialogo «con tutta la storiografia del suo tempo» derivava a Mazzarino dalla formazione giovanile sulla dottrina tedesca: cfr. M. MAZZA, *Il dialogo con i maestri: Mazzarino e la storiografia tedesca dell'Ottocento*, in *Mediterraneo Antico*, 11, 2008, 341-358.

²⁸ MAZZARINO, *PSC*, II.1, 364 ss.

²⁹ A. LA PENNA, *Sallustio e la rivoluzione romana*, Milano, 1968 [rist., con introduzione di A. Marcone, Milano, 2017], 10. In ogni caso La Penna (pp. 46-47) segue l'impostazione di Syme nell'accostamento di Sallustio e Tacito. Ma la tesi di Mazzarino, benché sostenuta con «argomenti che ... non sono dei più probanti», non è rigettata da F. Della Corte, *Recensione a Santo Mazzarino, Il pensiero storico classico*, in *Maia* 21, 1969, 181, che adduce ulteriori argomenti (identificando cioè Ventidio con il *mulio* di *Catalepton* 10).

che paiono indirizzarsi anch'esse, ancorché in modo non definitivo, nella direzione a suo tempo battuta da Mazzarino³⁰.

Su queste premesse, muovendo cioè dalla considerazione che Sallustio fosse «un ammiratore incondizionato di Ventidio», e che tale dato non potesse essere ignoto a Tacito, poiché a Sallustio egli «si collega idealmente in tutte le sue opere», Mazzarino perviene dunque alla conclusione che «la continuità Sallustio-Tacito nella valutazione positiva di Ventidio non possa mettersi in dubbio»³¹.

In considerazione di ciò, Mazzarino capovolge l'esegesi consolidata del lungo *excursus* di *Germ.* 37³², in cui Ventidio è esplicitamente ricordato come trionfatore sui Parti, escludendo un giudizio di disprezzo o di sarcasmo nei confronti dello stesso Ventidio e arrivando anzi a teorizzare un «imperialismo moderato» del Tacito della *Germania*, in linea con le tendenze sallustiane e che riflette il contesto della Roma di fine I secolo.

In un'ingenerosa e impaziente recensione ai primi due dei tre tomi del *Pensiero storico classico*, apparsa nella *Rivista Storica Italiana* del 1967,

³⁰ F. ROHR VIO, *Publio Ventidio Basso fautor Cesaris tra storia e memoria*, Roma, 2009, 147-155, part. 148-149.

³¹ S. MAZZARINO, *PSC*, II.1, 456.

³² *Eundem Germaniae sinum proximi Oceano Cimbri tenent, parva nunc civitas, sed gloria ingens. Veterisque famae lata vestigia manent, utraque ripa castra ac spatia, quorum ambitu nunc quoque metiaris molem manusque gentis et tam magni exitus fidem. Sescentesimum et quadragesimum annum urbs nostra agebat, cum primum Cimbrorum audita sunt arma, Caecilio Metello et Papirio Carbone consulibus. Ex quo si ad alterum imperatoris Traiani consulatum computemus, ducenti ferme et decem anni colliguntur: tam diu Germania vincitur. Medio tam longi aevi spatium multa in vicem damna. Non Samnis, non Poeni, non Hispaniae Galliaeve, ne Parthi quidem saepius admonere: quippe regno Arsacis acrior est Germanorum libertas. Quid enim aliud nobis quam caedem Crassi, amisso et ipse Pacoro, infra Ventidium deiectus Oriens obiecerit? At Germani Carbone et Cassio et Scauro Aurelio et Servilio Caepione Gnaeoque Mallio fuis vel captis quinque simul consularis exercitus populo Romano, Varum trisque cum eo legiones etiam Caesari abstulerunt; nec impune C. Marius in Italia, divus Iulius in Gallia, Drusus ac Nero et Germanicus in suis eos sedibus perculerunt. Mox ingentes Gai Caesaris minae in ludibrium versae. Inde otium, donec occasione discordiae nostrae et civium armorum expugnatis legionum hibernis etiam Gallias adfectavere; ac rursus inde pulsi proximis temporibus triumphati magis quam victi sunt.*

Momigliano definì l'ipotesi di una continuità Sallustio-Tacito nella valutazione positiva di Ventidio come uno «stravagante appiglio» per introdurre Tacito nella trattazione³³. In realtà questa è solo una delle linee di contatto che Mazzarino annota nelle ultime pagine di questo complesso capitolo: oltre alla lettura di *Germ.* 37 quale «commentario attualizzato» di *bell. Iug.* 114, si pensi ancora, alla *Dekadenzidee* che Mazzarino coglie da Fabio Pittore a Sallustio, da Livio a Tacito³⁴.

In ogni caso, Momigliano è costretto ad ammettere che «Tacito vive di per sé, nelle pagine di Mazzarino», forse per certi versi «assai più persuasivo che Sallustio», poiché in Tacito, «pessimista sostenitore dell'impero di Roma, Mazzarino ritrova uno di quegli uomini classici a lui cari, che vivono e prosperano nelle contraddizioni, mentre noi moderni siamo chiusi in una unica verità e convinti di essa»³⁵.

In queste parole di Momigliano si può forse cogliere anche una sottile ironia³⁶; è in ogni caso condivisibile che in Tacito, e tanto più nel

³³ A. MOMIGLIANO, *Recensione a Santo Mazzarino, Il pensiero storico classico, I-II,1*, in *Rivista Storica Italiana*, 79, 1967, 206-219 (poi in ID., *Quarto contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico*, Roma, 1969, 59-76), part. 215. Il confronto fra Momigliano e Mazzarino, che vide più volte intrecciarsi i percorsi dei due studiosi, è stato oggetto di riflessione in storiografia: vd. almeno M. MAZZA, *Ricordo di Santo Mazzarino e Arnaldo Momigliano*, in *Orpheus*, 12, 1991, 317-341, ed E. GABBA, *Santo Mazzarino e Arnaldo Momigliano: due maestri*, in *Rivista Storica Italiana*, 104, 1992, 545-557 (part. 556-557 per quanto attiene ai giudizi formulati da Momigliano sul *Pensiero storico classico*).

³⁴ Sull'influsso della *Dekadenzidee* nell'opera di Mazzarino vd. G. SASSO, *Santo Mazzarino: la decadenza, il tempo. Appunti e riflessioni*, in *Mediterraneo Antico*, 11, 2008, 305-340, part. 312-315, 325-327.

³⁵ Come mostra MAZZARINO, *PSC*, II.1, 463, seguito poi da F. SARTORI, *Considerazioni di storiografia antica*, in *Historia*, 22, 1973, 391. Le parole tra caporali sono di MOMIGLIANO, *Recensione di Santo Mazzarino*, cit., 215. La convinzione che nella «evoluzione del pessimismo storico» risieda «una caratteristica per l'intendimento di tutta la storiografia romana» (così S. MAZZARINO, *PSC*, II.1, 327) è messa in rilievo anche da F. CORSARO, *Recensione a Santo Mazzarino, Il pensiero storico classico*, in *Orpheus*, 14, 1967, 81-85, part. 84.

³⁶ Sottile ironia, non dissimile da quella che mi pare si possa rintracciare nel giudizio momiglianeo sul *Tacitus* di Syme: «Seit Justus Lipsius ist niemand mit Tacitus besser vertraut gewesen als Syme. Es ist ihm nun gelungen, in seinem neuen Buch seine

Tacito di Santo Mazzarino, si rintraccino aporie, oltre che dogmi; d'altro canto era stato lo stesso Mazzarino ad affermare consapevolmente che Sallustio e Tacito, come del resto già Tucidide, «cercano l'obiettività quando trattano di politica esterna, come quando toccano di quella interna; tuttavia assai spesso appaiono a noi più 'obiettivi' nell'interpretazione del punto di vista di avversari esterni»³⁷.

6. Tacito fa insomma un uso disincantato delle proprie fonti: cerca di maneggiare gli atti in modo obiettivo, ma non può sottrarsi alla tara di una lettura politica dei fenomeni che esamina.

È questo forse il punto in cui maggiormente si percepisce l'intreccio fra la lezione di Santo Mazzarino e quella di Ronald Syme. Già nella sopra citata recensione allo studio di Alfredo Passerini su *Le coorti pretorie*³⁸, Mazzarino (siamo nel 1941) insisteva sul fatto che l'opera di Tacito, come anche quella di Svetonio, «dev'essere inquadrata in tutto il loro atteggiamento di pensiero, essenzialmente ostile a quel mondo storico che trattano e che vedono, come storici 'costituzionali' e senatorii (alludiamo specialmente a Tacito) sotto una luce negativa. Lo storico deve invece contrapporre ai 'giudizi' di Tacito la concreta realtà». Lo studio della guardia pretoriana costituisce un utile esempio al riguardo: le coorti pretorie non furono solo la sbirraglia preposta alla difesa del *princeps*. La loro svalutazione in dottrina è il «risultato del tradizionale atteggiamento illuministico verso la storia imperiale che esaltava le fonti antimperiali, di origine senatoria, e rinunciava a vedere l'azione culturale, politica e militare dell'impero»³⁹.

Dal canto suo Syme – che è improbabile leggesse, nell'Inghilterra

Bewunderung für den Historiker zu objektivieren» (così A. MOMIGLIANO, *Rezension von Ronald Syme, Tacitus*, cit., 55).

³⁷ S. MAZZARINO, *PSC*, II.1, 469-470.

³⁸ A. PASSERINI, *Le coorti pretorie*, Roma, 1939.

³⁹ S. MAZZARINO, *Recensione ad A. Passerini, Le coorti pretorie*, in *La Nuova Italia*, 12, 1941, 337-340.

dell'immediato dopoguerra, la recensione di Mazzarino a Passerini – in una pagina famosa del *Tacitus* avrebbe analogamente osservato che: «The prime quality of Cornelius Tacitus is distrust. It was needed, if a man were to write about the Caesars. Eloquence and anger denounce that period as no better than the fraudulent or fragmentary annals of the early Republic. The protest is petulant but instructive. The Republic, in its closing age, exhibited history in the full light of day. With the Empire a veil descends, and the truth about many matters of high policy, more or less disguised at the time, became impenetrable to posterity. The sharpest insight might have to confess itself baffled. (...) The operations of an historian on the borderland of fact and fraud are the most exacting test of his powers. Several episodes establish the superior strategy of Cornelius Tacitus. (...) Most of the historian's critical work is lost to view, the polemics being veiled, and he seldom cares to specify the grounds for choice or rejection. From time to time a fact, a name, or a comment, while unobtrusively revealing his methods, will show him vigilant all through»⁴⁰.

Questo dialogo a distanza⁴¹ tra Mazzarino e Syme si chiude con alcune pennellate che rintracciamo ancora nel *Pensiero storico classico*. Per esempio, mostrando, nella scia di Ettore Paratore e di Cesare Questa⁴², come l'annalistica di Sisenna (ma anche di Celio Antipatro), fosse un punto di riferimento ben presente nel Werdegang storiografico di Tacito⁴³, Mazzarino coglie un filo unitario che va da Sisenna a Tacito

⁴⁰ R. SYME, *Tacitus*, cit., I, 398-399.

⁴¹ Non vi è infatti traccia nota di contatti epistolari fra i due: gli unici italiani di cui restino lettere nel fondo d'archivio di Syme sono Momigliano e Paratore (con una lettera ciascuno). La lista degli estratti lasciati in eredità da Syme al Wolfson College dimostra però l'esistenza di qualche contatto (sono conservati quattro estratti di contributi apparsi fra il 1969 e il 1973). È d'altro canto parimenti vero che Syme conservò pochissima della corrispondenza ricevuta.

⁴² E. PARATORE, *Tacito*, Roma, 1951, 1962²; C. QUESTA, *Studi sulle fonti degli Annales di Tacito*, Roma, 1960.

⁴³ Si pensi, in particolar modo con riferimento a Celio Antipatro, alle considerazioni svolte in margine a Tac. *ann.* 4.42-43.

passando per Catone e per Sallustio: essi sono tutti esponenti di una 'storiografia senatoria' che – in una crescente percezione di decadenza – indugia nella difesa del *mos Italicus* al fine di impedire fra le altre cose, per una malintesa tendenza provinciale, il decadimento economico e sociale dell'Italia. Si tratta di considerazioni che permettono a Mazzarino anche di postulare, a differenza di quanto ritenuto da Syme, un'origine italica di Tacito⁴⁴. Si tratta di un argomento per ampia parte condivisibile, anche alla luce delle considerazioni che si possono svolgere in margine al dibattito senatorio di età claudiana sul conferimento del *ius honorum* ai *primores* della Gallia Comata, nel modo in cui è riferito da Tacito⁴⁵.

Eppur tuttavia, riaffermando questa idea di unitarietà, Mazzarino è in ogni caso consapevole del fatto che Tacito, a differenza di Sallustio «viveva in un'epoca in cui la critica» a certe tendenze dell'imperialismo romano derivate dall'avvento del principato «era penetrata nel cuore delle stesse classi dirigenti»: in primo luogo l'ordine senatorio, al quale Tacito apparteneva. Ed egli era dunque destinato a divenire «il rappresentante insigne di una storiografia senatoria che esalta la *libertas* e condanna l'autocrazia»⁴⁶.

Pur nella diversità di considerazioni in ordine all'*origo* di Tacito, che Syme riteneva provinciale, probabilmente della Gallia Narbonese, Mazzarino condivide con lo storico neozelandese l'idea dello spirito con il quale Tacito affronta la costruzione della sua opera, la sua funzione di storico di fronte alla sua epoca e ai posteri.

⁴⁴ S. MAZZARINO, *PSC*, II.1, 457. Per un'impostazione del problema v. anche F. SARTORI, *Considerazioni di storiografia antica*, cit., 391-392 (che pure pare concludere per un'origine di Tacito da *Patavium*).

⁴⁵ Gli studi di riferimento restano A. DE VIVO, *Tacito e Claudio*, Napoli, 1980, e A. GIARDINA, *L'identità incompiuta dell'Italia romana*, in *L'Italie d'Auguste à Dioclétien. Actes du colloque international, Rome, 25-28 mars 1992*, Rome, 1994, 1-89; ripubbl. con *addenda* in ID., *L'Italia romana. Storie di un'identità incompiuta*, Roma-Bari, 1997, 3-116. Ma vd. anche quanto ho osservato in P. BUONGIORNO, *Claudio, il principe inatteso*, Palermo, 2017, 143-148.

⁴⁶ S. MAZZARINO, *PSC*, II.1, 470.

7. Si tratta in ogni caso di temi destinati a essere reconsiderati in modo più articolato nella prima parte del secondo tomo del secondo volume del *Pensiero storico classico*⁴⁷; qui le idee precedentemente tratteggiate⁴⁸ giungono a maggiore compattezza. La VII parte, consacrata a *L'età romana imperiale*, si apre con un capitolo anche in questo caso eloquentemente intitolato *Da Sallustio a Tacito*. Mazzarino individua in una costante dialettica con l'opera di Tacito la cifra per considerare l'intera storiografia della prima età imperiale.

Il legato culturale dello storico senatorio è essenziale agli occhi di Mazzarino: Tacito, membro dell'ordine senatorio (forse di prima generazione: Mazzarino è fortemente legato alla tesi che il padre di Tacito fosse stato di rango equestre, procuratore della Gallia Belgica nella prima età flavia) è presentato infatti come il massimo narratore del principato, l'«insigne storico della libertà perduta».

Tacito si pone nel solco della «battaglia delle idee» vinta a suo tempo da Cicerone su Cesare. Un solco nel quale si era posta un'intera generazione di storici che, fra età augustea e tiberiana, aveva conosciuto la censura del potere imperiale. Mazzarino rileva come questa storiografia censurata “per senatoconsulto” (Cremuzio, prima di lui Labieno) fosse andata conducendo un lungo ‘dialogo sulla morte di Cicerone’, e sul problema della legittimazione politica del potere imperiale conseguito da Augusto e dei suoi successori⁴⁹. Si badi bene, non un discorso sulla

⁴⁷ S. MAZZARINO, *PSC*, II.2, 75-89.

⁴⁸ In S. MAZZARINO, *PSC*, II.1, 455-470.

⁴⁹ Dialogo sulla morte di Cicerone non a caso destinato a riverberarsi anche sulle scuole di declamazione, come ha messo in luce fra gli altri, nel solco di una consolidata tradizione di studi, E. MIGLIARIO, *Retorica e storia. Una lettura delle Suasoriae di Seneca Padre*, Bari, 2007, 121-160. L'intreccio fra narrazione storica e metodo declamatorio (soprattutto di marca *suasoria*) si coglie bene nei frammenti delle *Historiae ab initio bellorum civilium* di Seneca Padre noti dai lacerti di *PHerc. 1067 lat.* magistralmente editi da V. PIANO, *Il PHerc. 1067 latino: il rotolo, il testo, l'autore*, in *Cronache ercolanesi*, 47, 2017, 163-250, e su cui si vedano anche i saggi confluiti in *Seneca the Elder and his rediscovered 'Historiae ab initio bellorum civilium'. New perspectives on early-imperial Roman historiography*, ed. by M.C. Scappaticcio, Berlin-Boston, 2020.

legittimità formale, che mai fu carente, almeno fino ad alcune delle convulse vicende dell'anno 69 d.C., ossia l'espressione dell'essere legittimo, conforme cioè alla legge e dunque 'giusto e meritevole di accettazione'; ma un discorso sulla legittimazione, ossia sull'insieme di atti, di natura eminentemente politica, e di considerazioni sociali volte a definire l'idoneità al conseguimento di un potere concorrente ai poteri dell'ordinamento repubblicano⁵⁰.

8. L'impianto, diacronico e sincronico a un tempo, che caratterizza queste e molte altre pagine del *Pensiero storico classico* permette a Mazzarino di adoperare la trattazione sull'ideologia sottesa alla produzione tacitiana, per inquadrare, in modo più generale, l'intera storiografia della prima età imperiale. Degli storici 'censurati' siamo venuti dicendo. Ma, assumendo a modello Tacito, Mazzarino passa poi in rassegna, fra gli altri, Velleio Patercolo, non già campione di una storiografia in opposizione a quella senatoria ma un «conformista» (così Mazzarino) che esalta l'impero e che nel suo giudizio favorevole per Livio Druso (*trib. pl.* 91 a.C.) nasconde l'adulazione per Livia, madre di Tiberio⁵¹. Seguono poi l'epopea della Farsaglia di Lucano, rappresentata come più vicina per ideali a Tacito che a Velleio, che assorbe la «concezione gentilizia dei fatti storici» tipica del tempo ma, a differenza della disillusione tacitiana, pare riflettere l'ideologia del *quinquennium felix* e della sottesa, auspica-

⁵⁰ Il tema sarà richiamato più innanzi, con qualche considerazione a margine dell'*arcanum imperii*, nel § 10 *infra*. Ma sulla dialettica fra legittimità istituzionale e legittimazione politica al tempo del *longus et unus annus* vd. le osservazioni svolte in P. BUONGIORNO, *Alla ricerca della legittimazione: principi, senatori e magistrati nel 68-69 d.C.*, in *Costruire la memoria. Uso e abuso della storia fra tarda repubblica e primo principato* (Venezia, 14-15 gennaio 2016), R. Cristofoli, A. Galimberti, F. Rohr Vio, Roma, 2017, 215-243.

⁵¹ Per una prospettiva differente vd. T. HILLARD, *Velleius 2.124.2 and the reluctant princeps: the evolution of Roman perceptions of leadership*, in *Velleius Paterculus: Making History*, ed. by E. Cowan, Swansea 2011, 234 e 248 nt. 118. Ma sul legame fra Velleio e Livia vd. K. WELCH, *Velleius and Livia: making a portrait*, sempre in *Velleius Paterculus*, cit., 309-334.

ta concordia fra Nerone, allora agli inizi, e il senato: a tale proposito Mazzarino giustamente richiama la celebrazione proemiale di Nerone e l'esaltazione di L. Domizio Enobarbo, che aveva difeso *Corfinium* contro Cesare. Altri affreschi, sempre mediante l'istituzione di confronti o paralleli con l'opera tacitiana, sono dedicati al *de beneficiis* senecano, alla frammentaria opera di Vipstano Messalla, a Flavio Giuseppe.

Interessante, in questo quadro, la vicenda di Curzio Rufo: nelle *Storie di Alessandro Magno* di questo oscuro autore, Mazzarino aveva rintracciato elementi (*in primis* il riferimento a un imperatore che al momento della successione aveva spento fiaccole e riposto spade⁵²) all'epopea dell'imperatore Claudio, che per l'appunto avrebbe riportato l'ordine in senato e fra i *cives* dopo la congiura del 24 gennaio 41⁵³. Da qui, anche sulla base di suggestioni prosopografiche, M. aveva difeso l'identificazione di questo storico con il Q. Curtius Rufus ricordato in Tac. *ann.* 11.20-21 per la sua attività di legato di legione in *Germania superior*. Argomento al quale ampia parte della storiografia aveva sempre opposto il fatto che Tacito non accennasse all'attività letteraria di questo senatore vicino a Claudio⁵⁴, sostenendo anzi, sin dai tempi di Barthold G. Niebuhr, che lo storico Curzio Rufo avesse operato in età severiana. Ma l'argomento sostenuto da Mazzarino pare ora trovare conferme importanti sulla base degli studi di James R. Hamilton e di quelli più segnatamente prosopografici di Annalisa Tortoriello⁵⁵.

⁵² Curt. Ruf. *hist. Alex.* 10.9.3-6: *Proinde iure meritoque populus Romanus salutem se principi suo debere profitetur, qui noctis, quam paene supremam habuimus, novum sidus inluxit. Huius, hercule, non solis ortus lucem caliganti reddidit mundo, cum sine suo capite discordia membra trepidarent. Quot ille tum extinxit faces! quot condidit gladios! quantam tempestatem subita serenitate discussit! Non ergo revirescit solum, sed etiam floret imperium. Absit modo invidia, excipiet huius saeculi tempora eiusdem domus, utinam perpetua, certe diuturna posteritas.*

⁵³ S. MAZZARINO, *L'impero romano*, cit., 216 e nt. 6.

⁵⁴ Tanto da ricevere gli *ornamenta triumphalia* per un'operazione in provincia tutto sommato secondaria, ossia lo sfruttamento di un giacimento aureo immediatamente oltre il Reno, ai piedi del massiccio del Taunus.

⁵⁵ J.R. HAMILTON, *The Date of Quintus Curtius Rufus*, in *Historia*, 37, 1988, 445-456; A. TORTORIELLO, *I fasti consolari degli anni di Claudio*, in *Memorie dell'Accademia dei Lincei*.

Di questo tenore sono gli *excursus* che, nelle pagine finali del primo capitolo della VII parte del *Pensiero storico classico*, inframezzano la trattazione del profilo di Tacito. Ed essi si spingono fino al complesso rapporto fra biografia e storiografia – e dunque al rapporto fra Svetonio e Tacito – e fra generi biografici in generale, in cui Mazzarino contrappone alla biografia ellenistico-romana ‘biografie di ambiente senatorio’, dalla forte caratura stoica. Si pensi alla, per noi perduta, biografia di Catone Uticense attribuita a Trasea Peto: una eco di questo modello è senz’altro nel *De vita et moribus Iulii Agricolae* di Tacito (che però sarei propenso a continuare a leggere anche nel senso di un desiderio di autorappresentazione di Tacito, genero di Giulio Agricola, all’avvio del nuovo corso politico segnato dall’avvento al principato di Traiano⁵⁶).

9. Mazzarino giunge dunque a trarre un bilancio su Tacito: ‘storico-tragico’⁵⁷, ma soprattutto ‘storico senatore’, sposando così in pieno gli argomenti di Syme. Le letture di Tacito compiute da Syme e da Mazzarino hanno insomma un denominatore comune non trascurabile. Restano, evidentemente, alcune differenze di vedute sostanziali: l’origo di Tacito, cui sopra si è accennato, e ancora l’attribuzione allo storico del *Dialogus de oratoribus* (recisamente respinta da Mazzarino), ma soprattutto la cronologia degli *Annales*, per cui a dire il vero mi pare che una datazione alla primissima età adrianea (come mostrerebbe tra l’altro l’influsso della monetazione adrianea con la fenice [117-118 d.C.] sulla digressione di *ann.* 6.34) continui ad essere preferibile⁵⁸. Non è, in

Classe di Scienze Morali, Storiche e Filologiche, s. IX, 17.3, 2004, 493-495. Propende invece per una collocazione in età flavia G. ZECCHINI, *Storia della storiografia*, cit., 157.

⁵⁶ In tal senso già G. ZECCHINI, *Storia della storiografia*, cit., 161. Per un inquadramento della questione v. anche A.J. WOODMAN, *Tacitus. Agricola*, Cambridge, 2014, 25-30.

⁵⁷ Aspetto, questo, su cui porrà invece un accento – a mio parere eccessivo – ancora F. ARNALDI, *Tacito*, Napoli, 1973, part. 59: «La verità è che Tacito ha un suo modo particolare di fare la storia, “drammatizzando”, risolvendo in narrazione, in azione, sulla scia, del resto, della più grande tradizione antica, il particolare di diritto pubblico ...».

⁵⁸ Per un’impostazione generale del problema v. S. MAZZARINO, *L’impero romano*, cit., *Addendum*, 913 ss.

ogni caso, solo un problema di date, ma della funzione attribuita all'opera di Tacito in chiave di contributo al dibattito politico contemporaneo all'autore. La datazione dell'opera agli ultimi anni del principato di Traiano e alle prime battute di quello adrianeo avrebbe infatti la conseguenza di «postulare negli *Annali* un'eco della politica degli ultimi tempi di Traiano e di quella adrianea, estremamente autoritaria, sicché la datazione» (così Mazzarino, che comunque respinge questa lettura).

In ogni caso, la maggiore divaricazione esegetica fra Syme e Mazzarino si coglie in modo peculiare in alcuni aspetti relativi all'interpretazione della narrazione di Tacito. La lettura di Syme, per ampia parte giocata sui profili di *Quellenforschung* e di prosopografia, non ignora alcuni problemi economico-sociali che emergono soprattutto dagli *Annales*; così come non ignora talune questioni giuridiche o di natura religiosa. Semplicemente, questi aspetti non sono immediatamente al centro della riflessione dello studioso neozelandese e travalicano la mera lettura dell'opera di Tacito. Un esempio icastico è relativo al culto imperiale: pur cogliendo Syme – attraverso una fine esegesi del primo libro degli *Annales* – il contrasto di Paullo Fabio Massimo con Tiberio, «il consueto fastidio» di questo studioso «per gli aspetti del culto imperiale non lascia spazio all'editto di Fabio Massimo al *koinón* d'Asia sulla celebrazione del genetliaco di Augusto, un documento che tanto invece diceva al Mazzarino»⁵⁹.

Ma non è solo una questione di interessi scientifici; più in generale meno grave è l'influsso su Syme dei processi storiografici, antichi e moderni, e in generale dell'erudizione ottocentesca. Non a caso è stato finemente osservato che «all'intelligenza di Tacito» Syme fosse «perve-

⁵⁹ Così M. PANI, *Il senso del nuovo fra costume e politica*, in *Continuità e trasformazioni fra repubblica e principato*, a cura di M. Pani, Bari, 1991, 125-126 e nt. 10, ora in ID., *Potere e valori a Roma tra Augusto e Traiano*, Bari, 1993², 207 nt. 10, a proposito di S. MAZZARINO, *PSC*, II.2, 387. Ma in tema vd. anche U. LAFFI, *Le iscrizioni relative all'introduzione nel 9 a.C. del nuovo calendario della provincia d'Asia*, in *Studi Classici e Orientali*, 16, 1967, 5-98, part. 49-52, e brevemente W. ECK, *Riflessione sul cap. 13 delle Res Gestae Divi Augusti*, in, *Leaders & Masses in the Roman World. Studies in Honor of Zvi Yavetz*, ed. by I. Malkin, Z. Yavetz, Leiden, 1995, 13.

nuto dall'analisi proposopografico-sociologica delle classi dirigenti coloniali e senatoriali prima e più che dalla ricostruzione o intellezione dell'antica storiografia»⁶⁰.

Syme legge la storia del lento trapasso dalla repubblica all'impero, attraverso la lunga fase di un principato di marca augustea che elude ogni forma di definizione⁶¹, nei termini di una attualizzazione del conflitto politico e delle sue conseguenze sul piano istituzionale. Come ha ben osservato Giuseppe Zecchini, a partire dalla *Roman Revolution* e sino alla *Augustan Aristocracy* Syme descrive l'avvento e il consolidarsi del principato augusteo come la sostituzione di un'élite, la *nobilitas*, con una classe nuova, italica. Non si può non scorgere un influsso diretto del pessimismo del Tacito degli *Annales*. Syme, che vede Adriano come 'nuovo Nerone', è senza dubbio influenzato dai giudizi di valore formulati da Tacito. Un influsso che si dispiega (così come era avvenuto a suo tempo per Gibbon), persino nella cifra stilistica, forse anche per ragioni biografiche (progressiva dissoluzione dell'impero, ascesa dei totalitari-

⁶⁰ Così P. TREVES, *Speranza e disperazione in Tacito* (1965), ora in ID., «Le piace Tacito?». *Ritratti di storici antichi*, a cura di C. Franco, Milano, 2011, 172. Questo giudizio, in cui si può forse cogliere una velata critica al metodo di Syme, risente di una «istanza storiografica» analoga a quella di Momigliano e che «preval(se), in modi e per ragioni differenti, in entrambi gli allievi di De Sanctis». Ma cifra del lavoro di Treves su Tacito, spesso ignorato insieme ad altri suoi profili di autori antichi apparsi fra il 1958 e il 1966 e dedicati a Plutarco, Svetonio e Tucidide, furono il taglio erudito (che più di ogni cosa spinge Treves verso un approccio mazzariniano) e i riferimenti ottocenteschi, oltre che «giudizi talora idealizzati ... ma con forte senso del dibattito storico, evocato per scorci e senza ansie di registi bibliografici». Cfr. C. FRANCO, *Introduzione*, in TREVES, *o.c.*, XXXIV.

⁶¹ «The principate baffles definition» è la felice massima formulata in SYME, *Roman Revolution*, cit., 323. Anche in questo senso prende piede in Syme la recezione della nozione di *Revolution*, derivata a Syme dalla storiografia, soprattutto di marca tedesca, del XIX secolo (sul punto cfr. F. SANTANGELO, *Ronald Syme oltre la Rivoluzione romana*, in *Rivista Storica Italiana*, 128, 2016, 1011-1032). Un approccio rigettato invece da MAZZARINO, *PSC*, II.2, 183, che proprio in quanto fine conoscitore del dibattito storiografico ottocentesco, osserva come il concetto di rivoluzione, benché «plurivalente», sia «moderno» e «non mai classico». Favorevole a tale notazione, che segna un punto di distacco forte fra Syme e Mazzarino, è anche F. DELLA CORTE, *Recensione a Santo Mazzarino*, cit., 181-182.

mi in Europa, crollo definitivo dell'impero nel secondo dopoguerra, i venti di guerra che attraversarono l'Europa nella seconda metà degli anni '30): e il risultato è, almeno in parte, una sopravvalutazione di Tacito e di alcuni aspetti apparentemente oggettivi contenuti nella sua opera, in particolar modo negli *Annales*⁶².

Viceversa, la lettura della società imperiale proposta da Mazzarino non subisce Tacito, ma lo contestualizza, anche mediante la valorizzazione di altre fonti, in particolare oratori, sofisti di lingua greca, tradizione giudaica e autori cristiani.

Certamente l'analisi capillare compiuta da Syme costituisce, insieme agli studi di Paratore e di Questa, un'ossatura imprescindibile per le riflessioni di Mazzarino, che può dunque tentare di mettere a sistema una serie di spunti; dall'altro canto, egli è senz'altro più versatile nelle curiosità di studio, mostrando per esempio interesse per alcuni profili tecnico-giuridici e (come già ricordato) per le dinamiche religiose, così come emergono dall'opera di Tacito.

10. È possibile che questi interessi derivassero a Mazzarino anche da una dialettica feconda con i colleghi giusromanisti attivi a Roma alla metà degli anni '60, in particolar modo Edoardo Volterra e l'ultimo Pietro de Francisci. Entrambi molto citati già ne *L'impero romano*, sono sicuramente interlocutori privilegiati dello storico. Di de Francisci sono spesso citati i volumi di *Arcana imperii*, una riflessione complessiva sulle strutture del potere nel mondo romano⁶³.

⁶² G. ZECCHINI, in *Glen Bowersock e la tradizione classica*, cit., 384-385. Mi sembra in ogni caso eccessivo il giudizio formulato da A. LA PENNA, *Sallustio*, cit., 136 nt. 227, che pur esprimendo un giudizio positivo sull'opera di Syme «che sostituisce gruppi di uomini vivi e interessi reali ad esangui schemi giuridici e ideologici», si avventura ad affermare che «Syme avvia inconsciamente a vedere dietro i gruppi personali veri e propri movimenti di classe». Ma si tratta di un'ipercritica operata da La Penna, che infine è costretto ad ammettere come si tratti di una sua personale convinzione: «dall'opera, io credo, si ricava molto più di quanto non fosse nelle intenzioni dell'autore».

⁶³ Non è d'altra parte un caso che Mazzarino fosse autore del saggio introduttivo alla ristampa di *Arcana imperii*: S. MAZZARINO, *de Francisci fra «storicismo» e sociologia*,

Mazzarino coglie bene che «la storia del diritto è un aspetto della *historia*»; e in questo le testimonianze di Tacito sono ben valorizzate, atteso che lo storico, console suffetto nel 97 d.C., aveva una solida formazione giuridica, assolutamente *à la page* nella formazione dei membri dell'*uterque ordo*⁶⁴.

Dunque, anche l'*excursus* di ann. 3.25-28 sulla legislazione romana, collocato da Tacito a margine del dibattito di età tiberiana *de moderanda Papia Poppaea*, ha una rilevanza nell'economia del pensiero di questo storico senatorio; rilevanza perfettamente colta da Mazzarino⁶⁵, che insiste in modo particolare sull'assunto *corrupta re publica, plurimae leges*, da cui desume considerazioni in ordine alla percezione del fenomeno legislativo nella Roma imperiale che ora trovano conferma negli studi di Dario Mantovani⁶⁶. E d'altra parte, è condivisibile l'ulteriore con-

in P. DE FRANCISCI, *Arcana imperii*, I, Roma, 1970 (rist. dell'ediz. Milano, 1948), v-xx. Questo saggio permetteva a Mazzarino di giungere alla conclusione che, così come de Francisci si era mosso fra 'storicismo' e sociologia, era possibile in modo vieppiù generale affermare che «anche tra 'storicismo' e sociologia (non 'dallo storicismo alla sociologia'), tratta la nostra scienza della antichità: quando con sociologia si indichi non una classificazione pura, ma una ricerca storica sulle costanti che, in un processo dialettico, regolano la vita degli aggregati umani» (pp. xix-xx). Tale conclusione è stata oggetto di considerazioni ulteriori sullo statuto epistemologico della ricerca storica nella prospettiva di Mazzarino da parte di F. TESSITORE, *Santo Mazzarino 'tra storicismo e sociologia'*, in *Mediterraneo Antico*, 11, 2008, 359-368. Per quanto attiene a Volterra, oltre alle reciproche citazioni di scritti, è possibile rintracciare numerosi estratti e volumi con dedica di Mazzarino nella biblioteca Volterra e, soprattutto, lettere (allo stato ancora inedite) di Mazzarino a Volterra conservate presso l'Archivio Centrale dello Stato di Roma, nel 'Fondo Edoardo Volterra'.

⁶⁴ Qualche spunto sulla formazione dei senatori in P. BUONGIORNO, *Orazioni di senatori nel primo principato: fra tecnica declamatoria e saperi giuridici*, in *Le Declamazioni maggiori pseudo-quintilianee nella Roma imperiale. Contesti, tecnica, ricezione*, a cura di A. Lovato et alii, Berlin-Boston, 2021, 53-75.

⁶⁵ S. MAZZARINO, *PSC*, II.2, 72.

⁶⁶ V. in particolar modo D. MANTOVANI, *Mores, leges, potentia. La storia della legislazione romana secondo Tacito (Annales III 25-28)*, in *Letteratura e civitas. Transizioni dalla Repubblica all'Impero In ricordo di Emanuele Narducci*, a cura di M. Citroni, Pisa, 2012, 353-404, ma anche e soprattutto ID., *Legum multitudo e diritto privato Revisione critica della*

siderazione di Mazzarino, secondo il quale non è casuale la saldatura dell'*excursus* al dibattito sulla legislazione matrimoniale augustea. Tale legislazione costituì infatti l'ossatura della società romana riformata con l'avvento del principato, e influssi se ne avevano ancora alla fine del II secolo d.C., come mostra ora un testo importante, ovvero lo statuto municipale di *Troesmis*⁶⁷, in cui si ricordano non solo la *lex Iulia* e la *lex Papia Poppaea*, ma anche il *commentarius* del 5 d.C. che le avrebbe messe in relazione⁶⁸.

Da ultimo, pare opportuno richiamare l'attenzione sulla questione di quelli che Tacito definisce gli *arcana imperii*. È noto dalle fonti che, nel giugno del 68 d.C., a seguito alle numerose pronunce di alcuni fra i più influenti governatori provinciali, il senato si risolse a dichiarare Nerone *hostis publicus*, revocandogli i poteri imperiali e conferendoli a Galba. Eliminato il vecchio principe, e con la rinuncia a ogni aspirazione al potere manifestata da Verginio Rufo, l'assemblea senatoria era forse convinta di porre fine a ogni tensione. Tuttavia, come avrebbe bene osservato Tacito a circa un quarantennio dagli eventi (*hist.* 1.4.2),

finis Neronis ut laetus primo gaudentium impetu fuerat, ita varios motus animorum non modo in urbe apud patres aut populum aut urbanum militem, sed omnes legiones ducesque conciverat, evulgato imperii arcano, posse principem alibi quam Romae fieri.

La morte di Nerone, pur accolta con letizia al primo empito di gio-

tesi di Giovanni Rotondi, in *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*, a cura di J.-L. Ferrary, Pavia, 2012, 707-767 (e in trad. tedesca, con *addenda*, *Legum multitudo. Die Bedeutung der Gesetze im römischen Privatrecht*, Berlin, 2018).

⁶⁷ AE 2015, 1252.

⁶⁸ Su questo aspetto rinvio a P. BUONGIORNO, *Senatus consulta: struttura, formulazioni linguistiche, tecniche (189 a.C.-138 d.C.)*, in *AUPA* 59, 2016, 55-60. Un tema senz'altro caro a S. MAZZARINO, *L'impero romano*, cit., 861, è poi quello della conciliabilità delle informazioni desumibili dalla *tabula Hebana* con la notizia di Tac. *ann.* 1.15.1 (*tunc primum comitia e campo ad patres translata sunt*).

ia, determinò sentimenti contrastanti fra i vari attori sulla scena politica, poiché le vicende che avevano portato all'acclamazione di Galba avevano "svelato il segreto del potere": si poteva diventare principi fuori da Roma. In altre parole, nonostante le aspettative di concordia sottese all'elezione di Galba al principato, con la morte di Nerone avrebbe avuto inizio un concitato periodo di transizione (destinato a durare sino alla fine del 69) e nel quale diverse forze di quella che era stata la corte giulio-claudia si sarebbero contese un potere non più trasmissibile all'interno di un quadro dinastico.

Come osservato da Pietro de Francisci, in alcune pagine di una delle sue opere più note (il trattato dall'evocativo titolo '*Arcana imperii*'), nonostante che «la proclamazione dell'imperatore e l'investitura fossero, sia pure come atti formali, di competenza del senato», gli aspiranti al principato, «che tendevano ad affermare sempre più nettamente, ad accrescere e a consolidare il loro potere in antitesi al senato e agli altri organi repubblicani per ridurre questi sempre più ... a strumenti maneggiabili ai loro fini, non avevano altra via che quella di cercare la base della propria posizione in un'autorità personale col crearsi un seguito sempre più largo e potente, mirando a rinnovare a proprio vantaggio quella clientela, che era stata il punto di partenza dell'ascesa di Augusto. Seguito e clientele che non potevano non essere cercati nell'elemento militare, divenuto sin dal tempo di Mario una delle forze propulsive della trasformazione dello stato, anzi il fattore essenziale della rivoluzione». Dunque, se «la crisi seguit(a) alla morte di... Nerone parve segnare una ripresa del senato, durante il breve impero di Galba, come già nell'ultimo anno di quello di Nerone, gli eserciti pretesero di portare sul trono i loro candidati»⁶⁹.

Mazzarino sposa in pieno questa impostazione, in un complesso capitolo sulla «ragion di stato», in cui – in pagine tormentate – prende le mosse dalla divergenza ideologica di documenti come le *Res gestae divi Augusti* e la *lex de imperio Vespasiani*, per giungere infine a discutere di

⁶⁹ P. DE FRANCISCI, *Arcana imperii*, cit., III.1, 340-341.

questioni quali l'effettività e la percezione delle norme di diritto pubblico nella storiografia di età imperiale⁷⁰.

Anche questa sensibilità per gli aspetti giuridici ci permette di pervenire a una conclusione che appare chiara. Confrontarsi con Mazzarino, con il suo Tacito e il relativo legato di implicazioni e di sottintesi che questa lettura trasmette, aiuta senz'altro a comprendere meglio il divenire della storiografia romana, almeno di età imperiale. Dopo anni di relativa marginalizzazione⁷¹ è condivisibile, dunque, l'apprezzamento formulato – in termini generali – da Giuseppe Zecchini, che ha salutato con entusiasmo la citazione, nell'edizione Cornell degli storici romani in frammenti, del *Pensiero storico classico*⁷². Dunque, quello che per Mommigliano rappresentava un grave limite dell'opera, ossia che Mazzarino, da storico genuino qual era, si interessasse vivamente alla ricostruzione dei fatti, e anzi non separasse la storia della storiografia dalla ricostruzione storica, appare oggi, anche in una logica, auspicabile, di progressivo superamento degli steccati disciplinari, un concreto punto di forza di questo trattato⁷³.

⁷⁰ S. MAZZARINO, *PSC*, II.2, 85-89.

⁷¹ Penso all'assoluta mancanza di confronto con le tesi di Mazzarino nel peraltro fondamentale saggio di A. LA PENNA *Storiografia di senatori, storiografia di letterati*, in ID., *Aspetti del pensiero storico latino*, Torino 1978, 43-104; o ancora alla mancata recezione in studi, anche importanti, come il già richiamato studio di O. DEVILLERS, *Tacite et les sources des Annales*, cit.

⁷² G. ZECCHINI, *Il nuovo 'Peter': a proposito dei Fragments of the Roman Historians*, in *Rivista di Filologia e Istruzione Classica*, 143, 436-445.

⁷³ Metteva in evidenza il contributo metodologico di Mazzarino anche per la riflessione sulla storia del pensiero giuridico romano già A. SCHIAVONE, *'Tagliacarte' di S. Mazzarino*, *Il pensiero storico classico*, in *Labeo*, 13, 1967, 419-420.

Abstract

Il presente contributo affronta il tema dell'interpretazione del pensiero di Tacito nella storiografia della seconda metà del XX secolo, con particolare riguardo alle interpretazioni offerte da Ronald Syme, Santo Mazzarino e Arnaldo Momigliano, e con l'esame delle conseguenti ricadute di questo dibattito storiografico sull'esegesi dei profili giuridici dell'opera di Tacito, di vivo interesse per gli storici del diritto romano di piena età classica.

This paper deals with the theme of the interpretation of Tacitus' thought in the historiography of the second half of the 20th century, with close attention to the interpretations offered by Ronald Syme, Santo Mazzarino and Arnaldo Momigliano, and with an examination of the consequent repercussions of this historiographical debate on the exegesis of the juridical aspects of Tacitus' writings, which are of keen interest to historians of Roman law studying the mid-classical age.

Macerata, maggio 2023

ROCCO FAVALE, FABIAN KLINCK
E SINEM YALCIN*

DIFETTO DI PRESTAZIONE DI VIAGGIO
E RIMEDI A FAVORE DEL TURISTA
NEL DIRITTO TEDESCO**

SOMMARIO: 1. Note introduttive: l'occasione dell'indagine. – 2. Il tessuto normativo. – 3. Il difetto di prestazione di viaggio e i rimedi. – 3.1. La disciplina della garanzia. – 3.1.1. Contratto di pacchetto turistico. – 3.1.2. Difetto della prestazione di viaggio. – 3.1.2.1. Le posizioni della dottrina. – 3.1.2.2. Le posizioni della giurisprudenza. – 3.1.2.3. Conclusione interlocutoria. – 4. I rimedi giuridici a favore del turista. – 4.1. La disdetta secondo i §§ 651i III N. 5 e 651i II S.2. – 4.2. La riduzione del prezzo. – 4.3. Il risarcimento dei danni. – 5. La rilevanza della prevedibilità. – 5.1. Irrilevanza dell'esistenza di un difetto della prestazione di viaggio e i diritti di riduzione e di disdetta. – 5.2. La forza maggiore secondo il precedente regime giuridico. – 5.3. Motivo di esclusione nell'ambito del risarcimento dei danni di cui al § 651n I N.2. – 6. La nostra soluzione.

* Rocco Favale è professore ordinario nell'Università di Camerino, Fabian Klinck è professore ordinario nella Ruhr-Universität Bochum, Sinem Yalcin è studentische Hilfskraft della Cattedra di Diritto civile, Diritto romano e Diritto processuale civile del Prof. Fabian Klinck nella Ruhr-Universität Bochum.

** Il contributo è frutto della riflessione comune degli autori, tuttavia vanno assegnati a R. Favale i §§ 1 a 3.1.2.1., a F. Klinck i §§ 3.1.2.2. a 4.3., e infine a S. Yalcin i §§ 5 a 5.3. Il § 6 è stato redatto in comune.

1. *Note introduttive: l'occasione dell'indagine*

Il presente lavoro intende indagare la disciplina tedesca della responsabilità dell'impresa turistica, partendo da un caso ipotetico¹ in cui v'è un difetto nella prestazione di viaggio a favore del turista.

In sintesi, la vicenda ha inizio allorquando il signor Guerrini conclude un contratto con un *tour operator* per l'acquisto di un pacchetto turistico per lui e la sua famiglia (moglie e due figli) al fine di visitare Playa del Carmen in Messico. Il pacchetto include una vacanza di sette giorni compresi i voli aerei, il trasporto aeroporto-albergo-aeroporto e permanenza in un *resort all-inclusive* (con vitto, alloggio e servizi dell'infrastruttura, tra cui l'utilizzo delle piscine e varie attività ludiche).

Dopo la sistemazione in hotel, il signor Guerrini e la sua famiglia scoprono che il mare è infestato dalla presenza del sargasso (una macro-alga) che rende impossibile la balneazione.

Il signor Guerrini ricorre davanti al giudice, chiedendo la restituzione di quanto pagato. Sostiene al riguardo che lo scopo della vacanza consisteva nel godere del mare di Playa del Carmen e tale desiderio si è rivelato irrealizzabile a seguito della presenza del sargasso. L'organizzatore avrebbe dovuto conoscere tale circostanza ed informare conseguentemente i suoi clienti.

Di contro, il *tour operator* si difende, argomentando che la restituzione di quanto pagato determinerebbe un arricchimento senza causa, visto che il ricorrente e la sua famiglia hanno in concreto usufruito di tutto il pacchetto turistico, ad esclusione dell'accesso alla spiaggia per fare il bagno.

Da qui la trattazione dei seguenti interrogativi: a) nell'ordinamento giuridico tedesco esiste una legislazione speciale sul tema o trovano applicazione le norme del codice civile?; b) esistono precedenti giurisprudenziali? Vi è dottrina su questo argomento?; c) è rilevante la circostanza

¹ Il caso è stato proposto dal Prof. Juan Espinoza Espinoza nell'intento di analizzare, in guisa comparativa, l'ambito della responsabilità dell'operatore turistico in alcuni modelli giuridici.

che la presenza del sargasso fosse imprevedibile per il *tour operator*?; d) infine, quale soluzione dovrebbe risolvere questo caso?

2. *Il tessuto normativo*

La disciplina giuridica dei pacchetti turistici è inserita nel BGB, precisamente nelle disposizioni contenute nei §§ 651a-651y².

Fino al 1979 il contratto di viaggio tutto compreso era soggetto alla disciplina del contratto d'opera³.

Nel 1979, il legislatore tedesco ha aggiunto in seno al codice civile disposizioni speciali sul contratto di viaggio, come sottotipo del contratto d'opera.

Esse sono state sostanzialmente modificate nel 1994 per attuare la Direttiva 90/314/CEE, del 13 giugno 1990, concernente i viaggi, le vacanze e i circuiti "tutto compreso"⁴.

Nel 2018 la disciplina è stata ancora una volta completamente modificata, in attuazione della direttiva sui viaggi tutto compreso del 2015⁵.

Nell'interpretazione delle disposizioni nazionali attuative va considerata la relativa Direttiva⁶.

² I §§ senza alcuna indicazione appartengono al BGB.

³ A. STAUDINGER, in J. VON STAUDINGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2, *Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 651a-651m; Anhang zu § 651a: BGB-InfoV (Reisevertragsrecht), Berlin, Neubearbeitung 2016, Vorbem. zu §§ 651a-651m, Rn. 8.

⁴ G.U. L 158 del 23 giugno 1990, p. 59.

⁵ 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 (G.U. UE L 326/1 11 dicembre 2015).

⁶ Cfr., da ultimo, EuGH, 12 gennaio 2023, C-396/21, in NJW, 2023, p. 507 (con riferimento alla riduzione del prezzo del viaggio a seguito di limitazioni a causa delle restrizioni derivanti dalla pandemia del Covid-19); E. FÜHRICH, *Allgemeines Lebensrisiko keine Ausnahme bei Reisepreisminderung*, in NJW, 2023, p. 809; A. STAUDINGER, in E.

3. Il difetto di prestazione di viaggio e i rimedi

Nell'ipotesi di difetti della prestazione di viaggio, i diritti del viaggiatore sono disciplinati dalla disposizione centrale del § 651i, che li elenca in modo puntuale, rinviando alle relative norme⁷. Dal momento della conclusione del contratto, la disciplina della garanzia del diritto di viaggio sostituisce la disciplina generale dell'inadempimento dell'obbligazione⁸. Tutti i diritti di garanzia del viaggiatore presuppongono un contratto di pacchetto turistico ai sensi del § 651a (cfr. 1.a)), mentre la prestazione di viaggio presenta un difetto ai sensi del § 651i II (cfr. 1.b)).

Una pretesa del viaggiatore al rimborso del prezzo del viaggio dopo l'inizio dello stesso⁹ può sorgere nei seguenti casi: (1) dal § 651l II S. 2, quando il viaggiatore a causa di un difetto ha effettivamente receduto dal contratto di viaggio, ai sensi del § 651l I (vedi 2.a)); (2) dai §§ 651m II, 346 I, quando il prezzo del viaggio è ridotto a causa di un difetto (vedi 2.b)); (3) come pretesa di risarcimento danni derivante dal § 651n I (vedi 2.c)).

Nell'ipotesi di recesso, l'organizzatore di viaggi conserva di regola il diritto al prezzo del viaggio, ma, ai sensi del § 651l II S. 2, deve rimborsare il prezzo del viaggio in relazione ai servizi di viaggio che non possono più essere forniti. In caso di riduzione, invece, il prezzo del viaggio si riduce *ipso iure* per i relativi difetti, senza che il viaggiatore debba fare una apposita dichiarazione¹⁰. La richiesta di rimborso del prezzo del viaggio

FÜHRICH e A. STAUDINGER, *Reiserecht, Handbuch des Pauschalreise-, Reisevermittlungs-, Reiseversicherungs- und Individualreiserechts*, 8. Aufl., München, 2019, § 2, Rn. 2.

⁷ A. STAUDINGER, in E. FÜHRICH e A. STAUDINGER, *Reiserecht*, cit., § 17, Rn. 1, 14; H. OETKER e F. MAULTZSCH, *Vertragliche Schuldverhältnisse*, 5. Aufl., Berlin, 2018, § 9, Rn. 55.

⁸ BT-Drucks. 18/10822, p. 77 s.; A. STAUDINGER, in E. FÜHRICH e A. STAUDINGER, *Reiserecht*, cit., § 17, Rn. 3; J. OTTO, *Das neue BGB-Reiserecht*, in ZJS, 2018, pp. 230, spec. 234.

⁹ Prima dell'inizio del viaggio, il viaggiatore può beneficiare di un diritto di recesso, ai sensi del § 651h, il cui effettivo esercizio conferisce al turista un diritto al rimborso ai sensi del § 346 I.

¹⁰ H. OETKER e F. MAULTZSCH, *Vertragliche Schuldverhältnisse*, cit., § 9, Rn. 63.

derivante dalla riduzione, come si evince dalla formulazione del § 651l II S. 1 Hs. 2, può essere fatta valere parallelamente alla risoluzione del contratto¹¹. Secondo il § 651l II S. 1 Hs. 2, le pretese al risarcimento dei danni da parte del viaggiatore rimangono inalterate. La riduzione e il risarcimento dei danni si riferiscono quindi a quella parte del prezzo del viaggio che l'organizzatore dovrebbe mantenere conformemente alla § 651l II S. 1¹².

Ai sensi del § 651n I, il viaggiatore può far valere oltre alla risoluzione del contratto o alla riduzione del prezzo anche una richiesta di risarcimento dei danni¹³. Anche la riduzione del valore del viaggio dovuta al vizio rappresenta un danno risarcibile¹⁴, tuttavia ciò non si applica se il prezzo del viaggio è stato rimborsato a seguito della riduzione¹⁵. A tale riguardo, le pretese di risarcimento dei danni e alla riduzione non sono cumulabili¹⁶.

3.1. La disciplina della garanzia

Il turista per poter far valere pretese concernenti il recesso, la riduzione nonché il risarcimento dei danni deve trovare applicazione in primo luogo la disciplina della garanzia del contratto di pacchetto turistico.

¹¹ K. TONNER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, hrsg. v. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg, Band 6, *Schuldrecht-Besonderer*, Teil III, §§ 631-704, 9. Aufl., München, 2023, § 651l, Rn. 24; A. STAUDINGER, in E. FÜHRICH e A. STAUDINGER, *Reiserecht*, cit., § 17, Rn. 14.

¹² A. STAUDINGER, in E. FÜHRICH e A. STAUDINGER, *Reiserecht*, cit., § 20, Rn. 1.

¹³ A. STAUDINGER, in E. FÜHRICH e A. STAUDINGER, *Reiserecht*, cit., § 17, Rn. 14.

¹⁴ K. TONNER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., § 651n, Rn. 12.

¹⁵ K. TONNER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., § 651n, Rn. 12.

¹⁶ K. TONNER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., § 651n, Rn. 12; A. STAUDINGER, in E. FÜHRICH e A. STAUDINGER, *Reiserecht, Handbuch des Pauschalreise-, Reisevermittlungs-, Reiseversicherungs- und Individualreiserechts*, cit., § 17, Rn. 14.

3.1.1. Contratto di pacchetto turistico

Il Signor Guerrini (nel prosieguo: G) ha concluso un contratto di pacchetto turistico ai sensi del § 651a. Ciò presuppone, secondo il § 651a II 1, un complesso di almeno due diversi tipi di servizi di viaggio. Cosa si intende per servizi di viaggio può essere desunto dalla disposizione del § 651a III S. 1. Tra questi rientrano il trasporto di persone (§ 651a III S. 1 N. 1) e il loro alloggio (§ 651a III S. 1 N. 2).

G ha stipulato un contratto che, tra l'altro, comprendeva i voli, il trasporto dall'aeroporto all'albergo nonché la sistemazione. Quindi è stato concluso un contratto concernente il complesso di almeno due diversi servizi turistici. Va anche tenuto conto che il G ha viaggiato con la sua famiglia. Si può presumere che lui volesse anche assumersi ogni responsabilità per l'adempimento degli obblighi contrattuali e il pagamento del prezzo del viaggio¹⁷. Il turista non li ha rappresentati, ai sensi del § 164 I S. 1, essendo l'unico partner contrattuale. Per quanto riguarda gli altri familiari, va richiamata la figura del contratto a favore di terzi, con la conseguenza che questi ultimi acquistano una propria pretesa alla prestazione nei confronti dell'impresa di viaggi¹⁸.

3.1.2. Difetto della prestazione di viaggio

Secondo § 651i II, per determinare una mancanza della prestazione di viaggio deve essere seguita una procedura graduale¹⁹. Innanzitutto il

¹⁷ Cfr. H.-W. ECKERT, in H.T. SOERGEL, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, hrsg. v. Wolfgang Siebert, Band 9/2, *Schuldrecht*, 7/2, §§ 631-651y, 13. Aufl., Stuttgart, 2022, § 651a, Rn. 45; K. TONNER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., § 651a, Rn. 45.

¹⁸ Cfr. K. TONNER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., § 651a, Rn. 46; D. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht. Besonderer Teil*, 17. Aufl., München, 2022, § 36, Rn. 16.

¹⁹ H.-W. ECKERT, in H.T. SOERGEL, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, cit., § 651i, Rn. 3; B. STEINRÖTTER, in *Juris PraxisKommentar BGB*, Band 2, *Schuldrecht*, hrsg. v. Maximilian Herberger, Michael

pacchetto turistico deve avere la qualità convenuta (§ 651i II S. 1). Il § 651i II S. 1 si basa su un concetto soggettivo di mancanza²⁰. Tuttavia, se le parti non hanno concordato una determinata qualità del viaggio, una sua carenza può scaturire dalla norma del § 651i II S. 2 n. 1, precisamente nel fatto che il viaggio non è adeguato per i benefici richiesti dal contratto. Se neppure il § 651i II S. 2 n. 1 è soddisfatto, può trovare applicazione la norma del § 651i II S. 2 n. 2. Di conseguenza, è necessario verificare se il viaggio sia adatto all'uso ordinario o ha una qualità che è usuale per pacchetti turistici dello stesso tipo e che il viaggiatore potrebbe aspettarsi in base al tipo di pacchetto turistico. A tal proposito, il concetto di mancanza, di cui al § 651i II S. 2 n. 2, ha carattere oggettivo²¹.

La particolarità del caso di studio risiede nel fatto che il vizio potenziale non riguarda uno specifico servizio di viaggio concreto, che deve essere fornito dal *tour operator*, ma riguarda una circostanza esterna alla prestazione di viaggio nel suo insieme. Se tale circostanza, come nel caso, non è stata oggetto di una specifica pattuizione, i singoli livelli della "piramide concettuale"²², previsti dal § 651i II, non possono essere nettamente separati tra loro.

La prima domanda da porsi è se una specifica pattuizione di qualità della prestazione sia rilevante, in quanto un simile accordo può anche essere desunto implicitamente²³. Rilevano, in proposi-

Martinek, Helmut Rüßmann, Stephan Weth, Markus Würdinger, 10. Aufl., Saarbrücken, 2023 § 651i, Rn. 5.

²⁰ H.-W. ECKERT, in H.T. SOERGEL, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, cit., § 651i, Rn. 3; B. STEINRÖTTER, in *Juris PraxisKommentar BGB*, Band 2, *Schuldrecht*, cit., § 651i, Rn. 9.

²¹ H.-W. ECKERT, in H.T. SOERGEL, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, cit., § 651i, Rn. 3; MüKoBGB/Tonner, § 651i, Rn. 12.

²² K. TONNER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., § 651i, Rn. 8.

²³ H.-W. ECKERT, in H.T. SOERGEL, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, cit., § 651i, Rn. 5.

to, anche le informazioni precontrattuali da fornire ai sensi dell'art. 250 § 3, nn. 1, 3 fino a 5 e 7, EGBGB tramite opuscoli o il sito web dell'impresa turistica. Queste entrano nel contenuto del contratto sulla base del richiamo esplicito compiuto dal § 651d III S. 1²⁴. In questo contesto, sono importanti le aspettative medie di un turista²⁵. Si pone quindi la questione se il contratto per una vacanza a Playa del Carmen contenga anche il patto implicito di poter fare il bagno in mare. Poter fare il bagno al mare corrisponde pur sempre all'aspettativa media del turista quando prenota una vacanza al mare²⁶. In ogni caso, è ragionevole presumere che il bagno in mare sia uno dei vantaggi contrattualmente richiesti al momento della prenotazione di un pacchetto turistico per una spiaggia, ai sensi del § 651i II S. 2 n. 1²⁷, o almeno, ai sensi del § 651i II S. 2 n. 2, è un vantaggio che è comune nei pacchetti turistici dello stesso tipo e che il turista potrebbe ragionevolmente aspettarsi in base al tipo di pacchetto turistico.

D'altra parte, può anche risultare da un'interpretazione del contratto, secondo i §§ 133 e 157, che il *tour operator* voleva soltanto garantire che la il bagno in mare fosse possibile alle condizioni normalmente esistenti²⁸. Di conseguenza, alla luce del § 651i II S. 2 n. 1, si pone la questione se, dal punto di vista del turista, l'organizzatore volesse anche

²⁴ BT-Drucks. 18/10822, p. 78; B. STEINRÖTTER, in *Juris PraxisKommentar BGB*, Band 2, *Schuldrecht*, cit., § 651i Rn. 10; C. FÖRSTER, *Das neue Pauschalreiserecht in Studium und Examen*, in JA, 2018, pp. 561, 565.

²⁵ BT-Drucks. 18/10822, p. 78; C. FÖRSTER, *Das neue Pauschalreiserecht in Studium und Examen*, cit., pp. 561, 565; vgl. AG Duisburg, in BeckRS, 2004, N. 13722.

²⁶ Cfr. K. TONNER e K. KRAUSE, *Urlaub und Witterungsrisiko*, in NJW, 2000, pp. 3665, spec. 3666.

²⁷ Cfr. i lavori preparatori della legge (Bundestag-Drucksache 18/10822, p. 78): chi prenota una "crociera che attraversa il passaggio a nord-ovest in una banchisa spessa un metro" può aspettarsi la presenza di una banchisa.

²⁸ Cfr. K. TONNER e K. KRAUSE, *Urlaub und Witterungsrisiko*, cit., pp. 3665, spec. 3666; OLG Frankfurt, 26 luglio 1988, in NJW-RR, 1988, pp. 1328, spec. 1329, ove, in un caso di prenotazione di una vacanza-pesca, il giudice ha dovuto decidere sulla rilevanza di possibilità di pesca temporaneamente scarse.

presupporre contrattualmente che il viaggiatore potesse effettivamente utilizzare le tipiche attrazioni locali nel luogo di vacanza.

La vera questione, anche alla luce del § 651i II S. 2 n. 2, è se il rischio di un danno ambientale, che non ha specifico riferimento a un singolo servizio turistico fornito dal tour operator e che diminuisca il valore dell'esperienza del viaggio per il turista, debba essere sopportato da quest'ultimo o dal tour operator.

La questione è strettamente correlata a come si voglia definire il concetto di difetto all'interno della disciplina specifica dei viaggi tutto compreso.

3.1.2.1. Le posizioni della dottrina

Secondo la nozione ristretta di difetto definita da Tempel, la responsabilità dell'operatore turistico non si riferisce al viaggio in quanto tale o al viaggio nella sua completezza²⁹, bensì ai singoli servizi turistici³⁰. Come giustificazione, si fa riferimento alla formulazione del § 651a I S. 1 (vecchia versione), secondo la quale il tour operator è obbligato ad "eseguire un insieme di prestazioni di viaggio (viaggio)"³¹. Pertanto dovrebbero essere compresi nel concetto di viaggio, secondo il § 651c I (vecchia versione), solamente i singoli servizi di viaggio³².

Se si segue questo approccio, le variabili ambientali in quanto tali

²⁹ Il c.d. ulteriore concetto di mancanza: U. WOLTER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, hrsg. v. Kurt Rebmann und Franz Jürgen Säcker, Band 3, *Schuldrecht, Besonderer Teil*, 1. Halbband (§§ 433-651k), 2. Aufl., München, 1988, § 651c, Rn. 5; K. TONNER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., § 651i, Rn. 4 ss.

³⁰ O. TEMPEL, *Entwicklungen im Reisevertragsrecht, zur Rechtsnatur des Reisevertrages und zur Einstandspflicht des Reiseveranstalters*, in *JuS*, 1984, pp. 81, spec. 85; similmente K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, II. Band: Besonderer Teil*, 1. Halbband 13. Aufl., München, 1986, pp. 384, 389 s.

³¹ O. TEMPEL, *Entwicklungen im Reisevertragsrecht, zur Rechtsnatur des Reisevertrages und zur Einstandspflicht des Reiseveranstalters*, cit., pp. 81, spec. 85.

³² O. TEMPEL, *Entwicklungen im Reisevertragsrecht, zur Rechtsnatur des Reisevertrages und zur Einstandspflicht des Reiseveranstalters*, cit., pp. 81, spec. 85.

non possono costituire un difetto fin dall'inizio, a condizione che essi non influenzino specificamente i singoli servizi forniti dal tour operator, come il trasporto e la sistemazione. Di conseguenza, i rappresentanti del "concetto ristretto di difetto" sostengono che l'organizzatore non sia "responsabile di circostanze che hanno un effetto esterno sul viaggio e che sono completamente al di fuori della sua area di obblighi e di rischio"³³. Si presuppone inoltre che il pregiudizio possa essere controllato dall'organizzatore³⁴. In tal guisa, il fenomeno del sargasso non costituisce un difetto della prestazione di viaggio.

Secondo l'opinione oggi prevalente, l'obbligo di assunzione della responsabilità dell'operatore turistico riguarda il successo del viaggio nel suo insieme, cosicché il rischio del buon esito del viaggio grava su di esso³⁵. Sulla base di un concetto così ampio di difetto, il vizio può risiedere anche nel fatto che circostanze, al di fuori dei servizi specifici del tour operator, pregiudicano il viaggio, come nella specie le avversità ambientali³⁶.

Tuttavia, è discutibile e controverso in questa prospettiva di un concetto ampio di difetto, in quale misura va a carico del viaggiatore o del tour operator nei singoli casi.

Secondo Staudinger, una vacanza, nel nostro caso una vacanza al mare, possiede "il suo carattere speciale"³⁷, del quale si è avvantaggia-

³³ O. TEMPEL, *Entwicklungen im Reisevertragsrecht, zur Rechtsnatur des Reisevertrages und zur Einstandspflicht des Reiseveranstalters*, cit., pp. 81, spec. 86.

³⁴ O. TEMPEL, *Entwicklungen im Reisevertragsrecht, zur Rechtsnatur des Reisevertrages und zur Einstandspflicht des Reiseveranstalters*, cit., pp. 81, spec. 86.

³⁵ U. WOLTER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., § 651c, Rn. 5; K. TONNER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., § 651i, Rn. 4 ss.; H.-W. ECKERT, in H.T. SOERGEL, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, cit., § 651i, Rn. 18; Staudinger/Staudinger (2016) § 651c, Rn. 9.

³⁶ K. TONNER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., § 651i, Rn. 24; H.-W. ECKERT, in H.T. SOERGEL, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, cit., § 651i, Rn. 18.

³⁷ A. STAUDINGER, in J. VON STAUDINGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, cit., § 651c, Rn. 9.

to anche il tour operator descrivendolo in un apposito opuscolo³⁸. Ne consegue che l'opportunità di fare il bagno in mare farebbe parte delle caratteristiche concordate del viaggio, in modo che si possa riconoscere un difetto della vacanza.

Secondo Eckert, l'organizzatore risponde di regola anche del pregiudizio ambientale³⁹. Tuttavia, ciò dovrebbe valere solo se l'organizzatore si è assunto anche il rischio contrattuale nella determinazione della vacanza, ad esempio, descrivendo una zona caratterizzata da sport invernali con neve sicura⁴⁰. Questo esempio – come Eckert suggerisce – non riconoscerebbe un'assunzione contrattuale di rischio da parte dell'operatore turistico per il solo fatto che il bagno in mare sia possibile e il pacchetto turistico conduce a una spiaggia, ma esige la pubblicizzazione del piacere della balneazione.

Al contrario, altri studiosi sostengono che il tour operator sia responsabile del danno ambientale fintanto che non abbia sufficientemente smentito le aspettative del turista nella descrizione del viaggio⁴¹. Una siffatta confutazione sarebbe da accogliere, ad esempio, se espressamente l'area fosse stata indicata nel prospetto come “a rischio di alghe”⁴². Poiché ciò non è accaduto, secondo questa prospettiva si dovrebbe riconoscere un difetto nella prestazione di viaggio.

Un'altra parte della dottrina adotta un approccio completamente diverso nell'affrontare le avversità ambientali quale difetto della presta-

³⁸ A. STAUDINGER, in J. VON STAUDINGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, cit., § 651c, Rn. 9.

³⁹ H.-W. ECKERT, in H.T. SOERGEL, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, cit., § 651i, Rn. 18.

⁴⁰ Secondo H.-W. ECKERT, in H.T. SOERGEL, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, cit., § 651i, Rn. 18, l'organizzatore risponde dell'errore di siffatte dichiarazioni solamente se riguarda la vacanza come tale e non soltanto i termini della vacanza.

⁴¹ M. PETER e K. TONNER, *Umweltbeeinträchtigungen auf Reisen*, in NJW, 1992, pp. 1794, spec. 1797; K. TONNER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., § 651i, Rn. 23.

⁴² M. PETER e K. TONNER, *Umweltbeeinträchtigungen auf Reisen*, cit., pp. 1794, spec. 1797.

zione di viaggio. Gli impatti ambientali sul viaggio rientrano nel rischio generale della vita del turista⁴³. Tuttavia, una mancanza nella prestazione di viaggio può essere riconosciuta in caso di danni ambientali se l'organizzatore ha violato un obbligo di informazione prima dell'inizio del viaggio⁴⁴. A questo proposito, quest'ultimo ha anche l'obbligo di tener conto delle condizioni ambientali⁴⁵. L'impatto ambientale in quanto tale non integra un difetto della prestazione di viaggio, ma la violazione dell'obbligo di informazione⁴⁶.

Il tour operator ha l'obbligo di fornire informazioni se il rischio generale della vita del turista si concentra in un particolare rischio dello scopo perseguito dal viaggio prenotato⁴⁷. Supponendo che lo scopo di un viaggio in una famosa spiaggia sia fare il bagno in mare, allora sussiste uno specifico pericolo nel caso di invasione delle alghe. Di conseguenza, l'organizzatore avrebbe dovuto informare il signor G del problema delle alghe prima dell'inizio del viaggio. Secondo questi principi, quindi, sussiste un difetto nella prestazione di viaggio.

La situazione è diversa, tuttavia, se un turista mediamente informa-

⁴³ E. FÜHRICH, *Umwelteinflüsse bei Pauschalreisen und ihre Konfliktlösungen im Reisevertragsrecht*, in NJW, 1991, p. 2192; E. FÜHRICH e C. ACHILLES-PUJOL, *Basiswissen Reiserecht. Grundriss des Pauschal- und Individualreiserechts*, 5. Aufl., München, 2022, Rn. 149 ss.

⁴⁴ E. FÜHRICH, *Umwelteinflüsse bei Pauschalreisen und ihre Konfliktlösungen im Reisevertragsrecht*, cit., pp. 2192 spec. 2193.

⁴⁵ E. FÜHRICH e C. ACHILLES-PUJOL, *Basiswissen Reiserecht*, cit., Rn. 151; M. PETER e K. TONNER, *Umweltbeeinträchtigungen auf Reisen*, cit., pp. 1794, spec. 1797, indicano che l'impresa turistica deve anche esaminare l'ambiente. La differenza è che dovrebbe comunicare le notizie acquisite nella descrizione del viaggio prima della conclusione del contratto, mentre, secondo Führich, l'esame dell'ambiente e l'adempimento degli obblighi di informazione possono anche riguardare il periodo tra la prenotazione e l'inizio del viaggio (E. FÜHRICH, in E. FÜHRICH e A. STAUDINGER, *Reiserecht*, cit., Anh. zu § 21, Rn. 8).

⁴⁶ E. FÜHRICH, *Umwelteinflüsse bei Pauschalreisen und ihre Konfliktlösungen im Reisevertragsrecht*, cit., pp. 2192, spec. 2193.

⁴⁷ E. FÜHRICH, *Umwelteinflüsse bei Pauschalreisen und ihre Konfliktlösungen im Reisevertragsrecht*, cit., pp. 2192, spec. 2193; E. FÜHRICH e C. ACHILLES-PUJOL, *Basiswissen Reiserecht*, cit., Rn. 151.

to avesse saputo dell'inquinamento ambientale da una fonte di informazioni generalmente accessibile⁴⁸.

3.1.2.2. Le posizioni della giurisprudenza

Il BGH, di regola, difende il concetto ampio di difetto, ma la giurisprudenza non è del tutto univoca. In effetti, il “caso del safari” parla a favore della teoria prevalente del concetto ampio. L'attore aveva prenotato un safari in Africa di caccia agli elefanti. Tuttavia, la spedizione aveva lasciato l'area di caccia designata⁴⁹. Il BGH vedeva in ciò un difetto, anche se la migrazione degli elefanti ha interessato soltanto l'area del viaggio e nemmeno il tour operator ha potuto controllarla⁵⁰.

In un'altra decisione, la S. Corte ha stabilito che l'organizzatore è responsabile del successo del viaggio e che un viaggio “non deve essere considerato come una mera serie di parti di prestazione autonome”⁵¹. Nel caso dell'isola di Mauritius, invece, l'attore aveva prenotato un viaggio in quell'isola, dove un ciclone stava seminando il caos. Di conseguenza, nell'hotel mancava acqua e luce⁵². Il BGH ha ritenuto che non ci sarebbe stata nessun difetto nella prestazione di viaggio se i servizi in albergo fossero stati forniti regolarmente e solo la visita alla spiaggia o ad altre parti dell'isola non fosse stata possibile a causa del ciclone⁵³.

Analogamente al concetto ristretto di vizio, sostenuto da Tempel, il

⁴⁸ E. FÜHRICH, *Umwelteinflüsse bei Pauschalreisen und ihre Konfliktlösungen im Reisevertragsrecht*, cit., pp. 2192, spec. 2193.

⁴⁹ BGH, 26 giugno 1980, in NJW, 1980, p. 2192.

⁵⁰ Cfr. BGH, 26 giugno 1980, cit., p. 2194.

⁵¹ BGH, 20 marzo 1986, in NJW, 1986, pp. 1748, spec. 1749. Cfr. anche BGH, 29 giugno 1995, in NJW, 1995, pp. 2629, spec. 2630, secondo cui il tour operator “è responsabile del buon esito della vacanza, nella misura in cui ciò dipende dalle sue prestazioni”; sul concetto ampio di difetto del BGH, v. A. STAUDINGER, in E. FÜHRICH e A. STAUDINGER, *Reiserecht*, cit., § 17, Rn. 1.

⁵² BGH, 23 settembre 1982, in NJW, 1983, p. 33. Il punto più importante riguardava la differenziazione dei rimedi posti nei §§ 651e (vecchia versione) e 651j (vecchia versione).

⁵³ BGH, 23 settembre 1982, cit., pp. 33, spec. 34.

BGH ha collegato l'obbligo del tour operator di assumersi la responsabilità dei singoli servizi, basandosi cioè su un concetto ristretto di vizio.

Per quanto riguarda gli impatti ambientali, le decisioni Safari e Mauritius del BGH difficilmente possono essere conciliate. Resta quindi da vedere come la S. Corte deciderà in futuro per quanto riguarda le influenze ambientali che concernono "esclusivamente" il viaggio in quanto tale.

Il LG Francoforte ha deciso un caso simile al nostro in esame⁵⁴. L'attore aveva prenotato un viaggio per sé e la sua famiglia sulle coste italiane. Tuttavia, non era possibile nuotare in mare a causa della presenza delle alghe. L'attore aveva esercitato la disdetta dal contratto di viaggio, ai sensi del § 651e (vecchia versione)⁵⁵, in quanto sussisteva un difetto della prestazione di viaggio. Il Tribunale, analogamente alla tesi di Tempel, ha collegato la responsabilità del tour operator alle singole prestazioni contenute nel contratto⁵⁶. I giudici di Francoforte hanno distinto le prestazioni caratteristiche del contratto e l'ambiente della vacanza⁵⁷. Un'interpretazione del contratto, ai sensi dei §§ 242, 157, dimostrava, per quanto riguarda il contesto della vacanza, che il tour operator non volesse rispondere per "l'imponderabilità della natura e le sue conseguenze"⁵⁸. Poiché il problema delle alghe rientrava fra le circostanze imprevedibili, l'esistenza di un difetto nella prestazione di viaggio è stata negata nel caso di specie⁵⁹.

⁵⁴ LG Frankfurt, 23 aprile 1990, in *NJW-RR*, 1990, p. 761. Cfr. altresì LG Tübingen, 15 novembre 1990, in *NJW-RR*, 1991, p. 376; LG Hannover, 7 novembre 1990, in *NJW-RR*, 1991, p. 376; in argomento, M. PETER e K. TONNER, *Umweltbeeinträchtigungen auf Reisen*, cit., pp. 1794, spec. 1795.

⁵⁵ LG Frankfurt, 23 aprile 1990, cit., p. 761 ss.

⁵⁶ LG Frankfurt, 23 aprile 1990, cit., pp. 761, spec. 762.

⁵⁷ Cfr. LG Frankfurt, 23 aprile 1990, cit., pp. 761, spec. 762; cfr. M. PETER e K. TONNER, *Umweltbeeinträchtigungen auf Reisen*, cit., pp. 1794, spec. 1797.

⁵⁸ LG Frankfurt, 23 aprile 1990, cit., pp. 761, spec. 762.

⁵⁹ Alla fine, tuttavia, è stato riconosciuto in vizio, poiché il tour operator aveva assicurato, quando gli era stato chiesto, che era possibile fare il bagno in mare (LG Frankfurt, 23 aprile 1990, cit., pp. 761 spec. 763).

In un'altra sentenza, il LG Frankfurt ha riconosciuto che la presenza di un'invasione delle alghe può far scattare l'obbligo da parte dell'organizzatore di fornire informazioni prima dell'inizio del viaggio, ma dalla sua violazione non dovrebbero derivare diritti di garanzia⁶⁰.

In alcune ipotesi, tuttavia, nel caso di influenze ambientali, che riguardano solo la vacanza in quanto tale, la giurisprudenza fonda l'esistenza di difetti nella prestazione di viaggio sulla violazione degli obblighi di informazione. Ad esempio, il LG Hannover ha escluso che l'invasione delle alghe potesse qualificarsi come difetto della prestazione di viaggio e ha anche respinto una violazione degli obblighi di informazione, poiché l'inquinamento del mare per eccesso di alghe era noto al grande pubblico attraverso adeguate segnalazioni⁶¹.

In caso di cancellazione di un attraversamento del Kilimangiaro a causa delle cattive condizioni meteorologiche, l'OLG Frankfurt ha ipotizzato un difetto nella prestazione di viaggio, poiché il turista avrebbe dovuto essere informato della possibilità di maltempo nella descrizione del viaggio⁶².

3.1.2.3. Una prima conclusione

In via provvisoria si può affermare che la giurisprudenza e la dottrina non hanno ancora elaborato un itinerario chiaro per risolvere i casi in cui le condizioni ambientali influenzino la vacanza in quanto tale. Se si parte dal presupposto che nel caso di specie vi sia un difetto nella prestazione di viaggio, sorge la questione se e su quale fondamento il signor G possa quindi esigere il rimborso del prezzo della vacanza.

⁶⁰ LG Frankfurt, 14 gennaio 1991, in NJW-RR, 1991, pp. 695, spec. 696; sul punto, E. FÜHRICH, *Umwelteinflüsse bei Pauschalreisen und ihre Konfliktlösungen im Reisevertragsrecht*, cit., pp. 2192, 2193.

⁶¹ LG Hannover, 7 novembre 1990, cit., p. 376. Tuttavia, non è chiaro se la violazione dell'obbligo di fornire informazioni sia stata la ragione del difetto della prestazione di viaggio o piuttosto del problema delle alghe.

⁶² OLG Frankfurt, 9 dicembre 1999, in NJW-RR, 2002, pp. 272, spec. 273.

4. I rimedi giuridici a favore del turista

4.1. La disdetta secondo i §§ 651i III N. 5 e 651l II S.2

Il signor G potrebbe avere una pretesa contro il tour operator, ai sensi dei §§ 651i III n. 5, e 651l II S. 2, per il rimborso del prezzo del viaggio in relazione alle prestazioni non più fornite. Secondo il § 651l, I, il pacchetto turistico dovrebbe essere stato pregiudicato in maniera rilevante dal difetto della prestazione di viaggio. A tal fine deve essere accertato in che modo il difetto è correlato al servizio di viaggio complessivo e quanto grave è stato il difetto per il turista⁶³. Deve essere effettuata una valutazione complessiva di tutte le circostanze, tenendo conto dello scopo, della specifica configurazione del viaggio e del tipo e della durata del pregiudizio⁶⁴. Decisivo è se nel caso di specie v'è stato un "peggioramento di volta in volta delle caratteristiche della vacanza a cui si aspira"⁶⁵. Il signor G e la sua famiglia hanno potuto usufruire dell'intero pacchetto turistico. Ma lo scopo del viaggio era godersi il mare di Playa del Carmen. Poiché non è stato possibile fare il bagno in mare, il difetto ha avuto un grave impatto. E ciò è rilevante.

Secondo il § 651l I 2, la disdetta è ammissibile solo se l'operatore turistico ha lasciato trascorrere un congruo periodo di tempo stabilito dal turista senza porre rimedio alla situazione. La fissazione di un termi-

⁶³ BGH NJW 2012, 2107 (2110); B. STEINRÖTTER, in *Juris PraxisKommentar BGB*, Band 2, *Schuldrecht*, cit., § 651l, Rn. 11; C. FÖRSTER, *Das neue Pauschalreiserecht in Studium und Examen*, cit., pp. 561 spec. 567.

⁶⁴ BGH NJW 2012, 2107 (2110); B. STEINRÖTTER, in *Juris PraxisKommentar BGB*, Band 2, *Schuldrecht*, cit., § 651l, Rn. 11.

⁶⁵ B. STEINRÖTTER, in *Juris PraxisKommentar BGB*, Band 2, *Schuldrecht*, cit., § 651l, Rn. 11. Cfr. anche A. STAUDINGER, in J. VON STAUDINGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, cit., § 651e, Rn. 14, che fa riferimento, tra l'altro, a AG Frankfurt, in *RRa*, 2002, p. 125: qui, la rilevanza della mancanza nella prestazione di viaggio è stata confermata sulla base del fondamento che parte essenziale e scopo del viaggio fosse la partecipazione alle "passeggiate parigine", che a loro volta fallirono.

ne, secondo i §§ 651 I 2 Hs. 2, e 651k II 2, non è necessaria se il tour operator si rifiuta di porre rimedio alla situazione o sia necessario un rimedio immediato. Tuttavia, sembra essere una formalità obbligare il viaggiatore a fissare un termine se il difetto della prestazione di viaggio non può essere comunque sanato⁶⁶. A questo proposito viene presa in considerazione una riduzione teleologica, se l'eliminazione del vizio, ai sensi del § 651k I 1, e anche il rimedio mediante un adeguato servizio sostitutivo, ai sensi del § 651k III, sia oggettivamente impossibile⁶⁷. Per prestazione sostitutiva adeguata deve intendersi una prestazione equivalente o almeno paragonabile al servizio originariamente dovuto⁶⁸. Occorre quindi verificare in primo luogo se un servizio sostitutivo da parte dell'operatore turistico avrebbe avuto una qualità equivalente. Al riguardo, si pone la questione se l'organizzatore avrebbe potuto fornire una sistemazione in un resort all-inclusive, che, oltre ai servizi già concordati, consente anche l'accesso al mare. Inoltre, dovrebbe essere disponibile una spiaggia che corrisponda a quella di Playa del Carmen e non sia contaminata dal fenomeno di eccesso di alghe.

Tuttavia, va tenuto conto che l'eliminazione di un vizio mediante servizi sostitutivi è esclusa se "la prestazione concreta non è intercambiabile secondo lo scopo del contratto e la volontà riconoscibile"⁶⁹ delle parti contraenti⁷⁰. Il signor G è venuto a godersi la spiaggia di Playa del

⁶⁶ A. STAUDINGER, in E. FÜHRICH e A. STAUDINGER, *Reiserecht*, cit., § 20 Rn. 15.

⁶⁷ A. STAUDINGER, in E. FÜHRICH e A. STAUDINGER, *Reiserecht*, cit., § 20, Rn. 15; B. STEINRÖTTER, in *Juris PraxisKommentar BGB*, Band 2, *Schuldrecht*, cit., § 651l, Rn. 22; H.-W. ECKERT, in H.T. SOERGEL, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, cit., § 651l, Rn. 13.

⁶⁸ C. SORGE, in *Beck-online. Grosskommentar zum BGB*, hrsg. v. Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz, Christoph Reymann, München, 2023, § 651k, Rn., 154 s. (aggiornamento: 01.03.2023); K. TONNER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., § 651k, Rn. 22.

⁶⁹ BGH, 21 novembre 2017, in *NJW*, 2018, p. 789, concernente il vecchio regime giuridico.

⁷⁰ BGH *NJW* 2018, 789; C. SORGE, in *Beck-online. Grosskommentar zum BGB*, cit., § 651k, Rn. 207 (aggiornato al 01.03.2023); K. TONNER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., § 651k, Rn. 24.

Carmen, quindi è ovvio che l'attuale pacchetto turistico dovuto non fosse intercambiabile. Se si parte dall'idea che l'organizzatore non sarebbe stato in grado di porre rimedio alla situazione né con un servizio sostitutivo, equivalente o comparabile, allora sussistevano i presupposti per l'esercizio del diritto di disdetta da parte del signor G. In tal caso, secondo il § 651k III 4, trovano applicazione le conseguenze previste dal § 651l II, III, senza che il turista debba dichiarare la disdetta. Il fatto che il turista G lo abbia fatto solo dopo il suo ritorno chiedendo il rimborso del prezzo del viaggio è irrilevante.

4.2. La riduzione del prezzo

Una pretesa da parte del turista per il rimborso del prezzo del viaggio potrebbe sorgere dal punto di vista della riduzione regolata dai §§ 651i III N. 6, 651m II, 346 I. Tuttavia, una pretesa basata su una riduzione è esclusa se il turista non ha denunciato alcun difetto, ai sensi del § 651o I, II N. 1. La denuncia dei vizi dovrebbe consentire al tour operator di porre rimedio alla situazione⁷¹. Secondo la formulazione del § 651o II, dipende dal fatto che l'operatore turistico non sia stato in grado di porre rimedio alla situazione a causa dell'omissione colposa di denuncia del difetto⁷². Se un rimedio era comunque impossibile, allora la mancanza di una denuncia dei difetti non era causale per la mancanza di rimedio da parte del tour operator, cosicché la fattispecie di cui al § 651o II non è adempiuta⁷³. Nemmeno il signor G, sotto questo aspetto, avrebbe dovuto denunciare il vizio.

Ai sensi del § 651m I 1, il prezzo del viaggio è ridotto *ipso iure* per la durata del difetto del viaggio. Nella riduzione, il prezzo del viaggio deve essere ridotto in proporzione al rapporto che, al momento della conclusione del contratto, sarebbe sussistito tra il valore della prestazione di viaggio in assenza di difetti e il suo valore reale (§ 651m I 2). In questo

⁷¹ D. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht. Besonderer Teil*, cit., § 36, Rn. 35.

⁷² D. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht. Besonderer Teil*, cit., § 36, Rn. 35.

⁷³ D. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht. Besonderer Teil*, cit., § 36, Rn. 35.

caso giocano un ruolo il tipo e l'intensità del difetto della prestazione di viaggio, il vantaggio del viaggio nonché l'entità e la durata del pregiudizio⁷⁴.

Si dovrebbe quindi considerare anche in questo caso che il signor G e i suoi familiari hanno potuto usufruire di tutti gli altri servizi previsti nel contratto. Tuttavia, un difetto nella prestazione di viaggio può influire anche sui servizi di viaggio forniti in conformità al contratto, con la conseguenza che il prezzo del viaggio è ridotto a zero⁷⁵. Tuttavia, ciò presuppone che il viaggio sia diventato inutile e non sia più associato a un valore ricreativo⁷⁶. Il signor G e la sua famiglia hanno usufruito del pacchetto turistico completo, che comprendeva piscine e varie attività ricreative. Al viaggio è stata quindi associata una valenza di relax. Per questo motivo, il signor G non potrà reclamare l'intero prezzo della vacanza.

4.3. Il risarcimento dei danni

Il signor G potrebbe anche avere una pretesa di rimborso del prezzo del viaggio dal punto di vista del risarcimento del danno, così come regolato dai §§ 651i III N. 7, e 651n I. Tuttavia, ciò è escluso se il difetto della prestazione di viaggio sia stato causato da circostanze straordinarie e inevitabili. Tali circostanze richiamano situazioni al di fuori del controllo della parte che le invoca e le cui conseguenze non avrebbero potuto essere evitate anche se fossero state prese tutte le ragionevoli precauzioni⁷⁷. Secondo la direttiva UE, ciò include gravi pregiudizi alla

⁷⁴ A. STAUDINGER, in E. FÜHRICH e A. STAUDINGER, *Reiserecht*, cit., § 21, Rn. 25; K. TONNER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., § 651m, Rn. 11.

⁷⁵ H.-W. ECKERT, in H.T. SOERGEL, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, cit., § 651m, Rn. 9; cfr. B. STEINRÖTTER, in *Juris PraxisKommentar BGB*, Band 2, *Schuldrecht*, cit., § 651m, Rn. 22.

⁷⁶ BGH, 6 dicembre 2016, in NJW, 2017, pp. 958, spec. 959; BGH, 14 dicembre 1999, in NJW, 2000, pp. 1188, spec. 1191; H.-W. ECKERT, in H.T. SOERGEL, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, cit., § 651m, Rn. 9.

⁷⁷ EU-Richtlinie 2015/2302, Art. 3 N. 12; cfr. anche § 651h III S. 2.

sicurezza, rischi rilevanti per la salute e catastrofi naturali⁷⁸. La contaminazione del mare a seguito della proliferazione delle alghe non poteva essere controllata dal tour operator, né questa carenza avrebbe potuto essere evitata. Tuttavia, gli esempi enumerati dalla Direttiva UE suggeriscono che la circostanza in questione debba avere un certo grado di gravità⁷⁹. Ciò diventa particolarmente evidente se si considera il significato della catastrofe naturale, che, come l'invasione delle alghe, costituisce un evento naturale. Un disastro naturale è un evento con conseguenze devastanti. A causa del problema dell'eccesso di alghe, non era possibile "soltanto" nuotare in mare. Questo fenomeno non è paragonabile a un disastro naturale.

Tuttavia, questa caratteristica della fattispecie non gioca solo un ruolo nell'esclusione di qualsiasi richiesta di risarcimento del danno nei confronti del tour operator. Ai sensi del § 651h III 1, il turista può recedere dal contratto senza dover pagare un adeguato indennizzo se si verificano circostanze inevitabili e straordinarie nel luogo di destinazione o nelle sue immediate vicinanze, che, tra l'altro, incidono in modo significativo sull'esecuzione del pacchetto tutto compreso⁸⁰. Pertanto, se non si riconosce una circostanza eccezionale e inevitabile nel fenomeno di eccesso di alghe, il turista sarebbe privato del corrispondente diritto di recesso. Tuttavia, ciò sembra ingiustificato, poiché lo scopo di una vacanza al mare è anche quello di fare il bagno in mare. A questo proposito, il turista dovrebbe anche poter recedere senza dover pagare un indennizzo. Se dunque si afferma l'esclusione della pretesa risarcitoria, il turista non resta privo di tutela, avendo ancora la possibilità di far

⁷⁸ EU-Richtlinie 2015/2302, Considerando n. 31.

⁷⁹ Cfr. AG München, 8 dicembre 2020, in *BeckRS*, 2020, N. 36268, ove, tra l'altro, si sofferma sul fatto se "una prestazione di viaggio che caratterizza il viaggio presenti [...] gravi difetti".

⁸⁰ Il significativo pregiudizio, da esaminare nell'ambito del § 651h III 1, si basa sugli stessi standard previsti nell'ambito del § 651i 1 [J. D. HARKE, *Beck-online. Grosskommentar zum BGB*, hrsg. v. Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz, Christoph Reymann, München, 2023, § 651h, Rn. 46 (aggiornato: 01/01/2023); BGH, 30 agosto 2022, in *NJW*, 2022, pp. 3711, spec. 3714]. V. *retro* 2.a.

valere il diritto alla riduzione. Ciò non è escluso da tale circostanza⁸¹. Di conseguenza, il fenomeno dell'eccesso di alghe rappresenta una circostanza straordinaria e inevitabile che esclude⁸² qualsiasi richiesta di risarcimento danni⁸³.

5. La rilevanza della prevedibilità

5.1. Irrilevanza dell'esistenza di un difetto della prestazione di viaggio e i diritti di riduzione e di disdetta

Non ha nessuna rilevanza sulla questione se si tratti di un difetto nell'ipotesi in cui la contaminazione del mare al largo di Playa del Carmen con il sargasso fosse prevedibile per il tour operator⁸⁴: questi è responsabile indipendentemente dalla colpa per il buon esito e l'assenza di vizi del viaggio, assumendosi fondamentalmente il rischio del suo successo⁸⁵.

Il fatto che l'organizzatore sia responsabile anche per circostanze imprevedibili deriva, non da ultimo, dal § 651n I N. 2: secondo questa norma soltanto le pretese di risarcimento del danno, ma non eventuali

⁸¹ Cfr. il parere dell'avvocato generale alla Corte giust. UE, 15 settembre 2022-C-396/21, in *BeckRS*, 2022, N. 23479; EuGH, 12 gennaio 2023, C-396/21, cit., pp. 507, spec. 509: nel processo legislativo, si è inizialmente pensato di disciplinare allo stesso modo le eccezioni per il risarcimento del danno e la riduzione, ma ciò è stato successivamente respinto.

⁸² Così anche A. STAUDINGER, in E. FÜHRICH e A. STAUDINGER, *Reiserecht*, cit., § 22, Rn. 16.

⁸³ In termini di riduzione, ciò riguarderà solo i danni conseguenza dagionati dal pregiudizio dell'eccesso di alghe. Per quanto riguarda le conseguenze del risarcimento danni v. D. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht. Besonderer Teil*, cit., § 36, Rn. 43.

⁸⁴ Cfr. A. STAUDINGER, in J. VON STAUDINGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., § 651c, Rn. 55.

⁸⁵ BGH, 6 dicembre 2016, in *NJW*, 2017, p. 958; K. TONNER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., § 651i, Rn. 4, 15.

diritti di garanzia, sono escluse se il difetto del viaggio è stato causato da una terza parte, né fornitore di servizi né coinvolto in altro modo nella fornitura della prestazione di viaggio inclusa nel contratto di pacchetto turistico e per il tour operator non era prevedibile o evitabile.

5.2. La forza maggiore secondo il precedente regime giuridico

Secondo il regime giuridico antecedente all'attuazione della direttiva UE, il viaggiatore e l'organizzatore avevano, ai sensi del § 651j (vecchia versione), un diritto di disdetta se il viaggio era notevolmente aggravato, messo in pericolo o pregiudicato in conseguenza di una forza maggiore non prevedibile al momento della conclusione del contratto. Secondo la sua formulazione ("esclusivamente in conformità con questa disposizione"), la norma escludeva il diritto di disdetta del viaggiatore per difetto, ai sensi del § 651e (vecchia versione)⁸⁶.

Se il verificarsi del fenomeno delle alghe era classificato come forza maggiore⁸⁷, la prevedibilità della circostanza avversa era rilevante per il diritto di disdetta del viaggiatore in base al precedente regime giuridico. Tuttavia, la disposizione della vecchia versione del § 651j è stata abbandonata⁸⁸.

Nell'attuare la più recente direttiva sui viaggi tutto compreso, il legislatore ha completamente rinunciato all'uso del termine forza maggiore sostituendolo con "circostanze inevitabili e straordinarie" ai fini di una "comprensione uniforme ed europea del concetto"⁸⁹. Se sussistono queste circostanze, ai sensi del § 651n I N. 3, è esclusa

⁸⁶ A. STAUDINGER, in J. VON STAUDINGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., § 651j, Rn. 7.

⁸⁷ Secondo LG Frankfurt, 14 gennaio 1991, cit., p. 695; A. STAUDINGER, in J. VON STAUDINGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2, *Recht der Schuldverhältnisse*, cit., § 651j Rn. 19, il fenomeno delle alghe è da classificare come forza maggiore. Diversamente, K. TONNER, *Der Reisevertrag. Kommentar zu den §§ 651a-651m BGB*, 5. Aufl., Neuwied, 2007, § 651j, Rn. 17.

⁸⁸ BT-Drucks. 18/10822, p. 56.

⁸⁹ BT-Drucks. 18/10822, p. 76.

soltanto una richiesta di risarcimento danni da parte del viaggiatore nei confronti dell'organizzatore, ma non l'esistenza di un difetto della prestazione di viaggio⁹⁰.

Inoltre, l'organizzatore può recedere dal contratto, ai sensi del § 651h IV 1 n. 2, prima dell'inizio del viaggio se gli viene impedito di adempiere al contratto a seguito di circostanze inevitabili e straordinarie.

Il fattore decisivo per l'esistenza di tali circostanze è che sono al di fuori dal controllo dell'organizzatore⁹¹; la loro prevedibilità in quanto tale risulta irrilevante⁹².

5.3. *Motivo di esclusione nell'ambito del risarcimento dei danni di cui al § 651n I N.2*

La prevedibilità del difetto ora gioca soltanto un ruolo per il § 651n I N. 2. Questa norma esclude una pretesa di risarcimento danni in capo al turista nei confronti dell'organizzatore se il difetto del viaggio è causato da un terzo non fornitore del servizio né coinvolto in altro modo nella fornitura dei servizi di viaggio previsti nel contratto di pacchetto turistico, e il vizio della prestazione di viaggio non era per l'organizzatore prevedibile ed evitabile. Il fenomeno dell'invasione delle alghe costituisce un evento naturale da ricondurre in particolare a una "fallimentare [...] politica ambientale"⁹³. Di regola, quindi, non esiste alcun terzo cui imputare il fenomeno delle alghe. L'aspetto decisivo dell'esclusione, ai sensi del § 651n I N. 2, sembra essere che il difetto del viaggio non

⁹⁰ AG Köln, in *BeckRS*, 2021, N. 26563.

⁹¹ H.-W. ECKERT, in H.T. SOERGEL, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, cit., § 651h, Rn. 38.

⁹² Diversamente, esprimendo ovviamente in maniera insufficiente il tenore letterale, K. TONNER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., § 651n, Rn. 53.

⁹³ LG Frankfurt, 23 aprile 1990, pp. 761, spec. 763. D'accordo, E. FÜHRICH, *Umwelteinflüsse bei Pauschalreisen und ihre Konfliktlösungen im Reisevertragsrecht*, cit., pp. 2192, spec. 2193.

è stata colpa di nessuno che, in qualche modo, stia nell'ambito dell'organizzatore; ciò consente di applicare la causa di esclusione anche se, come nel caso di specie, il vizio non è imputabile ad un terzo determinato. Tuttavia, la connessione sistematica con il § 651n I N. 3, va contro questa costruzione, che palesemente è destinata a includere tali casi e oltre all'evitabilità per l'organizzatore, non si basa sulla prevedibilità, ma sul fatto che le circostanze che hanno causato il difetto fossero di carattere straordinario.

6. *La nostra soluzione*

Il fatto che l'ambiente della prestazione di possa far parte della qualità dovuta è evidente per quanto riguarda la possibilità di un relativo accordo di qualità, ai sensi del § 651i II 1. Tuttavia, l'ambiente del viaggio può anche essere rilevante se non era oggetto di specifico accordo: se la mancanza di vizi della prestazione di viaggio, secondo il § 651i II 2, dipende dalla sua idoneità all'uso abituale o presupposto contrattualmente, l'obbligo di rispondere dell'organizzatore non riguarda le singole prestazioni contrattuali, bensì il buon esito del viaggio nel suo complesso o nel suo successo.

Si deve quindi partire da un concetto ampio di difetto; un concetto ristretto è difficilmente giustificabile per la legge novellata sui viaggi tutto compreso.

Tuttavia, ciò non risponde ancora alla domanda sulla determinazione dei limiti all'obbligo di assunzione di responsabilità dell'organizzatore o se si accolla semplicemente il "rischio di fruizione"⁹⁴ del viaggio. Nell'ambito del § 651i II, non si presume alcuna colpa da parte dell'or-

⁹⁴ A. TEICHMANN, *Die Haftung für „Mängel“ und „höhere Gewalt“ im Reiserecht- Zu den Folgen der Mauritius-Entscheidung des Bundesgerichtshofs*, in JZ, 1990, pp. 1117, spec. 1119.

ganizzatore per il difetto di viaggio⁹⁵; non può dipendere dal fatto che poteva controllare l'influenza perturbativa sul viaggio⁹⁶.

I sostenitori di un concetto ristretto di difetto hanno basato la loro opinione sul fatto che l'organizzatore non è responsabile di influenze ambientali incontrollabili nell'ambito del viaggio, in parte sorretta da una corrispondente interpretazione del contratto.

Dal punto di vista di un terzo oggettivo, l'organizzatore non vuole rispondere di ripercussioni ambientali che non può controllare o che tutt'al più voglia essere responsabile delle consuete condizioni meteo⁹⁷.

D'altra parte, l'organizzatore di solito pubblicizza il viaggio mettendo in risalto l'ambiente della località e lo utilizza per rendere il viaggio il più attraente possibile⁹⁸. In tal modo, suscita deliberatamente aspettative del turista sull'ambiente del viaggio, ad esempio sulla possibilità di fare il bagno in mare durante una gita al mare o sulla presenza di banchi di ghiaccio durante una crociera nel mare polare⁹⁹.

L'organizzatore deve considerare tali aspettative quando si tratta di determinare quale beneficio della vacanza sia previsto contrattualmente ai sensi del § 651i II 2 o ciò che ci si aspetta dal viaggiatore - a meno che non fosse noto a quest'ultimo, o al pubblico in generale al momento della conclusione del contratto, che tali aspettative non fossero giustificate¹⁰⁰.

⁹⁵ H.-W. ECKERT, in H.T. SOERGEL, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, cit., § 651i, Rn. 14.

⁹⁶ A. STAUDINGER, in J. VON STAUDINGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2, *Recht der Schuldverhältnisse*, § 651c, Rn. 9.

⁹⁷ Cfr. OLG Frankfurt, 26 luglio 1988, cit., pp. 1328, spec. 1329; LG Frankfurt, 23 aprile 1990, cit., pp. 761, spec. 762; K. TONNER e K. KRAUSE, *Urlaub und Witterungsrisiko*, cit., pp. 3665, 3666; O. TEMPEL, *Entwicklungen im Reisevertragsrecht, zur Rechtsnatur des Reisevertrages und zur Einstandspflicht des Reiseveranstalters*, cit., pp. 81, spec. 86.

⁹⁸ A. STAUDINGER, in J. VON STAUDINGER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2, *Recht der Schuldverhältnisse*, § 651c, Rn. 11; *Peter/Tonner NJW* 1992, 1794 (1797).

⁹⁹ Cfr. OLG Hamburg, in *RRa*, 2009, p. 17; *BT-Drucks.* 18/10822, p. 78; K. TONNER e K. KRAUSE, *Urlaub und Witterungsrisiko*, cit., pp. 3665, 3666.

¹⁰⁰ Cfr., sul caso delle alghe sulle spiagge italiane, LG Hannover, 7 novembre 1990,

Ulteriori considerazioni confermano che il rischio di avversità ambientali esterne deve essere attribuito all'organizzatore. È in una posizione migliore rispetto al turista per informarsi sull'area di viaggio¹⁰¹ e può quindi generalmente valutare meglio del turista il rischio che il viaggio diventi inutile a causa dell'ambiente¹⁰².

Se l'organizzatore vuole limitare la propria responsabilità, può farlo rilasciando opportune dichiarazioni in fase di avvio delle trattative del contratto, ad esempio segnalando che la zona di viaggio è "a rischio alghe"¹⁰³. In questo caso, anche in una vacanza al mare, la possibilità di poter nuotare "senza alghe" non rientra più nella qualità concordata o oggettivamente attesa. Tali obblighi informativi dell'organizzatore corrispondono anche al principio di veridicità e chiarezza dell'opuscolo¹⁰⁴. Se mancano dichiarazioni corrispondenti al momento della conclusione del contratto, l'organizzatore turistico dovrebbe rispondere delle avversità ambientali che riguardano il viaggio in quanto tale.

cit., p. 376; E. FÜHRICH, *Umwelteinflüsse bei Pauschalreisen und ihre Konfliktlösungen im Reisevertragsrecht*, cit., pp. 2192, spec. 2193.

¹⁰¹ E. FÜHRICH, *Umwelteinflüsse bei Pauschalreisen und ihre Konfliktlösungen im Reisevertragsrecht*, cit., pp. 2192, spec. 2193.

¹⁰² Cfr. H.-W. ECKERT, in H.T. SOERGEL, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, cit., § 651i, Rn. 18.

¹⁰³ K. TONNER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., § 651i, Rn. 23; Peter/Tonner NJW 1992, 1794 (1797).

¹⁰⁴ C. SORGE, in *Beck-online. Grosskommentar zum BGB*, cit., § 651i, Rn. 103 s. (aggiornamento: 01.03.2023); H.-W. ECKERT, in H.T. SOERGEL, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, cit., § 651i, Rn. 9; cfr. K. TONNER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., § 651i, Rn. 23.

Abstract

La comparsa massiccia del sargasso, dopo la pandemia COVID-19, sta presentando notevoli problemi al turismo nelle zone costiere dell'America centrale e meridionale. Il contributo affronta le questioni che questo fenomeno pone alla disciplina tedesca delle vacanze organizzate.

After the COVID-19 pandemic, the mass occurrence of the sargassum algae now poses considerable challenges to tourism in the coastal areas of Central and South America. This paper deals with the questions this phenomenon poses for German package travel law.

Bochum-Camerino, maggio 2023

MARIA PAOLA MANTOVANI E CLAIRE-MARIE PÉGLION-ZIKA*

L'INESATTA PRESTAZIONE NEL CONTRAT DU VOYAGE
À FORFAIT E IL SISTEMA RIMEDIALE
NEL DIRITTO FRANCESE**

SOMMARIO: 1. Inchiesta di diritto comparato: aspetti metodologici. – 2. Introduzione al caso. – 3. Il fondamento dell'obbligo d'informazione precontrattuale: il *code civil*, il *code de la consommation* e il *code du tourisme*. – 3.1. L'obbligo informativo precontrattuale ai sensi del *code du tourisme*. – 3.2. Pluralismo delle fonti in tema di obblighi informativi e risoluzione del concorso di qualificazione. L'inosservanza dell'obbligo d'informazione precontrattuale ai sensi del *code du tourisme*. – 3.3. Il punto di vista della giurisprudenza. – 3.4. Sanzione(i) in caso di violazione degli obblighi informativi precontrattuali nel *code du tourisme*. – 4. Il sistema dei rimedi giuridici in favore del turista. – 4.1. L'impatto dell'imprevedibilità in caso di violazione dell'obbligo informativo e di difetto di conformità nel contratto di viaggio *à forfait*. – 5. La rilevanza della forza maggiore nel diritto francese. – 6. Minime riflessioni conclusive.

1. *Inchiesta di diritto comparato: aspetti metodologici*

La scelta di sviluppare una riflessione di tipo comparativo tesa ad indagare e a dare conto delle possibili soluzioni, con riferimento ad

* Maria Paola Mantovani è professore associato di Diritto privato comparato nell'Università di Camerino, Claire-Marie Péglion-Zika è Maître de conférences abilitato alla ricerca diretta in Diritto privato nell'Università Paris-Panthéon-Assas. Il contributo è frutto della riflessione comune delle autrici, tuttavia vanno assegnati in via esclusiva a Maria Paola Mantovani i §§ 1, 3, 3.2, 3.4, 4, 5, 6 e a Claire-Marie Péglion-Zika i §§ 2, 3.1, 3.3, 4.1.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

un caso concreto sottoposto a studiosi appartenenti ad ordinamenti giuridici diversi, richiama alla mente la metodologia seguita da Mario Rotondi¹. Avvocato e professore dal respiro internazionale comprese l'importanza di promuovere forme di insegnamento giuridico su base europea, rinnovate nel metodo, fra cui spiccano le inchieste di diritto comparato. Già Rudolph B. Schlesinger, grazie ai seminari tenuti alla *Cornell Law School* negli anni Cinquanta, aveva dato avvio ad una nuova metodologia di studio e di ricerca fondata sulla tecnica del c.d. *factual approach*².

Il presente lavoro muove dall'idea di rivolgere ai vari studiosi nazionali alcuni quesiti che traggono ispirazione da un caso, e si prefigge l'obiettivo di vagliare le soluzioni giuridiche adottate nei diversi ordinamenti. Nell'epoca attuale l'orizzonte del giurista è profondamente mutato e ciò impone di ripensare «in modo comparativo il fenomeno giuridico nel suo complesso»³, al fine di promuovere un dialogo proficuo tra le diverse realtà ed esperienze giuridiche e favorire un sistema di regolazione degli scambi fondato su un equilibrato componimento degli interessi delle parti. Fondamentale, nel quadro del discorso, è l'apporto del metodo comparativo, grazie al quale si può pervenire a risultati scientifici interessanti, misurando e valutando somiglianze e differenze fra sistemi giuridici distinti⁴. La comparazione giuridica consente, infatti, «di individuare e, possibilmente, anche di spiegare sia le concordanze che le

¹ M. ROTONDI, *Inchieste di diritto comparato. La scienza del diritto nell'ultimo secolo*, Padova, 1976.

² R.B. SCHLESINGER, *Formation of contract - A study of the common core of legal systems: Introduction*, in *Cornell International Law Journal*, 1969, p. 1 ss.

³ E. CALZOLAIO, *Comparazione giuridica e diritto internazionale privato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, p. 923 ss.

⁴ L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, ed. it. di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Torino, 2000, p. 11 ss.; per O. SANDROCK, *Significato e metodo del diritto civile comparato*, a cura di R. Favale, Napoli, 2009, p. 83, la comparazione riveste una funzione di natura primaria, non solo come strumento in grado di individuare gli elementi di convergenza e di divergenza tra i diversi ordinamenti giuridici ma anche, ed in particolar modo, come metodo direttamente operativo per una visione allargata dei problemi legislativi, giurisprudenziali e dottrinali dell'ordinamento in cui si opera.

divergenze formali e sostanziali riscontrabili tra i vari diritti nazionali»⁵. Inoltre, solo una solida base di tipo comparativo consente «di superare le varie categorie nazionali rivolgendo l'attenzione alla molteplicità dei modi in cui una data "situazione di fatto" può essere rappresentata dai diversi linguaggi giuridici, giungendo spesso a soluzioni simili pur in presenza di categorizzazioni opposte»⁶. Sotto il profilo metodologico, la comparazione giuridica non solo svolge una funzione epistemologica, ma rappresenta un mezzo, direttamente operativo, che si affranca dalle astrazioni e dalle generalizzazioni tipiche della tradizione concettualistica⁷, favorendo una prospettiva di studio e di ricerca che consente di guardare alle diverse esperienze giuridiche tenendo presente i «caratteri propri (peculiari e persino esclusivi) di identità che ne fanno l'espressione di determinati àmbiti e ambienti, fattori e componenti»⁸.

2. Introduzione al caso

Il caso da cui muove l'indagine riguarda la conclusione di un contratto di viaggio tutto compreso con un *tour operator* da parte del Sig. Guerrini, avente ad oggetto la prestazione di servizi turistici, per sé e la propria famiglia (moglie e due figli), con destinazione Playa del Carmen, in Messico. Trattandosi di un *contrat du voyage à forfait*, il pacchetto include voli aerei andata e ritorno, trasporto aeroporto-albergo-aeroporto

⁵ M.J. BONELL, *Comparazione giuridica e unificazione del diritto*, in G. ALPA, M.J. BONELL, D. CORAPI, L. MOCCIA, V. ZENO-ZENCOVICH, A. ZOPPINI, *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, nuov. ed. agg., Roma-Bari, 2012, p. 3 ss.

⁶ P.G. MONATERI, *Il diritto comparato tra disciplina critica, scienza normale e ingegneria politica*, in G. RESTA, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Comparare. Una riflessione tra le discipline*, Milano 2020, p. 205 ss.

⁷ Il senso del metodo storico-comparativo e del metodo casistico è efficacemente racchiuso nella Prefazione al volume di G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I e II, Milano, 1954, V ss.

⁸ L. MOCCIA, *Comparazione giuridica, diritto e giurista europeo: un punto di vista globale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, p. 767 ss.

e la permanenza in un *resort all-inclusive* per una durata di sette giorni, comprensiva di vitto, alloggio e della possibilità di fruire dei servizi della struttura, tra cui l'utilizzo delle piscine e l'accesso alle diverse attività ludiche e ricreative. Una volta raggiunta la destinazione turistica ed effettuata la sistemazione in hotel, il signor Guerrini e la sua famiglia scoprono che il mare è infestato dalle *alghe sargassum*, circostanza che rende impossibile la balneazione.

Il sig. Guerrini, insoddisfatto a causa della prestazione difettosa, agisce in giudizio chiedendo la restituzione dell'intero prezzo corrisposto, affermando che la mancata possibilità di fruire dell'accesso al mare, a causa della presenza dell'alga, integra un inadempimento essenziale che ha compromesso la realizzazione della finalità della vacanza. Il cliente ritiene che vi sia stata da parte del *tour operator* l'inosservanza degli obblighi informativi, alla luce del fatto che l'organizzatore avrebbe dovuto conoscere la circostanza impeditiva, in quanto si era già riscontrata in quella zona la presenza dell'alga sargasso e, conseguentemente, avrebbe dovuto assolvere all'obbligo informativo nei confronti del fruitore dei servizi turistici. Il *tour operator* afferma, al contrario, di non essere tenuto a restituire l'intera somma corrisposta, in quanto la restituzione dell'intera somma corrisposta determinerebbe un indebito arricchimento, in ragione del fatto che il sig. Guerrini e la sua famiglia hanno comunque usufruito del pacchetto turistico, ad esclusione dell'attività balneare.

Con riferimento al caso concreto, occorre prendere in considerazione la circostanza se possa considerarsi prevedibile o meno la presenza dell'alga *sargassum* e, conseguentemente, se questa possa farsi rientrare nel novero del corredo informativo che il professionista è tenuto a fornire al cliente. In tal senso, occorre accertare se il *tour operator* sia tenuto ad un obbligo informativo specifico, nei confronti del cliente e, in caso di risposta affermativa, individuare le conseguenze giuridiche che ne discendono. Alla luce della fattispecie concreta vi sono due possibili motivi che sostengono l'azione del sig. Guerrini, la violazione dell'obbligo precontrattuale d'informazione da parte del professionista e la non conformità della prestazione di viaggio rispetto a quanto convenzionalmente pattuito. Dobbiamo anche considerare l'impatto che la presenza

dell'alga sargasso ha avuto sulla possibilità di fruire della vacanza, e se questa sia da considerarsi una circostanza imprevedibile e, dunque, tale da esulare dalla sfera di controllo del professionista dei servizi turistici, esonerandolo da qualsivoglia responsabilità.

3. *Il fondamento dell'obbligo d'informazione precontrattuale: il code civil, il code de la consommation e il code du tourisme*

Nel diritto francese, il dovere di informazione precontrattuale⁹ si può rintracciare in diverse fonti legali, sia di diritto comune che di diritto speciale. Il dovere di fornire un completo e chiaro corredo informativo si collega all'elemento essenziale del contratto fondato sulla volontà¹⁰, «in quanto è la volontà di impegnarsi che giustifica la “forza della legge” del contratto per le parti, ed essa è il motore della formazione del contratto: ne è una condizione essenziale. La validità di un contratto presuppone non solo una volontà certa di vincolarsi, ma ancora che questa volontà sia libera e intera»¹¹ e, dunque, non vi siano vizi del consenso¹². Tuttavia non sempre «il contratto è concluso da un soggetto adeguatamente libero, adeguatamente informato, che ha adeguatamen-

⁹ PH. MALAURIE, L. AYNÉS e PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 10^a ed., Paris, 2018, p. 425 ss., osservano che «l'obbligazione precontrattuale d'informazione è stata generalizzata dall'art. L. 1112-1, introdotta dall'ordinanza del 10 febbraio 2016, nella sotto-sezione consacrata alle “negoziazioni”, essa si applica anche in mancanza di negoziazioni. Si tratta di proteggere l'atto di volontà dell'altra parte, rivelando un'informazione “la cui importanza è determinante per il suo consenso”».

¹⁰ Secondo PH. MALAURIE, *Dictionnaire d'un droit humaniste*, Paris, 2015, p. 44, «Le contrat, c'est la rencontre. Il ne peut y avoir d'humanisme sans rencontre, et donc sans contrat. Les bases de l'humanisme, c'est le contrat».

¹¹ A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 18^a ed., Paris, 2019, p. 71.

¹² PH. MALAURIE, L. AYNÉS e PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, cit., p. 305, evidenziano che «se la legge è rispettata secondo la sequenza imposta nella formazione del contratto, così come sono rese tutte le informazioni e non vi sono clausole abusive, è impossibile pretendere che il consumatore ha subito un errore. Ma il dolo e la violenza possono essere fatte valere».

te ponderato, che padroneggia adeguatamente l'accesso a tutte le possibilità di contrattazione aperte in quel momento. Purtroppo la libertà e l'informazione soffriranno sempre qualche limite»¹³.

In termini sistematici, l'obbligo d'informazione trova fondamento nel più generale dovere di buona fede che deve orientare la condotta delle parti sia al momento della conclusione del contratto che nella sua esecuzione (ex art. 1104, vecchio art. 1134, comma 3, *code civil*)¹⁴. Strettamente connesso a tale previsione è il nuovo art. 1112-1 *code civil*, introdotto con la riforma del 2016¹⁵, che consacra una regola di carattere generale, il *devoir d'information* precontrattuale, che rappresenta un'applicazione del principio di buona fede alla fase di conclusione del contratto¹⁶. Ne discende il riconoscimento della forza direttiva della buona fede, grazie alla specifica previsione di cui all'art. 1112 *code civil*, secondo cui i contratti devono essere «negoziati e si devono concludere in buona fede»¹⁷, locuzione che il *code civil* del 1804 non aveva previsto¹⁸, e che ha assunto carattere imperativo.

Questa consacrazione legale del dovere d'informazione, pur se intro-

¹³ R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2004, pp. 405 ss., secondo cui «la piena libertà, la piena ponderazione e la piena consapevolezza del contraente sono ideali irraggiungibili».

¹⁴ PH. MALAURIE, L. AYNÈS e PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, cit., p. 424.

¹⁵ La Loi n. 2018-287 du 20 avril 2018 di ratifica dell'ordonnance n. 2016-131 del 10 febbraio 2016 di «réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations», pubblicata in *Journal officiel*, 21 aprile 2018. J.-D. PELLIER, *L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations enfin ratifiée!*, in *Rec. Dalloz*, 2018, p. 1 ss. Sulla riforma, ex multis, M. MEKKI, *L'ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet droit des contrats. L'art de refaire sans défaire*, in *Recueil Dalloz*, 2016, p. 494 ss.; A. BÉNABENT e L. AYNÈS, *Réforme du droit des contrats et des obligations: aperçu général*, in *Dalloz*, 2016, p. 434 ss.; O. DESHAYES, T. GENICON e Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris, 2018.

¹⁶ PH. MALAURIE, L. AYNÈS e PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, cit., p. 424.

¹⁷ PH. MALAURIE, L. AYNÈS e PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, cit., p. 262.

¹⁸ Le sanzioni conseguenti alla violazione di un dovere di buona fede, così come con riferimento agli altri doveri specifici, non sono determinate dalla legge. Esse possono consistere in una nullità per vizio del consenso, come nel caso del dolo; o implicare una

dotta dall'ordinanza n. 2016-131 del 10 febbraio 2016, non è una novità in sé in quanto è già presente nella legislazione speciale¹⁹, nell'ambito particolare dei contratti dei consumatori, espressione di «un'esigenza rafforzata di protezione»²⁰. In particolare, il diritto dei consumatori lo impone ai professionisti per tutti i contratti di fornitura di beni o di servizi ai consumatori (ex art. L. 111-1 *code de la consommation*)²¹. Ampiamente tributario del formante giurisprudenziale e della sistemazione dottrinale²², tale regola ha codificato la giurisprudenza anteriore, operazione che non è mai facile, ed ancora di più se si ha a che fare con uno strumento di matrice pretorile dai caratteri naturalmente indeterminati, come il *devoir d'information*²³.

A livello sistematico, è stata introdotta un'obbligazione di carattere generale a carattere informativo, estesa a tutti i professionisti che operano negli ambiti più disparati, fra cui l'*agence des voyages*²⁴. Applicazione particolare del principio generale, l'obbligazione precontrattuale d'informazione si è particolarmente sviluppata in giurisprudenza²⁵ grazie alla consacrazione e al successo della *réticence dolosive*²⁶.

responsabilità civile in presenza di un danno, PH. MALAURIE, L. AYNÉS e PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, cit., p. 262.

¹⁹ F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations-Innovations-Perspectives*, 2^a ed., Paris, 2018, p. 33.

²⁰ A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, cit., p. 72.

²¹ PH. MALAURIE, L. AYNÉS e PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, cit., p. 262.

²² J. GHESTIN, G. LOISEAU e Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. I, *Le contrat, le consentement*, 4^a ed., Paris, 2013.

²³ F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, cit., p. 36.

²⁴ PH. MALAURIE, L. AYNÉS e P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, coll. *Droit civil*, 12^a ed., Paris, 2022.

²⁵ Cass. civ., 3 maggio 2000, n. 98-11381, in *Dalloz*, 2002, p. 928 ss., con osservazioni di O. TOURNAFOND.

²⁶ Per F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, cit., p. 33, «occorre guardare allo spirito delle condizioni poste dall'art. 1112-1 e domandarsi se sono l'esatto riflesso della giurisprudenza o, più esattamente, della sua sistemazione dottrinale. Sullo sfondo lo stato del diritto non dovrà, dunque, mutare: il legislatore non ha voluto né ammorbidire, né ampliare, l'ambito di applicazione del dovere d'informazione».

A livello normativo, l'art. 1112-1 riconosce due possibili sanzioni in caso di violazione del dovere d'informazione²⁷, la prima, in via principale, fondata sulla responsabilità e, a titolo eventuale, la violazione del dovere d'informazione potrà determinare «*l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux art. 1130 ss.*»²⁸, integrando in tale guisa un vizio del consenso²⁹.

Nel diritto francese, l'obbligo d'informazione del *tour operator* può avere diverse basi giuridiche e, più precisamente, tre fondamenti giuridici testuali, di cui occorre dare conto per poi accertare se tali obblighi si applicano in modo cumulativo o se uno debba essere preferito all'altro.

Il rapporto contrattuale che si è instaurato fra il sig. Guerrini e il *tour operator* può integrare, *prima facie*, diversi obblighi d'informazione precontrattuale³⁰, che hanno il loro fondamento nel diritto comune di matrice codicistica (*code civil*)³¹, nel diritto speciale di matrice consumeristica³² (*code de la consommation*) e nel diritto dal carattere super-specialistico che promana dal *code du tourisme*.

²⁷ La violazione dei doveri informativi produce una responsabilità extracontrattuale, non ritenendosi, in ossequio alla giurisprudenza, necessario fornire la prova del carattere intenzionale della reticenza, Cass. civ., 28 maggio 2008, n. 07-13.487, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2008, p. 476 ss., nota di B. FAGES.

²⁸ F. CHÉNÉDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, cit., p. 36.

²⁹ F. CHÉNÉDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, cit., p. 37.

³⁰ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, th. Paris, 1992; G. DANJAUME *La responsabilité du fait de l'information*, in *JCP G.*, 1996, I, p. 3895 ss.

³¹ Interessanti le osservazioni circa l'opportunità di una revisione del testo codicistico, formulate prima dell'*ordonnance* del 2016, di D. MAZEAUD, *Diritto dei contratti: la riforma all'orizzonte?*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1080, già in *Rec. Dalloz*, 2014, p. 291, secondo cui se la riforma del *Code* si impone, è anche «perché il *code civil* non è più veramente lo scrigno del diritto comune dei contratti, né la fonte delle sue regole fondamentali. Oggi il nucleo essenziale del diritto comune dei contratti si trova per larga parte fuori dal *code civil*, in altri codici, quali il *code de la consommation* o il *code de commerce*, e soprattutto nel *Bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation*. Lungi dall'essere inciso nel *code civil*, il diritto generale dei contratti è oggi sparpagliato, sminuzzato, scisso. Vizi che nuocciono alla sua intelligibilità, alla sua coerenza e alla certezza del diritto».

³² A. SINAY-CYTERMANN, *Protection ou surprotection du consommateur?*, in *Sem. jur.* 1994, p. 51; N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Paris,

L'obbligo d'informazione precontrattuale disciplinato nel *code civil* si applica a tutti i contratti di diritto comune³³. In primo luogo, nella parte dedicata ai contratti, Titolo III del Libro III sulle fonti delle obbligazioni, l'art. 1105, comma 1, *code civil*, dispone che «i contratti, siano essi denominati o meno, sono soggetti alle regole generali, che sono oggetto del presente sottotitolo». Di conseguenza, come qualsiasi altra parte contraente, il *tour operator* è tenuto all'obbligo d'informazione precontrattuale di diritto comune di cui all'art. 1112-1 *code civil*³⁴, che consacra la prevalenza del dovere d'informazione³⁵, a partire dalla riforma del diritto dei contratti. Il dovere d'informazione ha assunto una portata rafforzata, tanto da essere qualificato come dovere generale di ordine pubblico³⁶. La disciplina generale prevede che: «La parte che è a conoscenza di un'informazione la cui importanza è decisiva per il consenso dell'altra parte deve informare l'altra parte se quest'ultima è legittimamente all'oscuro di tale informazione o ha fiducia nell'altra parte. [...] Le informazioni che hanno un collegamento diretto e necessario con il contenuto del contratto o con la capacità delle parti sono di importanza decisiva». L'onere di provare che la controparte gli doveva informazioni spetta alla parte che sostiene che le informazioni gli erano dovute, e l'onere di provare di avere esattamente adempiuto agli obblighi informativi spetta alla parte tenuta a fornire il corredo informativo. Le parti non possono né limitare né escludere questo dovere. Oltre alla responsabilità della parte che vi era tenuta, la violazione di questo do-

2001; L. LANDY, *Le consommateur européen: une notion éclatée*, Actes et débats de colloque: vers un code européen de la consommation, Bruxelles, 1998, p. 57 ss.

³³ M. FABRE-MAGNAN, *Le devoir d'information dans les contrats: essai de tableau général après la réforme*, in JCP, 2016, p. 706 ss.

³⁴ G. CHANTEPIE e M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, in Dalloz, Hors coll., Paris, 2^a ed., 2018.

³⁵ Così, F. CHÉNEDÉ, *Interprétation et amélioration du nouveau droit des contrats*, in Rec. Dalloz, 2017, p. 2214 ss.; ID., *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations, innovations, perspectives*, cit., p. 31 ss.

³⁶ F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE e F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 13^a ed., 2022, p. 373 ss.

vere di informazione può comportare l'annullamento del contratto alle condizioni previste dagli articoli 1130 e ss. *code civil*.

Parimenti, sussiste un obbligo d'informazione precontrattuale, previsto dal *code de la consommation*, applicabile a qualsiasi contratto concluso tra un professionista e un consumatore³⁷. Si tratta di una disciplina di diritto speciale in ragione del fatto che essa si applica, esclusivamente, ai contratti conclusi fra soggetti che rivestono uno *status* particolare (consumatore e professionista)³⁸. Nel caso concreto, il rapporto contrattuale che si è instaurato tra il *tour operator* e il sig. Guerrini può qualificarsi in termini di contratto di consumo ai sensi del *droit de la consommation*, alla luce della particolare qualificazione soggettiva dei contraenti, il *tour operator* quale soggetto che opera professionalmente e che vende pacchetti turistici in favore di clienti-consumatori³⁹, e il sig. Guerrini quale turista-consumatore. In tale prospettiva, occorre osservare che la legislazione consumeristica ha natura protettiva dei diritti e degli interessi dei consumatori e particolare rilievo riveste, fra tutti, il dovere d'informazione nei confronti dei consumatori⁴⁰. Gli obblighi

³⁷ G. RAYMOND, *Définir le consommateur*, in *Contr. conc. consom.*, 2004, p. 3; G. PAISANT, *À la recherche du consommateur. Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du «rapport direct»*, in *Sem. Jur.*, 2003, p. 549 ss.; J.P. PIZZIO, *Le droit de la consommation à l'aube du XXI siècle. Bilan et perspectives. Études de droit de la consommation*, in *Liber amicorum Jean Calais - Auloy*, Paris, 2004, p. 878; Y. PICOD e H. DAVO, *Droit de la consommation*, Paris, 2005.

³⁸ D. MAZEAUD, *Droit commun du contrat et droit de la consommation. Nouvelles frontières?*, in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy. Études de droit de la consommation*, Paris, 2004, p. 710 ss.; J. CALAIS-AULOY e F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 6^a ed., Paris, 2003, p. 6 ss.

³⁹ La direttiva del 25 ottobre 2011, n. 2011/83/UE, è stata recepita nell'ordinamento francese con la legge n. 2014-344 del 17 marzo 2014, c.d. *Loi Hamon*, che ha introdotto una disposizione specifica di consumatore nel *code de la consommation*. Tale definizione è stata ampliata dall'ordinanza n. 2016-301 del 14 marzo 2016 relativa alla parte legislativa del *Code de la consommation*. In argomento, v. G. PAISANT, *La directive du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs*, in *JCP G.*, 2012, p. 62 ss.

⁴⁰ PH. MALAURIE, L. AYNÈS e PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, cit., p. 303, mettono in evidenza che «in Francia, come in tutti i Paesi industrializzati, il legislatore è intervenuto al fine di proteggere il consumatore, lo ha fatto grazie ad interventi *ad*

informativi speciali⁴¹ hanno carattere e contenuti diversi, pure se sistematicamente si collegano al dovere generale disciplinato dall'art. 1112-1 *code civil*. Una prima serie di disposizioni riguardano le informazioni dovute dal professionista o prestatore di servizi nei confronti del consumatore⁴², in particolare l'art. L. 111-1 *code de la consommation*⁴³ che prescrive il dovere di assolvere gli obblighi informativi⁴⁴ nei rapporti tra professionisti e consumatori, attraverso un supporto testuale (es. opuscolo informativo)⁴⁵.

Le obbligazioni d'informazione, di consiglio e di avviso rientrano nel novero delle obbligazioni precontrattuali e, dunque, hanno natura

hoc, in base alla natura del contratto, utilizzando dei metodi apparentemente nuovi che frequentemente si fondano su tecniche giuridiche del passato: quelle dell'informazione e del diritto di ripensamento». Sul diritto di ripensamento, R. BAILLOD, *Le droit de repentir*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1984, p. 227 ss.

⁴¹ F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE e F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, cit., p. 375 ss.

⁴² N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Le contrat de consommation. Règles communes*, Paris, 2012.

⁴³ Si veda, in argomento, J.-D. PELLIER, *Information des consommateurs*, in D. FENOUILLET (dir.), *Droit de la consommation*, Paris, 2021-2022.

⁴⁴ Il decreto n. 2021-1247 del 29 settembre 2021 sulla garanzia legale di conformità per i beni, i contenuti digitali e i servizi digitali, dispone: «Prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a titolo oneroso, il professionista deve fornire al consumatore le seguenti informazioni in modo leggibile e comprensibile, in particolare il primo comma impone che siano esplicitate le caratteristiche essenziali del bene o del servizio, nonché quelle del servizio digitale o del contenuto digitale e nel secondo comma si precisa che occorre dare conto del prezzo o di qualsiasi altra prestazione fornita in sostituzione o in aggiunta al pagamento di un prezzo ai sensi degli articoli da L. 112-1 a L. 112-4-1». Inoltre, specifica che oltre ad avere conoscenza dell'identità del professionista (recapiti postali, telefonici ed elettronici) e delle sue attività, nella misura in cui ciò non risulti evidente dal contesto, sussistono delle garanzie legali, in particolare la garanzia legale di conformità e la garanzia legale contro i vizi occulti, ed eventuali garanzie commerciali, nonché, se del caso, di assistenza post-vendita e delle informazioni relative ad altre condizioni contrattuali.

⁴⁵ F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE e F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, cit., p. 375 ss.

extracontrattuale⁴⁶. La dottrina sul punto propone una distinzione tra l'obbligo di fornire informazioni, che ha natura precontrattuale, e il dovere di consiglio che sarà un effetto del contratto, la cui mancanza di conoscenza condurrebbe alla risoluzione⁴⁷. Ancora una volta vediamo quanto possa essere sfumata la distinzione tra formazione ed esecuzione del contratto⁴⁸.

3.1. *L'obbligo informativo precontrattuale ai sensi del Code du tourisme*

Il diritto francese ha un codice del turismo, il cui unico capitolo, Titolo I recante, (Agenzie di viaggio e altri operatori nella vendita di viaggi e vacanze) del Libro II (Attività e professioni turistiche), è dedicato alla "Disciplina della vendita di viaggi e vacanze", (art. da L. 211-1 a L. 211-24 c. *tour.*)⁴⁹.

È importante notare che questi testi sono stati ampiamente riformati dall'ordinanza 2017-1717 del 20 dicembre 2017 che recepisce la direttiva 2015/2302/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015⁵⁰, concernente i viaggi tutto compreso e i servizi di

⁴⁶ PH. MALAURIE, L. AYNÈS e PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, cit., p. 429, secondo cui le obbligazioni d'informazione precontrattuale «certamente, non costituiscono effetto del contratto, identiche alle obbligazioni di consegna o di garanzia, in quanto esse vengono eseguite al momento stesso della conclusione del contratto».

⁴⁷ J. GHESTIN, *Conformité et garanties dans la vente (produits mobiliers)*, Paris, 1983, p. 98, distingue tra l'obbligazione precontrattuale d'informazione e l'obbligazione contrattuale di fornire informazioni.

⁴⁸ PH. MALAURIE, L. AYNÈS e PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, cit., p. 429.

⁴⁹ J.-M. BRETON, *Responsabilité des opérateurs de tourisme*, in *Juris Tourisme*, 2020, p. 43 ss.; P.-A. LAMOUILLE, *Vente de voyages: un secteur bien réglementé*, in *Tourisme et Droit*, 2006, p. 28 ss.; R. RAFFI, *Directive Travel: des obligations et une responsabilité réaménagées*, in *Juris Tourisme*, 2016, p. 42; C. LACHIEZE, *Agences de voyages: état des lieux jurisprudentiel*, in *Tourisme et Droit*, 2009, p. 36; ID., *Réforme du régime de la vente de voyages et de séjours*, in *Juris Tourisme*, 2018, p. 45 ss.; ID., *Forfait touristique et prestation de voyage liée: qualification juridique*, in *Juris Tourisme*, 2018, p. 22 ss.

⁵⁰ Dir. 2015/2302/UE, del Parlamento e del Consiglio del 25 novembre 2015, recepitata con *ordonnance* n. 2017-1717 del 20 dicembre 2017. La normativa di matrice

viaggio collegati⁵¹ che, a sua volta, ha sostituito la direttiva 90/134/CEE, nell'ottica di rafforzare il quadro dei diritti in favore del turista consumatore e ampliarne il corredo di tutele⁵². In tal senso, rientra nel novero delle obbligazioni del professionista la non conformità dei servizi forniti⁵³, qualora essa non sia imputabile al cliente, che può giustificare una conseguente riduzione del prezzo⁵⁴. Il sistema si modella sulla scorta del diritto dei consumatori, in particolare con riferimento all'operatività della garanzia di conformità nella vendita⁵⁵. La disciplina introdotta nel codice del turismo con riferimento alla nozione di conformità al contratto riconduce all'unitario schema dell'inadempimento le varie ipotesi di inesatta esecuzione del contratto da parte del venditore⁵⁶, e si modella sulla scorta della disciplina di matrice consumeristica relativa alla vendita dei beni di consumo⁵⁷.

In altre parole, le attuali norme del diritto francese non sono altro che il recepimento delle norme derivanti dal diritto dell'Unione europea. Secondo l'art. L. 211-1, I, primo comma, codice del turismo, questo capitolo «si applica alle persone fisiche o giuridiche che, nell'ambito del-

europea ha optato per la qualificazione di «viaggiatore» in luogo di altre denominazioni. La disciplina della responsabilità degli operatori turistici è collocata all'interno del *Code du tourisme* che pone in capo agli agenti di viaggio l'osservanza di obblighi di condotta differenti, modulati sulla base della qualità che rivestono, mandatari o venditori di viaggi *à forfait*. Il nuovo dispositivo normativo consolida la nozione di *forfait touristique*, ampliandone il campo di applicazione.

⁵¹ J.-M. BRETON, *Droit et politique du tourisme*, Paris, 2016, 1^{re} éd., p. 555 ss.

⁵² J.-M. BRETON, *Droit et politique du tourisme*, cit., p. 555 ss.

⁵³ C. LACHÈZE, *Droit du tourisme*, Paris, 2014, p. 1 ss.; L. JÉGOUZO, *Droit et politique du tourisme*, 2^a ed., Paris, 2018.

⁵⁴ J.-M. BRETON, *Droit et politique du tourisme*, cit., p. 556.

⁵⁵ Art. L. 217-9 ss. del *Code de la consommation*.

⁵⁶ L. NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 583 ss., secondo cui sotto il profilo rimediale, «il salto di qualità si compie, invece, proprio con la dir. 1999/44 CE che ha istituito il ripristino come modo normale di “rimediare” al difetto di conformità, destinato ad incontrare i soli limiti dell'impossibilità o della sproporzione».

⁵⁷ In argomento, sia consentito il rinvio a M.P. MANTOVANI, *La vendita dei beni di consumo*, Napoli, 2009.

la loro attività commerciale, industriale, artigianale o di libera professione, preparano e vendono o mettono in vendita pacchetti turistici». L'articolo successivo, L. 211-2, II, A, definisce un pacchetto turistico⁵⁸ come segue: «Per pacchetto turistico si intende la combinazione di almeno due tipi diversi di servizi di viaggio ai fini dello stesso viaggio o soggiorno di vacanza, di durata superiore alle ventiquattro ore o comprendente un pernottamento», e precisa, al primo comma, che tali servizi sono organizzati da un unico professionista, anche su richiesta del viaggiatore o secondo la sua scelta, prima della conclusione di un unico contratto che comprende tutti questi servizi. Inoltre, il secondo comma prevede che, indipendentemente dall'eventuale conclusione di contratti separati con i singoli fornitori di servizi di viaggio, tali servizi possono essere acquistati presso un unico punto vendita e scelti prima che il viaggiatore accetti di pagare; offerti, venduti o fatturati a un prezzo comprensivo o a un prezzo totale; nonché pubblicizzati o venduti come "pacchetto" o con una denominazione simile; oppure combinati dopo la conclusione di un contratto con il quale un professionista autorizza il viaggiatore a scegliere tra una selezione di diversi tipi di servizi di viaggio».

In altre parole, un pacchetto turistico è definito come una combinazione di almeno due servizi di viaggio ai fini dello stesso viaggio o soggiorno di vacanza, che superi le ventiquattro ore o includa un pernottamento. Per qualificare un pacchetto turistico sono quindi necessarie tre condizioni cumulative: l'organizzazione di una serie di servizi da parte dell'agente di viaggio, una durata del viaggio superiore alle ventiquattro ore o un pernottamento e un prezzo *all-inclusive*.

Nel caso di specie, il sig. Guerrini ha sottoscritto un pacchetto di sette giorni comprensivo di volo aereo, trasporto aeroporto-albergo-aeroporto e sistemazione in un complesso *all-inclusive* (con pasti, alloggio e servizi infrastrutturali, compreso l'uso delle piscine e varie attività ricreative). Il suo contratto comprendeva quindi una serie di servizi di viaggio (voli aerei, trasporto aeroporto-albergo-aeroporto, alloggio in

⁵⁸ Sulla definizione di pacchetto turistico, v. G. CHANTEPIE, *Consommateur de services touristiques*, cit., p. 1653.

un complesso *all-inclusive*, con pasti, alloggio e servizi infrastrutturali, compreso l'uso delle piscine e varie attività ricreative), per una durata di sette giorni (quindi più di ventiquattro ore) e per un prezzo *all-inclusive*.

Con riferimento alla situazione contrattuale tra il sig. Guerrini e il *tour operator*, è da ritenersi pienamente applicabile il capitolo unico del codice del turismo relativo alle vendite e alle vacanze tutto compreso⁵⁹. In particolare, fra gli adempimenti posti a carico del professionista vi è quello contenuto all'art. L. 211-8 c. *tour.*, che stabilisce lo speciale obbligo informativo precontrattuale che grava su tutti i venditori di pacchetti turistici⁶⁰. L'organizzatore o il venditore informa il viaggiatore, mediante un modulo, prima della conclusione del contratto, delle caratteristiche principali dei servizi offerti relativi al trasporto e alla vacanza, del prezzo e delle condizioni di pagamento, delle condizioni di annullamento e di risoluzione del contratto, nonché fornisce informazioni sull'assicurazione e sulle condizioni di attraversamento delle frontiere⁶¹. Queste informazioni devono essere presentate in modo chiaro, comprensibile e accessibile.

3.2. *Pluralismo delle fonti in tema di obblighi informativi e risoluzione del concorso di qualificazione. L'inosservanza dell'obbligo d'informazione precontrattuale ai sensi del code du tourisme*

Il diritto francese si caratterizza per il pluralismo delle fonti in tema di obblighi informativi incombenti sul professionista che opera nel settore turistico. Da ciò discende la necessità di accertare quale sia, nel caso di specie, il substrato contrattuale che connota il rapporto fra il sig. Guerrini e il *tour operator* alla luce del fatto che, in termini generali, la fattispecie concreta è suscettibile di rientrare nell'ambito di applicazione di diverse leggi, *code civil*, *code de la consommation* e *code du tourisme*. Di

⁵⁹ Sugli obblighi informativi, v. G. CHANTEPIE, *Consommateur de services touristiques*, p. 1656 ss.; J.-M. BRETON, *Droit et politique du tourisme*, cit., p. 220 ss.

⁶⁰ J.-M. BRETON, *Droit et politique du tourisme*, cit., p. 556.

⁶¹ Le informazioni sono precisate all'art. R. 211-4 c. *tour.*

conseguenza, la domanda che legittimamente si pone è se i tre obblighi d'informazione precontrattuale debbano essere cumulati o se uno debba essere preferito all'altro.

Per rispondere a questa domanda, dobbiamo innanzitutto fare riferimento ai commi secondo e terzo dell'art. 1105 *code civil*, a tenore dei quali: «Le norme particolari di determinati contratti sono stabilite dalle disposizioni specifiche di ciascuno di essi. Le norme generali si applicano con riserva di queste norme speciali». Questo articolo stabilisce, quindi, il rapporto tra il diritto contrattuale comune e le disposizioni speciali relative a determinati soggetti, costruito secondo un rapporto di genere a specie, con l'applicazione di queste ultime che prevalgono sulle prime.

Nel caso di specie, l'applicazione di queste disposizioni porta, a prima vista, ad escludere l'obbligo informativo precontrattuale previsto dal codice civile, un obbligo di diritto comune destinato ad applicarsi solo in assenza di una normativa speciale. D'altra parte, l'art. 1105 *code civil* non consente di stabilire se l'obbligo informativo precontrattuale previsto dal codice del consumo e dal codice del turismo siano omologabili o se ciascuno risponda ad una *ratio* diversa e, soprattutto, si applichino a fattispecie diverse. A *priori* non si può escludere un'applicazione del regime protettivo della legislazione consumeristica nel caso di specie. Tuttavia, sul piano normativo, il *code de la consommation*⁶² rinvia espressamente al *code du tourisme*⁶³ per quanto riguarda le regole relative ai contratti di vendita di viaggio e soggiorno *à forfait*⁶⁴.

A tal fine, è necessario fare riferimento al codice del consumo, il cui articolo L. 111-3, comma 1, recita: «Le disposizioni degli articoli L. 111-1 e L. 111-2 si applicano fatte salve le disposizioni speciali sull'informazione dei consumatori specifiche per determinate attività». In altre parole,

⁶² C. LACHÈZE, *Droit du tourisme*., cit., p. 79 ss.; P. PY, *Droit du tourisme*, Paris, 2002, p. 293 ss.

⁶³ Sul rapporto tra i due Codici: C. LACHÈZE, *Code de la consommation et Code du tourisme: conflit ou concorde?*, in JCP, 2009, I, p. 145.

⁶⁴ Art. L. 224-104 *code de la consommation*.

l'obbligo d'informazione precontrattuale, di cui all'art. L. 111-1 *code de la consommation*, lascia il posto a obblighi informativi più specifici prestati nella disciplina di settore. Inoltre, l'art. L. 224-104, *code de la consommation* stabilisce che «le norme relative ai contratti di vendita di viaggi e vacanze tutto compreso sono stabilite dalle disposizioni del capitolo unico del titolo I del libro II del codice del turismo». Da ciò discende che, nel caso concreto, in considerazione della peculiare condizione soggettiva rivestita dal sig. Guerrini, fruitore di servizi turistici, e il *tour operator*, appare corretto ritenere che il rapporto contrattuale esistente sia da qualificare in termini di contratto di viaggio tutto compreso e, dunque, la disciplina giuridica applicabile sia quella del *droit du tourisme* in grado di apprestare un regime di tutele più protettivo in favore del turista.

Dopo questa prima conclusione, occorre conseguentemente verificare se il venditore del pacchetto turistico sia venuto meno all'obbligo precontrattuale di natura informativa, derivante dal codice del turismo, nei confronti del sig. Guerrini. Come già rilevato, l'obbligo d'informazione precontrattuale del venditore di un pacchetto turistico è sancito dall'art. L. 211-8 *code du tourisme*, il cui contenuto è molto ampio. Da un lato, l'obbligo informativo ha natura e contenuto specifico per il professionista che vende un pacchetto turistico, tenuto ad informare circa le caratteristiche principali dei servizi offerti, in termini di trasporto e alloggio, e si estende anche a tutti i servizi aggiuntivi richiesti dal viaggiatore. Formalmente, queste informazioni devono essere presentate in modo chiaro e comprensibile, utilizzando un modello di formulario informativo per la vendita di viaggi e soggiorni turistici, il cui contenuto è specificato dalle autorità pubbliche⁶⁵. In secondo luogo, l'organizzatore di pacchetti turistici deve fornire informazioni sulle norme applicabi-

⁶⁵ Arrêté, 1^{er} mars 2018, che fissa il modello di formulario informativo per la vendita di viaggi e soggiorni turistici, in Ann., J.O., 7 mars, n. 29, in *legifrance.gouv.fr*. Il richiamo è alla parte regolamentare del *code du tourisme*, modificata con decreto n. 2017-1871, del 29 dicembre 2017, e sugli adempimenti posti a carico degli agenti di viaggi e degli altri operatori turistici (art. R 211-4), collocato nella parte dedicata ai contratti di viaggio e di soggiorno turistico.

li all'esecuzione del contratto, sui diritti del viaggiatore (cessione del contratto, procedura di ricorso), e sulle garanzie contro l'insolvenza⁶⁶. Come si può notare, l'ambito di applicazione di questo obbligo è molto esteso, in quanto comprende la fase precedente la conclusione del contratto, che mette in contatto venditore e cliente, che assume un rilievo centrale in termini di determinazione del contenuto contrattuale, ma riguarda anche l'accuratezza e l'attendibilità di tutte le informazioni e i dati essenziali per lo svolgimento del viaggio.

3.3. Il punto di vista della giurisprudenza

Il dovere d'informazione è inteso in modo molto ampio dalla giurisprudenza, privilegiando un approccio, a livello applicativo, molto esteso, in particolare per quanto riguarda le condizioni climatiche o ecologiche del viaggio. In tal senso, la giurisprudenza ha stabilito che un'agenzia di viaggi viola l'obbligo d'informazione precontrattuale se si limita ad informare i clienti che si recano in Sri Lanka che il monsone dura da maggio a settembre e bagna principalmente la parte meridionale dell'isola, senza avvertirli delle conseguenze di questo fenomeno climatico, ossia che durante il periodo monsonico le opportunità di nuotare e fare immersioni, che nel caso di specie rappresentavano lo scopo della vacanza, espressamente manifestato dai clienti, sono spesso pregiudicate a causa delle condizioni climatiche avverse⁶⁷. Allo stesso modo, un giudice di merito ha ritenuto che i clienti di un'agenzia di viaggi possono agire nei confronti del professionista del settore turistico, al fine di ottenere una tutela risarcitoria fondata sulla violazione degli obblighi informativi, di natura precontrattuale, circa la possibilità del verificarsi di perturbazioni meteorologiche, nella specie il rischio di un uragano, nel luogo di vacanza e nel periodo prestabilito, vacanza la cui finalità era quella di celebrare una festa in famiglia. Se il rischio delle avverse condizioni climatiche doveva essere noto all'agenzia di viag-

⁶⁶ Art. R. 211-6 c. *tour*.

⁶⁷ Tribunal de Grande Instance de Lyon, 15 juin 2000, n. 240/569, in *dalloz.fr*.

gi, quale soggetto che opera professionalmente, potrebbe invece non esserlo stato ai clienti che, se avessero avuto conoscenza dell'esistenza di questa circostanza, avrebbero scelto un'altra destinazione, dato che le date indicate erano importanti per loro in vista degli eventi familiari che volevano celebrare⁶⁸.

La giurisprudenza ha anche affermato che le agenzie di viaggio devono fornire ai consumatori informazioni complete sulle condizioni e sui servizi dei pacchetti turistici che offrono. In tal senso, un giudice di merito ha riconosciuto la responsabilità del Club Méditerranée che ha venduto ad un cliente una vacanza nel villaggio di Cancun, che includeva nel pacchetto turistico attività ludico-ricreative, fra cui la possibilità di effettuare lo sci d'acqua, senza prima avvertirlo della possibile presenza di coccodrilli nella laguna. Tale omissione costituisce una violazione dell'obbligo informativo da parte dell'operatore turistico, a prescindere dall'eventuale pericolosità di questi animali, che è contestata, dal momento che, secondo il Club Méditerranée, si tratta di coccodrilli innocui. Nel caso concreto risultava provata, sul piano documentale, la circostanza che vi potesse essere la presenza di coccodrilli e, dunque, è da ritenere nulla la clausola da far sottoscrivere al cliente avente ad oggetto un'esenzione di responsabilità su questo punto⁶⁹, quale condizione per poter effettuare l'attività di sci nautico. Inoltre, a livello normativo, ai sensi dell'art. L. 211-9, comma 1, *code du tourisme*, le informazioni precontrattuali fornite al viaggiatore costituiscono parte integrante del contratto e non possono essere modificate, a meno che le parti contraenti non convengano espressamente in senso contrario. Poiché le informazioni hanno valore contrattuale, sono quindi vincolanti per l'organizzatore. Il comma 3 dello stesso articolo stabilisce che: «L'onere della prova dell'adempimento degli obblighi di informazione di cui agli articoli L. 211-8 [...] spetta al professionista». La Corte di vertice ha altresì riconosciuto una responsabilità di *plein droit* dell'agente di viaggi à

⁶⁸ Aix-en-Provence, 26 janv. 2012, n. 10/06143, in *labase-lextenso.fr*.

⁶⁹ Paris, 24 mai 2013, n. 11/12825, in *labase-lextenso.fr*.

forfait touristique che non ha informato il cliente che l'ingresso nel Paese prescelto (Croazia) come destinazione di vacanza, era subordinato all'ottenimento di un visto⁷⁰.

Nel caso di specie, il venditore del pacchetto turistico non ha informato il sig. Guerrini che Playa del Carmen, meta della vacanza, era invasa dalle alghe *sargassum* e, quindi, inadatta alla balneazione. Considerata la portata dell'obbligo d'informazione precontrattuale nella legislazione e nella giurisprudenza francese, non vi è dubbio che il venditore di un pacchetto turistico avente ad oggetto una vacanza in una zona balneare sia tenuto ad informare circa la possibilità che l'attività di balneazione possa essere preclusa, a causa della presenza di fattori ambientali avversi (presenza di alghe), circostanza che ormai si ripete da molti anni sulla costa messicana.

Ne consegue la violazione degli obblighi informativi da parte dell'agente di viaggio nei confronti del sig. Guerrini, circa il possibile verificarsi di una sopravvenienza (presenza di alghe *sargassum*), con conseguente divieto di balneazione a Playa del Carmen, considerato lo scopo principale della vacanza.

⁷⁰ Cass. 1^{re} civ., 8 apr. 2010, n. 09-14.437, in *legifrance.gouv.fr*. Nel caso di specie è pacifico, secondo la Corte di vertice, ai sensi delle disposizioni dell'articolo R. 211-6 *Code du tourisme*, che il venditore di servizi di viaggio o di vacanza è tenuto, prima della conclusione del contratto, a comunicare per iscritto al viaggiatore le informazioni necessarie per effettuare la prenotazione. In particolare, deve fornire per iscritto al consumatore le informazioni sulle formalità amministrative e sanitarie, in caso di attraversamento delle frontiere, e sui tempi necessari per il loro espletamento. Il giudice, nel caso di specie, ha ritenuto che l'agenzia di viaggi abbia adempiuto a tale obbligo prima del contratto, rinviando a una pagina contenente tutte le informazioni relative alle formalità amministrative.

3.4. Sanzione(i) in caso di violazione degli obblighi informativi precontrattuali nel code du tourisme

Accertata la responsabilità per violazione degli obblighi informativi, appare necessario valutare quali possano essere le tutele giuridiche in favore del turista. In termini generali, non sono previste sanzioni specifiche per il mancato rispetto dell'obbligo d'informazione e, dunque, dobbiamo affidarci ai rimedi convenzionali⁷¹. Esistono diverse soluzioni possibili. In primo luogo, in caso di violazione dell'obbligo d'informazione da parte del *tour operator*, il contratto può essere dichiarato nullo se le informazioni mancanti o errate sono determinanti per il consenso, ai sensi dell'art. 1130 *code civil*. In questo caso, è possibile ottenere la nullità sulla base di un vizio del consenso⁷², sia esso errore (art. 1132 ss. *code civil*)⁷³ o occultamento fraudolento (art. 1137, comma 2, *code civil*). Il rimedio invalidante previsto ex art. 1132 *code civil* soggiace a limiti, in termini di sua rilevanza⁷⁴. In ossequio al nuovo art. 1132 c.c., occorre accertare se nel caso concreto possa ritenersi sussistente un errore che, secondo l'espressione utilizzata, deve investire «le qualità essenziali», vale a dire determinanti per il consenso⁷⁵. In guisa analoga al vecchio art. 1110, il nuovo art. 1132 *code civil* dispone che l'errore non è causa di nullità del contratto, salvo che non riguardi le qualità essenziali del-

⁷¹ F. CHÉNÉDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, cit., p. 36.

⁷² In questo senso v., J.-D. PELLIER, *Le nouveau droit contractuel du tourisme*, in *Revue des contrats*, 2018, p. 414 ss.

⁷³ PH. MALAURIE, L. AYNÈS e PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, cit., p. 285, secondo cui l'errore si traduce nel «fatto di essersi rappresentato in modo inesatto l'oggetto dell'obbligazione».

⁷⁴ A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, cit., p. 90.

⁷⁵ PH. MALAURIE, L. AYNÈS e PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, cit., p. 288, secondo cui la riforma, anche in un'ottica di poter assolvere più agevolmente all'onere probatorio, ha sostituito la nozione di errore che causa la nullità del contratto se investe la sostanza stessa della cosa che ne costituisce l'oggetto, con il concetto di qualità essenziali, in quanto la nozione progressivamente ha cominciato ad essere intesa in modo soggettivo. «L'aggettivo "sostanziali" è stato sostituito, dall'ordinanza del 10 febbraio del 2016, da quello di "essenziali", ma la realtà è la stessa».

la prestazione⁷⁶, di ordine materiale o giuridico⁷⁷. Dopo la riforma del 2016⁷⁸, gli elementi costitutivi della nozione si incentrano sul concetto di errore, da cui consegue la nullità del contratto, allorché l'erronea rappresentazione riguardi le qualità essenziali della prestazione⁷⁹. Appare opportuno operare un richiamo anche all'art. 1133, primo comma, *code civil*, secondo cui «le qualità essenziali della prestazione sono quelle che hanno espressamente o tacitamente convenuto e in ragione delle quali le parti hanno concluso il contratto». Da ciò discende che pur non potendo affermare che l'attività di balneazione sia stata oggetto di una specifica pattuizione, implicando una qualità (essenziale) della prestazione, può tuttavia ritenersi che l'accordo contrattuale possa contenere un patto implicito di poter fruire della balneazione, in particolare facendo leva sulle aspettative che un turista che acquista un pacchetto turistico in una località balneare possa ragionevolmente attendersi. Tale disposizione consacra la concezione c.d. soggettiva circa le qualità essenziali della prestazione, si tratta di qualità considerate essenziali dai contraenti, sia che siano state espressamente o tacitamente convenute, in considerazione delle quali le parti hanno concluso il contratto⁸⁰, e che sono da considerare all'interno del c.d. *champ contractuel*⁸¹.

Nel caso di specie occorre determinare se si possa ritenere sussistente una circostanza particolare, rilevante ai fini della conclusione del contratto (nella specie la possibilità di fruire della spiaggia), nonché se

⁷⁶ F. CHÉNÉDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, cit., p. 56 ss.

⁷⁷ A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, cit., p. 92.

⁷⁸ A. BÉNABENT e L. AYNÈS, *Réforme du droit des contrats et des obligations: aperçu général*, cit., 434 ss.

⁷⁹ CH. LARROUMET e S. BROS, *Les obligations. Le contrat*, t. 3, in *Traité de droit civil*, dir. CH. LARROUMET, 10^a ed., Paris, 2021, p. 256 ss., mettono in evidenza che «la formulazione del Codice civile tedesco può essere considerata ancora più restrittiva in quanto prevede solamente, fuori dall'ipotesi dell'errore sulla persona, l'errore sulle qualità della cosa (§ 119, comma 2, BGB)».

⁸⁰ F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE e F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, cit., p. 280.

⁸¹ CH. LARROUMET e S. BROS, *Les obligations. Le contrat*, cit., p. 257.

tale circostanza particolare sia stata comunicata all'agente di viaggi⁸². In altre parole, occorre accertare se si tratti di una circostanza particolare, nota ad entrambe le parti, in quanto collocata nel perimetro contrattuale⁸³.

Appare legittimo domandarsi se la nullità può essere invocata anche solo sulla base di un'accertata violazione dell'obbligo informativo. La questione è ben nota nel diritto dei consumatori, e può essere trasposta al caso della vendita di un pacchetto turistico anche se la dottrina, sul punto, appare divisa. Alcuni ritengono che la mera violazione dell'obbligo d'informazione, senza che sia accertato un vizio del consenso, non possa rendere nullo il contratto, legittimando semmai un'azione di responsabilità, che implica, tuttavia, l'onere di fornire la prova della *faute* e del pregiudizio subito⁸⁴ da parte del danneggiato. Altri, invece, ritengono possibile configurare una sanzione autonoma, distinta da quella prevista per i vizi del consenso, di diritto comune, che comporterebbe la nullità facoltativa del contratto⁸⁵, demandata al libero apprezzamento da parte del giudice⁸⁶, in considerazione delle circostanze del caso concreto⁸⁷.

In secondo luogo, ai sensi dell'art. L. 211-23, III, codice del turismo,

⁸² A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, cit., p. 93.

⁸³ A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, cit., p. 94.

⁸⁴ PH. MALAURIE, L. AYNÈS e PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, cit., p. 429, secondo cui «la responsabilità del debitore dell'obbligo d'informazione e di consiglio non sussiste, conformemente al diritto comune, a meno che il creditore non dimostri l'esistenza di un pregiudizio».

⁸⁵ A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, cit., p. 199, osserva che «il principio è che il giudice non dispone di un potere di apprezzamento: allorché verifica che una delle condizioni legali di formazione del contratto manca, egli è tenuto a comminare la nullità. Si dice che la nullità è di diritto [...], in via eccezionale, alcune nullità sono solamente facoltative per il giudice se debbono essere comminate o meno».

⁸⁶ Sulle nullità facoltative, v. P. RUBELLIN, *Les nullités facultatives*, in *Mél. Simler*, Paris, 2006, p. 679 ss.

⁸⁷ S. BERHAIM-DESVAUX e N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Pas de nullité sans texte? L'exemple de l'obligation générale d'information précontractuelle en droit de la consommation*, in *Revue des contrats* 2018, p. 122 ss.

l'inosservanza dell'obbligo informativo da parte del venditore di un pacchetto turistico può, come qualsiasi altra violazione delle norme relative ai contratti di vendita di viaggi e vacanze, tradursi in una sanzione amministrativa, di natura pecuniaria⁸⁸, la cui procedura ricalca quella prevista dal diritto di matrice consumeristica.

In terzo e ultimo luogo, il mancato rispetto dell'obbligo d'informazione può comportare la responsabilità civile del professionista. L'art. L. 211-16, I, codice del turismo⁸⁹ prevede la responsabilità dei venditori di pacchetti turistici, la cui disciplina è particolarmente rigorosa⁹⁰.

In altre parole, i venditori di pacchetti turistici sono *ipso jure* responsabili dell'esatta esecuzione delle prestazioni previste dal contratto, sia che tali prestazioni siano eseguite direttamente, sia che vengano rese da altri fornitori di servizi di viaggio. L'agente di viaggio soggiace, in qualche misura, ad un *obligation de sécurité* nei confronti del cliente, da cui consegue una responsabilità *de plein droit* in ossequio all'art. L. 211-16 *code du tourisme*⁹¹. Allorché l'agente di viaggi vende o organizza *voyages à forfait*, l'art. L. 211-16 *code du tourisme* introduce una *responsabilité de plein droit*⁹² che solo la colpa del cliente, il fatto di un terzo o la forza maggiore possono eliminare. In tal senso, appare opportuno il riferimento alla responsabilità per il fatto *d'autrui*, la cui disciplina è stata attualizzata

⁸⁸ Ammenda il cui valore non può superare 3.000 € per singola persona e 15.000 per una persona giuridica.

⁸⁹ L'art. L. 211-16, I, *code du tourisme* stabilisce che: «Il professionista che vende un pacchetto turistico di cui al primo comma dell'articolo L. 211-1 è automaticamente responsabile dell'esecuzione delle prestazioni previste da tale contratto, sia che tali prestazioni siano eseguite da lui stesso che da altri fornitori di servizi di viaggio, fatto salvo il suo diritto di regresso nei confronti di questi ultimi».

⁹⁰ Sulla responsabilità del venditore di *forfait touristique*, v. G. CHANTEPIE, *Consommateur de services touristique*, cit., p. 581 ss.

⁹¹ PH. DELEBECQUE e J. ARIE LÉVY, *La croisière est-elle encore maritime?*, nota a Cass., 9 dicembre 2015, in *Rec Dalloz*, 2016, p. 633.

⁹² Sulla natura e l'estensione della *responsabilité de plein droit*, v. J.-M. BRETON, *Droit et politique du tourisme*, cit., p. 566 ss.

dalla *Loi* 22 luglio 2009⁹³, sui *contrats de vente de voyages ou de séjours*⁹⁴, in base alla quale l'agente di viaggio è stato considerato gravato, nei confronti del proprio cliente, da una responsabilità oggettiva per quanto riguarda l'esatto adempimento delle obbligazioni «determinate» derivanti dal contratto, anche là dove tali obbligazioni sono adempiute da altri «*prestataires de services*»⁹⁵, e senza che sia possibile opporre al cliente l'eventuale *faute* commessa da questi⁹⁶.

Si tratta di una responsabilità puramente oggettiva, *de plein droit*, basata sull'inadempimento degli obblighi gravanti sul *tour operator*⁹⁷. Il principio della responsabilità oggettiva emerge chiaramente dalla regola generale, avallata anche dalla giurisprudenza, che fa gravare sugli operatori turistici l'obbligo di fornire informazioni precontrattuali, ponendo su di loro una responsabilità contrattuale, ai sensi dell'art. R. 211-16, I, *code du tourisme*.

Nel caso concreto, il turista insoddisfatto ha promosso un'azione giudiziale chiedendo la restituzione dell'intero prezzo corrisposto. Dai fatti di causa emerge che il sig. Guerrini non avrebbe stipulato il contratto se fosse stato a conoscenza della presenza dell'alga *sargassum* a

⁹³ J.-M. BRETON, *Droit et politique du tourisme*, cit., p. 552, fa notare che l'art. L. 211-2 incorpora le disposizioni della *Loi* n. 2009-888.

⁹⁴ La *Loi* n. 2009-888 del 22 luglio 2009, di sviluppo e di modernizzazione dei servizi turistici, in *J.O.*, 24 luglio 2009, p. 12352, semplifica il regime relativo all'organizzazione delle vendite di viaggi e vacanze, come richiesto dalla Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno. Sull'interpretazione estensiva della qualificazione di *forfait touristique*, v. Corte di Giustizia, 30 aprile 2002, (C-400/00), con nota di E. ADOBATI, *L'agente di viaggio che stipula un contratto per una vacanza «tutto compreso» è responsabile anche per i danni morali subiti dal turista per il mancato godimento della vacanza in caso di inadempimento o di cattiva esecuzione delle prestazioni*, in *Dir. comun. sc. intern.*, 2002, p. 285 ss.

⁹⁵ Cass., 15 marzo 2005, in *Gaz. Pal., Jur.*, 2006, p. 1173.

⁹⁶ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *Diritto delle obbligazioni*, Napoli, 2020, p. 186.

⁹⁷ CH. LARROUMET e S. BROS, *Les obligations. Le contrat*, cit., p. 574, osservano che già prima del 2006, la giurisprudenza faceva «pesare sull'agente di viaggio un'obbligazione di risultato in questo ambito».

Playa del Carmen e del conseguente divieto di balneazione. In altre parole, l'informazione relativa alla presenza del *sargassum* è da ritenere essenziale e determinante e se correttamente resa avrebbe determinato il mancato consenso da parte del sig. Guerrini alla conclusione del contratto. Da ciò discende che il turista insoddisfatto è legittimato ad invocare la nullità del contratto⁹⁸ per errore⁹⁹. Ai sensi dei commi secondo e terzo dell'art. 1178 *code civil*, «il contratto annullato si considera come mai esistito», e «le prestazioni eseguite danno luogo a restituzione alle condizioni di cui agli articoli da 1352 a 1352-9 c.c.».

Tra tutte le sanzioni disponibili, la responsabilità oggettiva del venditore del pacchetto turistico appare essere la più efficace per il sig. Guerrini, poiché la sola prova della violazione è sufficiente a riconoscere tale fattispecie di responsabilità. L'accertata violazione dell'obbligo informativo da parte del venditore del pacchetto turistico, fa scattare automaticamente la responsabilità oggettiva del *tour operator*, consentendo al sig. Guerrini di ottenere il risarcimento del danno subito. In altre parole, il venditore del pacchetto turistico dovrebbe restituire le somme ricevute, tenendo presente tuttavia che il signor Guerrini ha comunque beneficiato della vacanza, salva la possibilità di accedere alla balneazione e, dunque, dovrebbe essere considerato il valore dei servizi ricevuti da lui e dalla sua famiglia. Ne discende che non è possibile riconoscere al sig. Guerrini, così come da lui richiesto, la restituzione del prezzo totale della vacanza, dato che lui e la sua famiglia hanno potuto usufruire degli altri servizi forniti. In questo caso l'ammontare della riparazione sarà comunque inferiore, e dovrà essere proporzionata al valore da assegnare all'irripetibilità dell'occasione perduta, in termini

⁹⁸ Sulla questione della nullità per inosservanza dell'obbligo d'informazione, si rinvia a, G. CHANTEPIE, *Consommateur de services touristiques*, in D. Fenouillet (dir.), Paris, 2021/2022, p. 1650 ss.

⁹⁹ CH. LARROUMET e S. BROS, *Les obligations. Le contrat*, cit., p. 279, mettono in evidenza il rapporto fra assenza d'informazione e dolo per reticenza, che la giurisprudenza ha riconosciuto allorché «una parte non è stata informata dall'altra parte di un elemento che è determinante». Cass. 15 maggio 2002, in *Cont. conc. consomm.*, 2002, n. 135, osservazioni di L. LEVENEUR.

di impossibilità di usufruire della balneazione, atteso che l'inesatta esecuzione delle prestazioni che formano oggetto del pacchetto turistico non è di scarsa importanza. In altre parole, il sig. Guerrini sarà risarcito solo per il danno subito, fondato sull'impossibilità di fare il bagno a Playa del Carmen, ed il *quantum* risarcitorio sarà stabilito dal giudice, attraverso un accertamento da condurre in concreto.

4. *Il sistema dei rimedi giuridici in favore del turista*

Oltre alla violazione dell'obbligo d'informazione da parte del venditore del pacchetto turistico, il sig. Guerrini potrebbe sostenere che il pacchetto turistico non era conforme al servizio pattuito convenzionalmente¹⁰⁰. L'art. L. 211-16, III, *code du tourisme* prevede che se una delle prestazioni di viaggio non è eseguita conformemente al contratto, l'organizzatore o il venditore è tenuto a porre rimedio alla mancata conformità, a meno che ciò sia impossibile o eccessivamente oneroso, tenuto conto dell'entità del difetto di conformità e del valore delle prestazioni di viaggio.

Se l'organizzatore o colui che ha venduto il pacchetto turistico non pongono rimedio al difetto di conformità, il viaggiatore può richiedere una riduzione del prezzo e, in caso di danno autonomo, può invocare una tutela risarcitoria *ex* all'art. L. 211-17 *code du tourisme*, che legittima l'esperibilità di due meccanismi complementari. Tale previsione stabilisce non solo il diritto ad una riduzione adeguata del prezzo per tutto il periodo di non conformità dei servizi forniti nell'ambito di un contratto, a meno che l'organizzatore o il venditore del pacchetto turistico non dimostrino che la non conformità è imputabile al viaggiatore. Il meccanismo si avvicina alla disciplina di fonte codicistica della *réduction du prix*, prevista dall'art. 1223 *code civil*. Inoltre, il viaggiatore può ottenere una *indemnisation* del danno subito, da

¹⁰⁰ Sulla garanzia di conformità del viaggio tutto compreso, v. G. CHANTEPIE, *Consommateur de services touristiques*, cit., p. 1661 ss.

parte dell'organizzatore o del venditore del pacchetto turistico, per qualsiasi perdita subita a causa della non conformità dei servizi forniti, salvo che essa sia imputabile al viaggiatore, ad un terzo estraneo al rapporto o a circostanze imprevedibili, inevitabili ed eccezionali, prevedendosi che il conseguente ristoro patrimoniale debba avvenire entro un termine congruo.

In altre parole, per rimediare alla non conformità di un pacchetto turistico, il codice del turismo privilegia, innanzitutto, l'esecuzione della prestazione in natura del servizio che non è stato reso, salvo che ciò sia impossibile o eccessivamente oneroso. In questi casi, il viaggiatore può ottenere una riduzione del prezzo o addirittura il risarcimento del danno subito. La riduzione del prezzo consiste nel recuperare la differenza tra il prezzo del servizio atteso e quello del servizio effettivamente fornito. L'indennizzo, invece, mira a compensare il viaggiatore per le conseguenze dell'inadempimento, ed opera, ad esempio, nell'ipotesi in cui egli abbia dovuto sostenere costi aggiuntivi.

Nel caso di specie, occorre accertare se l'accesso alla spiaggia e la possibilità di fruire della balneazione fosse un servizio incluso nel pacchetto turistico del sig. Guerrini. Pure se dai dati forniti non si può desumere con certezza questo elemento si può, tuttavia, presumere, in considerazioni delle circostanze del caso, che le attività balneari fossero da ritenersi incluse nel pacchetto turistico. Ne consegue che il divieto di balneazione costituisce un inadempimento contrattuale.

È, dunque, necessario verificare quale siano i possibili rimedi giuridici conseguenti all'inadempimento contrattuale. Appare evidente che il *tour operator* non ha potuto porre in essere il rimedio in natura, in considerazione dell'esistenza del divieto di balneazione a Playa del Carmen. Il signor Guerrini, tuttavia, non avrà difficoltà ad ottenere una riduzione del prezzo, demandando al giudice la determinazione del *quantum debeatur*. Per quanto riguarda il risarcimento, invece, appare più difficile dimostrare un «danno autonomo», ai sensi del citato art. L. 211-16, III, *code du tourisme*.

4.1. *L'impatto dell'imprevedibilità in caso di violazione dell'obbligo informativo e di difetto di conformità nel contratto di viaggio à forfait*

Occorre considerare, inoltre, l'impatto dell'imprevedibilità circa la presenza dell'alga dei Sargassi, rispetto alla violazione dell'obbligo informativo del venditore sul pacchetto turistico e al difetto di conformità della prestazione di viaggio con riferimento a quanto convenzionalmente pattuito.

L'impatto dell'imprevedibilità, nella prima ipotesi, implica il richiamo alla disciplina di cui all'art. L. 211-16, I, comma 3, *code du tourisme*, in ossequio al quale l'organizzatore di un pacchetto turistico può essere esonerato da tutta o parte della responsabilità dimostrando di non essere responsabile del danno solo in tre ipotesi¹⁰¹, se il viaggiatore è responsabile del danno perché l'ha causato per colpa, se l'operatore turistico è in grado di assolvere l'onere di provare che un terzo è stato coinvolto nella fornitura dei servizi turistici, alla luce anche del dato che, a partire dalla legge del 22 maggio 2019, il fatto del terzo non deve essere necessariamente imprevedibile o inevitabile¹⁰². Infine, il professionista che opera nel settore turistico, può far valere «circostanze eccezionali e inevitabili», ai fini dell'esonero della responsabilità, ipotesi che potrebbe integrare un caso di forza maggiore. Queste circostanze sono definite dall'art. L. 211-2, V, comma 3, *code du tourisme*, ed integrano una «situazione che sfugge al controllo della parte che la invoca, le cui conseguenze non avrebbero potuto essere evitate anche se fossero state adottate tutte le misure ragionevoli». Come nel diritto comune

¹⁰¹ Sulle cause di esonero della responsabilità del venditore di pacchetti di viaggio tutto compreso, v. G. CHANTEPIE, *Consommateur de services touristiques*, cit., p. 1661 ss.

¹⁰² La giurisprudenza ha inteso limitare la responsabilità del professionista allorché si verificano delle circostanze che presentano un carattere eccezionale o imprevedibile. In argomento, C. LACHIÈZE, *Voyage à forfait: comment gérer l'imprévu?*, in *Juris Tourisme*, 2012, p. 22 ss., che si sofferma su diverse ipotesi (attacco, ciclone, eruzione vulcanica, o semplicemente il fallimento di un fornitore di servizi) che si possono considerare solo alcuni degli eventi imprevisi che possono impedire il regolare svolgimento di un pacchetto turistico.

della responsabilità civile, la forza maggiore non trova frequentemente spazi applicativi sul piano giurisprudenziale. Emblematica una pronuncia della Corte di Cassazione secondo cui l'onere della prova incombe sull'agenzia di viaggi tenuta a dimostrare come il passaggio di un ciclone che aveva pregiudicato il viaggio fosse in grado di impedirne il regolare svolgimento¹⁰³.

Nel caso di specie occorre considerare se, al momento del soggiorno del sig. Guerrini e della sua famiglia, la presenza di alghe sargasso, causa impeditiva del regolare svolgimento della vacanza, possa essere considerata un fenomeno connesso all'inquinamento ambientale, da ritenere un evento del tutto nuovo e sconosciuto. Tale scenario senz'altro potrebbe integrare l'avverarsi di «circostanze eccezionali ed inevitabili», ed essere qualificato in termini di un evento imprevisto, ed esonerare totalmente il venditore del pacchetto turistico dalla sua responsabilità, ai sensi dell'art. L. 211-16, I, *code du tourisme*. In altre parole, il sig. Guerrini non potrebbe ottenere alcun risarcimento qualora tali argomentazioni, mosse sul piano difensivo, venissero ritenute fondate.

5. *La rilevanza della forza maggiore nel diritto francese*

Occorre svolgere qualche considerazione in merito al possibile configurarsi, nel caso di specie, di un'ipotesi di forza maggiore, ricorrente qualora venga provato che la presenza dell'alga sargasso si è verificata per la prima volta e, dunque, nessuna responsabilità possa essere imputata al *tour operator*, in conseguenza di una forza maggiore (sopravvenienza dell'alga inquinante), non prevedibile al momento della conclusione del contratto. In sede di recepimento della normativa europea sui viaggi tutto compreso, il legislatore ha sostituito alla locuzione "forza maggiore" quella di "circostanze inevitabili e straordinarie", al fine di introdurre un concetto più comprensibile ed uniforme. Per quanto concerne la

¹⁰³ Cass. 1^{re} civ., 3 maggio 2006, n. 04-11.920, in *legifrance.gouv.fr*.

force majeure essa è interpretata in maniera restrittiva dalla giurisprudenza francese¹⁰⁴.

L'articolo L. 211-17, III *code du tourisme* stabilisce che, in caso di mancata conformità del pacchetto turistico, la forza maggiore costituisce un ostacolo al risarcimento di eventuali danni subiti, ma non alla riduzione del prezzo, che è sempre dovuta, anche in caso di forza maggiore. Alla luce di tali argomentazioni, pure non ritenendo che la presenza della macro-alga possa considerarsi un evento che integri un'ipotesi di forza maggiore e, dunque, la presenza di alghe *sargassum* fosse una circostanza inevitabile ed imprevedibile per il *tour operator*¹⁰⁵, il sig. Guerrini potrà comunque ottenere una riduzione del prezzo. Non si ravvisa, invece, alcuna legittimazione ad ottenere il pagamento dell'intera somma versata, in ragione del fatto che il sig. Guerrini e la sua famiglia hanno comunque beneficiato del soggiorno turistico e, dunque, pur vedendosi pregiudicata la possibilità di accedere alla spiaggia, non avrebbero titolo per invocare la restituzione dell'intera somma corrisposta, pena il configurarsi di un'ipotesi di ingiustificato arricchimento¹⁰⁶.

In termini sistematici, dopo più di un secolo di consacrazione pretorile¹⁰⁷, l'*actio de in rem verso* fa la sua comparsa nel *code civil*¹⁰⁸ ammettendosene la sussistenza in presenza di due condizioni, di carattere economico, l'impoverimento di una parte e il correlato arricchimen-

¹⁰⁴ Cass. 1^{re} civ., 2 ottobre 2001, n. 99-19.816, in *legifrance.gouv.fr*.

¹⁰⁵ Appare opportuno un richiamo all'Ordonnance n. 2020-315 del 25 marzo 2020, «relative aux conditions financières de résolution de certains contrats de voyages touristiques et de séjours en cas de circonstances exceptionnelles et inévitables ou de force majeure», che è stata utilizzata per giustificare il rimborso delle note di credito emesse dalle agenzie di viaggio in caso di cancellazione di pacchetti turistici a causa della crisi sanitaria. V. J.-D. PELLIER, *Crise sanitaire: il faut sauver l'ordonnance n. 2020-315 relative au tourisme!*, in *Rec. Dalloz*, 2020, p. 2074 ss.

¹⁰⁶ A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, cit., p. 379 ss., osserva che devono ricorrere sia le condizioni positive o materiali sia le condizioni giuridiche, ex art. 1303-1 *code civil*; F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, cit., p. 179.

¹⁰⁷ Cass., 15 giugno 1892, (Patureau / Boudier), in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. II, 13^a ed., Paris, 2015, p. 241 ss.

¹⁰⁸ F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, cit., p. 179.

to dell'altra¹⁰⁹, a cui si aggiungono l'assenza di causa e la mancanza di un'altra *voie de droit*¹¹⁰.

La forza maggiore resta la causa principale di esonero della responsabilità *des agences de voyages* ma solo allorché abbia un carattere inevitabile che non consente l'adempimento da parte del professionista¹¹¹. La forza maggiore non può, tuttavia, essere invocata sistematicamente da parte dell'agente di viaggio, in particolare avendo riguardo alla duplice obbligazione, d'informazione e di *securité* sui rischi¹¹², comunque noti, sopportati dal cliente, in ragione dell'esigenza di non limitare un intervento di carattere protettivo. Appare, inoltre, opportuno mettere in rilievo come il turista insoddisfatto potrebbe ricorrere a strumenti alternativi di risoluzione delle controversie¹¹³, quale la mediazione nel settore turistico che, tuttavia, non assume natura obbligatoria. In tal senso, la giurisprudenza ha affermato che la clausola che obbliga il consumatore, in caso di controversia, a promuovere una mediazione, prima del ricorso alla via giudiziale, si presume di carattere abusivo, incomben-do sul professionista l'onere della prova contraria¹¹⁴.

¹⁰⁹ F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE e F. CHÉNEDÉ, *Droit civil. Les obligations*, cit., p. 1361, mettono in luce che l'*enrichissement injustifié* rientra nel novero della *source autonome d'obligations*.

¹¹⁰ F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, cit., p. 179.

¹¹¹ Cass., ass. plén., 14 aprile 2006, n. 02-11.168, in *Dalloz*, 2006, p. 2645, con nota di B. FAUVARQUE-COSSON.

¹¹² J.-M. BRETON, *Droit et politique du tourisme*, cit., p. 573 ss.

¹¹³ V. BONED, *La médiation du tourisme et du voyage est née*, in *Juris Tourisme*, 2012, p. 16 ss.

¹¹⁴ Secondo Cass., 16 maggio 2018, n. 17-16.197, in *Commentaire au code du tourisme*, Paris, 2009, p. 77, la clausola riguardante un caso di annullamento tardivo del soggiorno che obbliga in via preliminare al ricorso alla mediazione, è da ritenere come non apposta.

6. *Minime riflessioni conclusive*

Nella dimensione della tutela del viaggiatore nel settore turistico, appare fondamentale la funzione dello Stato¹¹⁵, in termini di pianificazione e promozione dello sviluppo turistico. Alla luce del crescente sviluppo del fenomeno turistico, appare essenziale una regolamentazione dei rapporti tra il turista-consumatore e il professionista, sempre più improntata ad apprestare un regime di tutele¹¹⁶ effettivamente protettivo dei diritti e degli interessi del turista. Da qui l'affermarsi di un diritto del turismo, quale disciplina dal carattere super-specialistico, che ha portato all'elaborazione di un sistema connotato da norme giuridiche con caratteristiche particolari, in cui si registrano delle confluenze «*du droit commun, du droit spécial et du droit très spécial*»¹¹⁷.

Nell'epoca attuale, in cui la mobilità si sviluppa su scala mondiale¹¹⁸ e si registra un incremento significativo dei flussi turistici, appare fondamentale riconoscere un sistema di rimedi giuridici in favore del turista, sempre più a carattere protettivo. Occorre osservare che il diritto del turismo si è sviluppato al di là del diritto dei consumatori, non solo in considerazione della sua accresciuta autonomia, ma anche in ragione del fatto che esso non si esaurisce più, esclusivamente, nella dimensione dei rapporti tra professionista e consumatore¹¹⁹.

L'avvento di nuove dinamiche economiche e di nuovi modelli negoziali nel settore turistico, se da una parte sembra avere alimentato il dibattito su una potenziale estensione della nozione di consumatore,

¹¹⁵ Osserva, J.-M. BRETON, *Droit du tourisme*, cit., p. 38, che «lo Stato è l'attore principale nel processo decisionale e negli orientamenti decisivi delle politiche pubbliche nel settore turistico».

¹¹⁶ L. NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico*, cit., p. 583 ss.,

¹¹⁷ L. BLOCH, *La responsabilité des agents de voyages après la loi du 22 juillet 2009: voyage aux confluent du droit commun, du droit spécial et du droit très spécial*, in *Resp. civ. ass.*, 2010.

¹¹⁸ Si pensi all'impatto della globalizzazione sul fenomeno turistico, G. IUDICA, *Globalizzazione e diritto*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 867; G. ALPA, *La c.d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in *Riv. trim. Dir. e proc. Civ.*, 1999, p. 725.

¹¹⁹ J.-M. BRETON, *Droit et politique du tourisme*, cit., p. 554 ss.

dall'altra non deve far dimenticare l'impatto che la creazione di diversi sotto-sistemi può avere sul sistema di diritto comune. Da ciò discende che, «nel momento in cui si parla di diritti secondi come sottosistemi, si riconosce implicitamente il superamento della situazione contingente e singolare che caratterizza l'eccezione: cosa che trova conferma nella pluralità di fonti di cui si compone un diritto secondo»¹²⁰, per il quale, tuttavia, si impone una riconduzione al sistema giuridico unitariamente letto ed interpretato.

Parigi-Camerino, luglio 2023

¹²⁰ C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 397.

Abstract

Il contributo approfondisce la problematica legata alla comparsa, ormai sempre più frequente in alcune aree del Sud America, dell'alga *sargassum* che impedisce la balneazione, con un evidente impatto sul sistema turistico, e analizza la disciplina degli obblighi d'informazione imposti al professionista nel contratto *à forfait touristique*. L'analisi si concentra anche sul profilo connesso al difetto di conformità rispetto a quanto pattuito nel contratto turistico e si estende al sistema dei rimedi giuridici in favore del turista. Esamina, inoltre, l'incidenza dell'imprevedibilità in caso di violazione dell'obbligo di informazione e di difetto di conformità, nonché l'impatto della forza maggiore ai fini dell'esonero della responsabilità dell'organizzatore di viaggi turistici.

The contribution takes an in-depth look at the problem linked to the appearance, now increasingly frequent in some areas of South America, of the *sargassum* algae, which prevents bathing, with an obvious impact on the tourist system, and analyses the discipline of the information obligations imposed on the professional in the contract *à forfait touristique*. The analysis also focuses on the profile related to the lack of conformity with what was agreed upon in the tourist contract and extends to the analysis of the system of legal remedies in favour of the tourist. It also examines the impact of unforeseeability in the case of breach of the obligation to provide information and lack of conformity, as well as the impact of force majeure for the purposes of exempting the tour organiser from liability.

Parole chiave: contratto di viaggio tutto-compreso; obblighi informativi; obbligo di conformità; imprevedibilità; forza maggiore; rimedi giuridici.

Keywords: All-inclusive travel contract; disclosure requirements; duty to comply; unforeseeability; force majeure; legal remedies.

FEDERICO LUBIAN E FILIPPO VIGLIONE*

RESPONSABILITÀ DELL'OPERATORE TURISTICO:
IL MODELLO STATUNITENSE**

SOMMARIO: 1. Introduzione e premessa di metodo. – 2. La tutela del turista-consumatore negli Stati Uniti. – 3. La disciplina federale di tutela del consumatore nel caso di pacchetti turistici e i casi di responsabilità del tour operator. – 4. Possibili contestazioni di violazioni contrattuali ed inadempimento del contratto da parte del tour operator. – 5. L'obbligo d'informazione e la prevedibilità dell'evento. – 6. *Doctrine of Frustration*, inadempimento del contratto e rilevanza della prevedibilità dell'evento. – 7. Il risarcimento del danno da inadempimento del tour operator. – 8. Conclusioni.

1. *Introduzione e premessa di metodo*

Il caso, elaborato e proposto per un raffronto comparatistico da Juan Espinoza Espinoza, impone alcune preliminari riflessioni ed avvertenze metodologiche.

Molti sono infatti i temi ed istituti che si intrecciano in questa vicenda, nella quale l'interprete viene chiamato a dirimere una questio-

* Filippo Viglione è professore ordinario di Diritto privato comparato presso l'Università degli Studi di Padova; Federico Lubian è dottore di ricerca in Legal Studies presso l'Università di Friburgo e dottorando di ricerca in Diritto internazionale, privato e del lavoro presso l'Università di Padova.

Il contributo, che rappresenta il risultato della riflessione congiunta degli autori, è stato redatto in via esclusiva da F. Viglione per quanto riguarda i paragrafi 1, 2, 8, e da F. Lubian per i paragrafi 3, 4, 5, 6 e 7.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

ne che attiene alla responsabilità di un tour operator. All'interno della vasta area della responsabilità contrattuale, emergono profili specifici, legati all'inadempimento e ai doveri del debitore, alla "frustration" del contratto, al risarcimento dei danni ed ai limiti di quest'ultimo, all'imprevedibilità dell'evento dannoso, ed infine alla presenza di regole a tutela del turista-consumatore.

Nella prospettiva della comparazione giuridica, ciascuno di questi elementi richiederebbe una riflessione autonoma, in ragione della particolare complessità che li caratterizza, nonché del percorso storico che spesso ne ha plasmato in maniera del tutto peculiare le regole applicative nei differenti contesti.

L'analisi di stampo tipicamente "funzionalista", che il caso richiede, sarà per quanto possibile adattata alla necessità di considerare quantomeno le traiettorie ad ampio raggio che i differenti modelli ordinamentali presentano.

Del resto, il metodo funzionale, che si avvale proprio di quesiti posti in termini fattuali e mai concettuali, è ormai entrato nel bagaglio dei cultori della comparazione giuridica, i quali però ne hanno da tempo rilevato anche i potenziali rischi. Tra questi, vi è certamente la frequente tendenza a elaborare risposte sulla base di una sorta di "presunzione di similitudine" tra le diverse soluzioni pratiche, nonché quella a de-storicizzare le analisi, nel tentativo di illuminare il contesto ai soli fini della "funzione" delle regole¹.

Nelle pagine che seguiranno, si cercherà dunque di evitare un approccio di tal guisa, ricercando una soluzione al caso che parta dal tratteggio degli istituti coinvolti e dalla loro collocazione storico-comparatistica.

¹ Sul metodo funzionale, all'interno di una vastissima letteratura, cfr. R. MICHAELS, *The Functionalist Method of Comparative Law*, in M. REIMANN M. and R. ZIMMERMANN R. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford and New York, 2006, pp. 339 ss.; M. GRAZIADEI, *The Functionalist Heritage*, in P. LEGRAND and R. MUNDAY (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, 2003, pp. 100 ss.; R. SCARCIGLIA, *Metodi e comparazione giuridica*, Wolters Kluwer, 2021, pp. 101 ss. Sulla presunzione di similitudine in particolare si veda K. ZWIEGERT-H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, vol. I, Milano, 1988, 44.

Ma, tra le avvertenze metodologiche, un'altra si rende necessaria in considerazione questa volta dell'area geografica verso cui si dirige il presente saggio, ossia quella degli Stati Uniti d'America. È infatti preliminarmente indispensabile, quand'anche si tratti di osservazione banale, ricordare che la disciplina privatistica negli Stati Uniti è di competenza tendenzialmente statale e non federale²; nella soluzione del caso, pertanto, sarà necessario considerare un complesso di fonti differenti, in cui la legislazione statale occupa uno spazio primario, sebbene – in taluni degli ambiti coinvolti – non manchi la rilevanza del *common law* e nemmeno quella delle norme federali. Sarà comunque possibile individuare una tendenziale soluzione comune agli ordinamenti statali, il che conferma la presenza di rilevanti fattori di uniformazione del diritto statunitense anche in quest'area.

Al riguardo, è ben noto che il diritto contrattuale negli Stati Uniti è caratterizzato dalla presenza di elementi, quali i *Restatements* o la giurisprudenza delle Corti federali, che rendono assai frequente l'identità di soluzioni concrete che si realizzano nei diversi ordinamenti statali. Ciò è particolarmente vero nel settore turistico, nel quale forti sono le esigenze di evitare una frammentazione normativa a fronte dell'intrinseca mobilità che lo connota.

Anche il caso in esame potrà dunque essere risolto prospettando una soluzione omogenea. I dati dai quali partire nella ricerca delle regole da applicare sono i seguenti:

i) la conclusione di un contratto tra turista (il signor Guerrini e la sua famiglia al seguito) e tour operator, contratto avente ad oggetto un pacchetto turistico con destinazione Playa del Carmen in Messico;

ii) l'obbligazione del tour operator consistente nell'organizzazione complessiva del viaggio, che comprende voli aerei, trasporto aeroporto-albergo-aeroporto, alloggio in un resort *all-inclusive* (con vitto, allog-

² Il tema del livello ottimale di regolamentazione di ciò che chiamiamo "diritto privato" è indagato da, anche con riferimento agli Stati Uniti, da G. CINÀ, *Lo spazio del diritto privato tra federalismo e regionalismo. Un'analisi comparatistica*, Padova, 2021.

gio e servizi dell'infrastruttura, tra cui l'utilizzo delle piscine e varie attività ludiche);

iii) la spiacevole sorpresa per i turisti, che nel luogo di destinazione trovano un mare infestato dalla presenza del sargasso (una macro-alga) che vi rende impossibile la balneazione;

iv) la conseguente richiesta risarcitoria/restitutoria rivolta nei confronti del tour operator da parte del turista che, pur avendo goduto di tutti i servizi ad eccezione dell'accesso alla spiaggia, pretende la restituzione dell'intero importo pagato.

2. *La tutela del turista-consumatore negli Stati Uniti*

Sotto la denominazione "*tourism law*" nel diritto degli Stati Uniti troviamo una vasta rete di regole, spesso di provenienza statale, che disciplinano tra l'altro anche la responsabilità di *travel agents* e di *tour operators* per l'ipotesi in cui si verifichi un inadempimento contrattuale. Nel caso in esame, la responsabilità dei primi non rileva, essendo il contratto stato stipulato direttamente tra il turista e il tour operator e, pertanto, l'analisi si concentrerà sulle obbligazioni di quest'ultimo e sulle conseguenze del suo inadempimento.

Per inquadrare correttamente la questione, anche in un'ottica di raffronto comparatistico, può essere proficuo interrogarsi se, nel settore turistico e nel quadro della protezione del turista-consumatore, emerga un rilevante divario tra modello europeo e modello statunitense, divario che spesso è stato riconosciuto nelle generali regole di protezione dei consumatori.

Un noto giudice newyorkese, Thomas A. Dickerson, circa vent'anni fa metteva in guardia circa l'arretratezza delle tutele predisposte in favore dei consumatori, in particolare nel settore delle vacanze su nave: "*A cruise vacation can be a wonderful experience but please don't have an accident and don't get sick and pray you received all that the cruise brochure and your travel agent promised otherwise you will discover that your rights and remedies as an aggrieved consumer are governed by antiquated legal principles*

which favor cruise lines to the detriment of cruise passengers"³. Si tratta quindi di verificare se una simile impressione di sfavore per il turista-consumatore sia ancora attuale, se valga per tutti gli ambiti del diritto del turismo e se, in particolare, trovi riscontro nel caso sottoposto al nostro esame.

Molti sono gli Stati che prevedono un'apposita legislazione che regola specifiche obbligazioni dei tour operators e degli agenti di viaggio. Si tratta di leggi che, sotto la denominazione di "*Sellers of Travel Act*", prevedono spesso tutele di stampo consumeristico, come ad esempio la necessaria presenza di un diritto di recesso da esercitarsi entro termini prestabiliti o alcuni obblighi informativi, che garantiscano al consumatore la conoscenza di talune caratteristiche essenziali del viaggio acquistato⁴.

Nei casi in cui tali leggi entrano più dettagliatamente nel disegno degli obblighi che il *seller* assume, la responsabilità ruota attorno all'idea di "*misrepresentation*". Prendendo inizialmente come esempio paradigmatico la legge dello Stato della Florida, vi si prevede che un inadempimento contrattuale possa derivare da queste circostanze: "*To misrepresent or deceptively represent: (a) The amount of time or period of time accommodations or facilities will be available; (b) The location of accommodations or facilities offered; (c) The price, size, nature, extent, qualities, or characteristics of accommodations or facilities offered; (d) The nature or extent of other goods, services, or amenities offered; (e) A purchaser's rights, privileges, or benefits; (f) The conditions under which the purchaser may obtain a reservation for the use of offered accommodations or facilities; (g) That the recipient of an advertisement or promotional materials is a winner, or has been selected, or is otherwise being involved in a select group for receipt, of a gift, award, or prize, unless this fact is the truth*"⁵.

³ T.A. DICKERSON, *The Cruise Passenger's Dilemma: Twenty-First-Century Ships, Nineteenth-Century Rights*, 28 Tul. Mar. L.J. 447 (2003-2004).

⁴ Le leggi più complete si trovano in California, Florida, Hawaii, Iowa, Washington, Illinois, Massachusetts, New York. In alcuni di questi Stati, simili leggi devono coordinarsi con più generali discipline di tutela dei consumatori, come ad esempio la New York General Business Law o il californiano Consumers Legal Protection Act.

⁵ Florida Sellers of Travel Act, 559.9335 Violations.

Come si vede da questo elenco, in linea generale chi offre un pacchetto turistico risponde dei danni che possano essere cagionati da un'ingannevole comunicazione di alcune caratteristiche dei servizi offerti. Su questa base si deve allora provare a ragionare per verificare se la mancata indicazione di un possibile rischio per la balneabilità della spiaggia di destinazione possa rientrare tra le ipotesi di *misrepresentation*.

Del resto, in un'ottica più generale, proprio i doveri informativi costituiscono uno dei nuclei centrali del diritto dei consumatori, fin dal suo sorgere. Convenzionalmente, negli Stati Uniti si fa risalire al celebre discorso di John F. Kennedy al Congresso del 15 marzo 1962 la nascita del consumerismo moderno: “Quando al consumatore viene proposto un prodotto non di qualità, quando i prezzi sono esagerati, i farmaci non sono sicuri o utili, quando il consumatore non è in grado di decidere sulla base di una corretta informazione, allora i suoi dollari diventano avariati, la sua salute e la sua sicurezza sono minacciati, l'interesse nazionale ne risente”. Da allora la tutela dei consumatori ha percorso strade diverse nei vari ordinamenti, ma negli Stati Uniti è rimasta legata a questo nucleo originario di diritti⁶. Nel tentativo di disegnare un mercato concorrenziale, il diritto dei consumatori negli Stati Uniti è quindi particolarmente incline a risolvere le controversie tra professionisti e consumatori valutando la correttezza e completezza delle informazioni fornite, astenendosi invece da interventi regolatori più incisivi sulle dinamiche del mercato.

Anche il caso sottoposto alla nostra indagine non si sottrae a questo modello di riferimento e si caratterizza pertanto per la centralità della verifica circa le caratteristiche dell'informazione offerta dal tour operator nei confronti del *turista-consumatore*.

⁶ L'origine statunitense del *consumerism* è un dato sul quale conviene generalmente la dottrina. Sul punto si vedano le osservazioni di G. ALPA, voce “Consumatore (tutela del)”, *Diritto comparato e straniero*, in Enc. Giur., Roma, Ist. enc. it., 1988; cfr. altresì E. GUERINONI, *I contratti del consumatore in generale*, in G. Cassano, A. Catricalà, R. Clarizia (diretto da), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Milano, 2018, 1385 e ss. e P.N. STEARNS, *Consumerism in World History. The Global Transformation of Desire*, London-New York, 2nd edn, 2006.

3. *La disciplina federale di tutela del consumatore nel caso di pacchetti turistici e i casi di responsabilità del tour operator*

Negli Stati Uniti i viaggi tutto compreso sono regolamentati anche dalle disposizioni federali del Dipartimento dei Trasporti, note come “*Package Travel Regulations*” o “*Travel Protection Plan*” (14 CFR Part 380)⁷. Tali norme prevedono alcuni diritti e tutele per i consumatori che acquistano viaggi “*tutto compreso*”, nei quali si realizza una combinazione di due o più servizi quali trasporto, alloggio e altri servizi accessori.

Ai sensi di tali disposizioni, il tour operator che venda pacchetti turistici è tenuto innanzitutto all'esatto adempimento dei servizi promessi: dovrà dunque garantire che i servizi inclusi siano forniti “*come descritto e promesso nel pacchetto*”. Se il tour operator non adempie a questa generale obbligazione, o se vengono apportate modifiche significative all'itinerario o alle sistemazioni senza adeguata comunicazione, potrà essere tenuto al risarcimento del danno.

La disciplina federale obbliga inoltre l'operatore turistico a disporre di una garanzia finanziaria o di una cauzione per proteggere i consumatori in caso di suo fallimento o di insolvenza. Ciò garantisce che i consumatori abbiano diritto a rimborsi o ad accordi alternativi se il tour operator non è in grado di fornire i servizi per motivi legati ad un suo dissesto finanziario⁸.

Il tour operator è inoltre vincolato da un obbligo di diligenza, declinato nel dovere di garantire la sicurezza e il benessere dei partecipanti durante il viaggio tutto compreso. Ciò include la fornitura di informazioni accurate sui rischi per la salute e la sicurezza, il mantenimento di standard di sicurezza ragionevoli e l'adozione delle precauzioni necessarie per evitare danni prevedibili. Se il tour operator non adempie

⁷ <https://www.ecfr.gov/current/title-14/chapter-II/subchapter-D/part-380>.

⁸ In questo senso l'impianto legislativo quantifica le poste riferibili alle singole componenti del pacchetto di viaggio e ne dispone i corrispondenti accantonamenti obbligatori da parte dell'operatore turistico.

a questo dovere e i partecipanti subiscono lesioni o danni, può essere responsabile per negligenza.

Infine, dalle disposizioni federali citate emerge un'ultima ipotesi di responsabilità, che si manifesta in relazione alla posizione di fornitori terzi. Il tour operator può infatti incaricare soggetti terzi, come compagnie aeree, hotel e operatori di escursioni, di fornire alcuni servizi inclusi nel pacchetto. In questi casi, il tour operator, in linea generale, può essere ritenuto responsabile delle azioni di questi fornitori terzi, qualora cagionino danni o lesioni ai partecipanti. Questa responsabilità si basa sui principi dell'*agency* e sul dovere di diligenza (*duty of care*) nei confronti dei partecipanti.

Come detto in precedenza, le responsabilità specifiche di un tour operator in caso di viaggi tutto compreso derivano altresì da eventuali leggi statali applicabili al caso del consumatore che abbia contratto con il tour operator registrato in un determinato Stato.

Dopo aver menzionato, nel paragrafo precedente, la disciplina della Florida, consideriamo ora la legislazione statale californiana, la quale offre importanti spunti di riflessione e si pone quale ulteriore esempio delle diverse leggi statali a tutela dei consumatori-viaggiatori. Si possono menzionare, in proposito, le seguenti discipline:

i) il California Consumer Legal Remedies Act (CLRA), che vieta le pratiche commerciali sleali e ingannevoli e prevede rimedi per i consumatori che sono stati danneggiati da tali pratiche, e copre un'ampia gamma di operazioni economiche che coinvolgono i consumatori e può essere applicabile ai viaggi tutto compreso⁹;

ii) la legge sulla concorrenza sleale della California (UCL), che vieta

⁹ Il California Consumers Legal Remedies Act (CLRA) è una legge a tutela dei consumatori in cui si prevede la possibilità di instaurare azioni civili contro professionisti che utilizzino "*metodi di concorrenza sleale e atti o pratiche sleali o ingannevoli in una transazione*". Il CLRA vieta esplicitamente alcune pratiche commerciali ingannevoli, tra cui la vendita di merci contraffatte, false dichiarazioni sull'origine di un bene o di un servizio, sull'affiliazione professionale, sulla certificazione o sull'approvazione di un prodotto. Sono altresì oggetto di tali disposizioni le dichiarazioni false che denigrino i prodotti di un'altra azienda, offrire un rimborso o uno sconto con condizioni

le pratiche commerciali sleali, illegali o fraudolente e prevede rimedi per i consumatori che sono stati danneggiati da tali pratiche, trovando applicazione anche ai viaggi tutto compreso¹⁰;

iii) la legge sulla pubblicità ingannevole, che vieta la pubblicità falsa o ingannevole e prevede rimedi per i consumatori che sono stati ingannati da tale pubblicità (con una disciplina che acquista rilevanza ad esempio se il tour operator ha fatto dichiarazioni false o fuorvianti sul viaggio tutto compreso);

iv) vi sono infine le regole sui Contratti con i Consumatori della California, sotto forma di leggi e regolamenti che tutelano i consumatori negli accordi contrattuali. Queste leggi possono includere disposizioni relative ai contratti non ragionevoli, alle clausole contrattuali abusive e al patto implicito di buona fede e correttezza nell'esecuzione delle rispettive obbligazioni contrattuali¹¹.

Sebbene queste leggi a tutela dei consumatori mirino a salvaguardare i loro diritti, non è detto che esse garantiscano il rimborso completo dell'intero pacchetto di viaggio in ogni situazione, soprattutto in caso di circostanze impreviste.

nascoste nonché rappresentare falsamente il proprio status di venditore per negoziare e concludere un contratto.

¹⁰ Si fa riferimento in particolare all'Unfair Competition Law (UCL), Business and Professions Code §§ 17200 *et seq.* Il contenuto è ampio e contiene cinque definizioni o tipologie di concorrenza sleale: un atto o una pratica commerciale illegale; un atto o una pratica commerciale sleale; un atto o una pratica commerciale fraudolenta; pubblicità sleale, ingannevole, non veritiera o fuorviante; o qualsiasi atto vietato dalle sezioni 17500-17577.5.

¹¹ Sulla specialità della prospettiva del legislatore e dell'interprete californiano in tema di buona fede, si ricorda la decisione Comunale v. Traders & General Ins. Co. (1958) 50 Cal.2d 654, 658 [328 P.2d 198] con cui si afferma "*There is an implied covenant of good faith and fair dealing in every contract that neither party will do anything which will injure the right of the other to receive the benefits of the agreement.*" V. altresì Carma Developers (Cal.), Inc. v. Marathon Development California, Inc. (1992) 2 Cal.4th 342, 371-372 [6 Cal.Rptr.2d 467, 826 P.2d 710] secondo cui "*Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement. [...] The covenant of good faith finds particular application in situations where one party is invested with a discretionary power affecting the rights of another. Such power must be exercised in good faith.*".

Nel caso sottoposto alla nostra analisi, il complesso di regole che lo disciplinano impone di verificare se sia stato violato un dovere informativo (dopo averne chiarito i contenuti), e se la presenza del sargasso infestante possa essere considerata una circostanza imprevedibile. Rimane inteso che la soluzione del caso potrebbe anche dipendere dal concreto contenuto del regolamento contrattuale.

Se il tour operator ha esplicitamente promesso o pubblicizzato spiagge incontaminate o prive di *sargassum* a Playa del Carmen come parte del pacchetto di viaggio, e la presenza del *sargassum* influisce in modo significativo sulla qualità del viaggio, il tour operator potrebbe essere ritenuto responsabile per falsa dichiarazione o per inadempimento del contratto. Ciò dipende dal fatto che il tour operator abbia fornito garanzie specifiche sulle condizioni della spiaggia e se la presenza del *sargassum* possa essere considerata un cambiamento sostanziale (*material change*) che incide in modo decisivo sulla natura del viaggio.

Tuttavia, se il tour operator ha informato adeguatamente i consumatori sulla possibilità della presenza di *sargassum* o se la presenza di *sargassum* è considerata una condizione nota e prevista nella zona, potrebbe essere più difficile ritenere il tour operator responsabile. In questi casi, l'operatore turistico può sostenere che la presenza del *sargassum* sia un evento, noto al pubblico dei consumatori, al di fuori del proprio controllo, rientrando così nell'ambito delle circostanze imprevedibili.

Se il contratto non affronta la questione del *sargassum* o non fornisce una chiara politica di rimborso, e il consumatore è stato comunque in grado di usufruire di tutti gli altri servizi inclusi nel pacchetto di viaggio, è possibile che il tour operator sostenga a ragione di aver adempiuto ai propri obblighi contrattuali al meglio delle proprie possibilità e che un rimborso completo non sia giustificato.

4. *Possibili contestazioni di violazioni contrattuali ed inadempimento del contratto da parte del tour operator*

Come spesso accade negli esercizi di comparazione “funzionalista”, il contesto di riferimento che può modificare la soluzione del caso è il frutto di un complesso di fattori, tra i quali gioca un ruolo fondamentale la “prassi”. Nel modello statunitense, in quest’ultimo elemento rientra con tutta evidenza anche la prassi contrattuale, nella quale spesso si riscontra la tendenza ad inserire una disciplina del regolamento contrattuale estremamente dettagliata. In questo paragrafo si tenterà di ipotizzare la presenza di talune clausole, frequentemente utilizzate nei contratti conclusi tra tour operator e turista, cercando di verificarne l’impatto sulle pretese del signor Guerrini.

In primo luogo appare frequente l’inserimento di clausole che regolano in modo preciso i confini della responsabilità, e specificamente di quella che grava sul professionista predisponente. Anche la giurisprudenza che si occupa di casi simili a quello sottoposto alla presente indagine, spesso li affronta partendo proprio dal testo contrattuale, come nel caso *Hebert v. Vantage*¹², in cui era stato sottoscritto un accordo di partecipazione ad un tour organizzato (c.d. *tour participation agreement* o TPA) simile a quello discusso nel caso del signor Guerrini.

Si tratta di un accordo che contiene una disposizione largamente utilizzata nel mercato dei pacchetti turistici, con cui il tour operator limita la propria responsabilità e tende ad allocarla invece, nei limiti dello strumento contrattuale e della *privity of contract*, a carico dei singoli fornitori (*suppliers*) incaricati dell’esecuzione di specifici servizi. Tale disposizione è considerata come una sorta di *disclaimer* che trova spazio nelle disposizioni in tema di responsabilità¹³.

In altri termini, il tour operator organizza, promuove e vende programmi turistici che consistono in alcuni servizi di viaggio, tra

¹² Case No. 17-cv-10922-DJC United States District Court District of Massachusetts *Hebert v. Vantage Travel Serv.* 444 F. Supp. 3d 233 (D. Mass. 2020) decided Mar 12, 2020.

¹³ Ibid § 243.

cui trasporti, escursioni turistiche e sistemazioni in crociere/alberghi, che sono acquistati o prenotati da vari fornitori. Il tour operator dichiara di non avere un controllo pieno su tali soggetti e che questi forniscano servizi di viaggio come imprenditori indipendenti e non come agenti o dipendenti del tour operator. Sulla scorta di tale ricostruzione il tour operator si dichiara non responsabile per danni diretti, indiretti, conseguenti o accidentali, lesioni, perdite, incidenti, ritardi o irregolarità di qualsiasi tipo causati da atti o omissioni “*al di fuori del suo controllo*”, inclusi, senza limitazioni, atti o omissioni negligenti o intenzionali di, o violazioni di contratto da parte di, qualsiasi fornitore o qualsiasi altra parte. In conclusione dunque per i servizi di viaggio di competenza dei fornitori, il consumatore si trova ad accettare una disposizione che lo obbligherebbe a rivolgersi esclusivamente a tali fornitori per qualsiasi incidente, infortunio, danno alla proprietà o perdita personale da loro subita, scaricando dalla responsabilità il tour operator¹⁴.

In presenza di simili previsioni contrattuali il signor Guerrini si dovrebbe dunque rivolgere all’hotel per i possibili danni dalla presenza del *sargassum*, per la gestione dei relativi adeguamenti al suo programma di vacanza e non al tour operator per l’intero valore del pacchetto di viaggio.

Sul punto si potrebbe innestare un’ulteriore questione, legata all’operatività di clausole inserite in condizioni generali di contratto redatte unilateralmente dal tour operator. In realtà, la giurisprudenza in materia appare tendenzialmente favorevole alla validità ed efficacia di tali clausole, come nel caso *Carnival Cruise Lines v. Shute*¹⁵. Similmente il First Circuit ha analogamente affermato che simili clausole non di-

¹⁴ Ibid.

¹⁵ *Carnival Cruise Lines v. Shute*, 499 U.S. 585, 593-94, 111 S.Ct. 1522, 113 L.Ed.2d 622 (1991). Similmente il First Circuit ha affermato che i contratti non divengono inapplicabili per il solo fatto di essere *adhesion contracts*: *Rivera v. Centro Medico de Turabo, Inc.*, 575 F.3d 10, 19 (1st Cir. 2009) (“[a]dhesion does not imply nullity of a contract”).

vengono inapplicabili per il solo fatto di essere contenute in condizioni generali di contratto.

Nel caso *Hebert v. Vantage*, già menzionato in precedenza, la Corte sottolineava che, in mancanza di un'eccezione specifica sull'ambiguità del testo contrattuale, la disposizione contrattuale rimane vincolante e dispiega effetti sulle parti. Nella medesima misura diverrebbe applicabile la parte del *disclaimer* con cui il tour operator declini la responsabilità di eventuali perdite o spese dovute a ritardi o cambiamenti di programma, *overbooking* o declassamento delle sistemazioni, compresi i fornitori, o altri atti o eventi al di fuori del controllo diretto del tour operator¹⁶.

Il caso *Herbert* offre qualche spunto di riflessione anche per l'ipotesi in cui il consumatore cerchi di invocare l'inadempimento del contratto, in conseguenza della mancata offerta di servizi sostitutivi. In mancanza di uno specifico riferimento nel contratto a particolari standard o caratteristiche del servizio, la Corte stabilisce che nulla possa essere richiesto dal consumatore. Anche la circostanza secondo cui si riconosce la validità della clausola con cui il tour operator si riservava il diritto di modificare l'itinerario di viaggio, che “*include l'uso di alberghi e pullman, se necessario*”, offre un'indicazione a favore del tour operator e contro le pretese del consumatore¹⁷.

Diverso sarebbe l'esito del giudizio laddove nel regolamento contrattuale vi fosse espressa menzione della spiaggia e della sua balneabilità. Tale menzione rappresenterebbe la promessa di un particolare standard di prestazione¹⁸.

Per incardinare un'azione per violazione di una garanzia espressa l'attore deve dimostrare che la garanzia espressa costituiva una base

¹⁶ *Vantage*, § 244.

¹⁷ *Vantage*, § 250.

¹⁸ *Sparks v. Fid. Nat'l Title Ins. Co.*, 294 F.3d 259, 272 (1° circ. 2002). Anche gli annunci pubblicitari potrebbero essere considerati quali garanzie espresse, secondo un principio di estensione del contenuto contrattuale alla fase pubblicitaria tipico del mercato del turismo. *Hannon v. Original Gunit Aquatech Pools*, 385 Mass. 813, 822, 434 N.E.2d 611 (1982) (“non abbiamo dubbi che le garanzie espresse possano essere create da un opuscolo pubblicitario”).

dell'accordo tra il venditore e l'acquirente, e nel merito deve dimostrare che l'acquirente abbia fatto affidamento sulla garanzia¹⁹. Il signor Guerrini per agire in tal senso dovrà dimostrare che le dichiarazioni o le affermazioni fatte dall'operatore turistico lo abbiano indotto ad acquistare il bene e che abbia fatto affidamento su tali dichiarazioni o affermazioni²⁰. Trattandosi dunque di elementi strettamente fattuali, ricadrebbero nell'onere probatorio dell'attore.

Da ultimo il signor Guerrini potrebbe sostenere che il *sargassum* infestante sia stato oggetto di una scorretta rappresentazione da parte del tour operator ed in tal senso si ravvisino gli estremi di un *misrepresentation claim*. Il signor Guerrini dovrebbe in tal caso dimostrare che il tour operator abbia fornito false informazioni per influenzare altri nelle proprie transazioni commerciali, causando e determinando un danno pecuniario a questi ultimi a seguito del loro affidamento su tali false informazioni. Il signor Guerrini sarà altresì chiamato a provare che il tour operator abbia omesso di esercitare una ragionevole cura o competenza (cd. *duty of care*) in relazione a tali informazioni²¹.

Molti degli elementi di quest'ultima ipotesi potrebbero ravvisarsi nel caso del signor Guerrini, che, in assenza di specifiche indicazioni contrattuali, sembra ruotare attorno alla mancata informazione in ordine alla presenza dell'alga infestante. Occorre dunque approfondire il tema, valutando se l'obbligo informativo fosse realmente gravante sul tour operator e quale sia la conseguenza della sua violazione.

5. *L'obbligo d'informazione e la prevedibilità dell'evento*

In tema di obbligo informativo si riscontra un comune orientamento giurisprudenziale in favore del fatto che un operatore turistico, nel

¹⁹ Sebago, Inc. v. Beazer East, Inc., 18 F. Supp. 2d 70, 102 (D. Mass. 1998).

²⁰ LePage v. E-One, Inc., 4 F. Supp. 3d 298, 312-313 (D. Mass. 2014).

²¹ I requisiti menzionati sono delineati, tra gli altri, in Elec. Ins. Co. v. Great S. Fin. Corp., No. 14-cv-14172-FDS, 2016 WL 1452338, at *6 (D. Mass. Apr. 13, 2016).

momento in cui organizza piani di vacanza, assume obbligazioni più gravose rispetto ad un semplice “*mandatario all’acquisto di biglietti*”. Il tour operator o l’intermediario sono piuttosto considerati agenti con speciali vincoli nei confronti del viaggiatore²². Pertanto essi sono soggetti ai doveri di diligenza e competenza imposti dalla legge sulla rappresentanza dell’agente²³.

In base ai principi del contratto d’agenzia, non si riscontra tuttavia un dovere generale ed omnicomprensivo di mettere al corrente i viaggiatori su tutte le generali precauzioni in materia di sicurezza e di idoneità del viaggio; vi è piuttosto un obbligo di “*compiere ogni ragionevole sforzo per fornire al preponente informazioni rilevanti per gli affari che gli sono stati affidati e che, come l’agente sa, il preponente desidera*”²⁴.

Tuttavia, la giurisprudenza in materia riconosce che gli agenti di viaggio e i tour operator non hanno il dovere di fornire informazioni su pericoli “*ovvi o manifesti*”²⁵. In alcune giurisdizioni statali, appare asso-

²² Afflerbach v. Cunard Line, Ltd., 14 F.Supp.2d 1260 (D. Wyo. 1998); Stafford v. Intrav, Inc., 841 F.Supp. 284 (E.D. Mo. 1993); Maurer v. Cerkvenik-Anderson Travel, Inc., 181 Ariz. 294, 890 P.2d 69 (Ariz. App. 1994); United Airlines, Inc. v. Lerner, 87 Ill.App.3d 801, 410 N.E.2d 225, 43 Ill.Dec. 225 (1980); Grigsby v. O.K. Travel, 118 Ohio App.3d 671, 693 N.E.2d 1142 (1997); Douglas v. Steele, 816 P.2d 586 (Okla. App. 1991).

²³ Douglas v. Steele, nota *supra*. Cfr. 2 Restatement (Third) of Agency § 8.08 (2006).

²⁴ Maurer v. Cerkvenik-Anderson Travel, Inc., nota *supra* [23], 181 Ariz. a 296, 890 P.2d a 71. Si veda anche United Airlines, Inc. v. Lerner, nota precedente; Markland v. Travel Travel Southfield, 810 S.W.2d 81 (Mo. App. 1991); 2 Restatement, nota precedente, § 8.11. Ma si veda Lavine v. General Mills, Inc., 519 F.Supp. 332, 335 (N.D. Ga. 1981) (ove si afferma che “la corte non può discernere alcun dovere che il pianificatore e venditore di pacchetti turistici aveva nei confronti dell’attrice di avvertirla o proteggerla dal pericolo che ha causato la sua lesione”; od ancora Lachina v. Pacific Best Tour, Inc., No. 93 Civ. 6193 (HB), 1996 WL 51193, at *1 (S.D.N.Y. 7 febbraio 1996) (opinione non pubblicata, che ritiene che “in base alla legge di New York, le compagnie turistiche e gli agenti di viaggio ... non hanno il dovere di informare i membri del tour di possibili condizioni di pericolo sulla proprietà di altri”).

²⁵ Hofer v. Gap, Inc., 516 F.Supp.2d 161 (D. Mass. 2007); Sachs v. TWA Getaway Vacations, Inc., 125 F.Supp.2d 1368 (S.D. Fla. 2000); Sova v. Apple Vacations, *supra*

dato che il dovere di un agente di avvertire i viaggiatori di condizioni di pericolo “*si applica a situazioni in cui un tour operator [o un agente di viaggio] è a conoscenza di una condizione di pericolo non facilmente individuabile dal ricorrente. Semplicemente, non si applica a una condizione di pericolo evidente, ugualmente osservabile dall'istante*”²⁶. L'approccio giurisprudenziale menzionato appare coerente con il § 18 del Restatement (Third) of Torts, che disciplina la cd. “*Negligent Failure to Warn*” (omissione negligente di avviso): non vi sarebbe un obbligo generale di avvertire di un pericolo che dovrebbe essere già avvertito da persone di normale intelligenza ed esperienza²⁷.

Nel caso in esame, occorre dunque valutare quanto sia disponibile la conoscenza tra il pubblico dell'informazione sulla presenza del *sargasso* e dunque determinare se tale informazione sia un pericolo percepibile e determinabile da un soggetto di media competenza ed informazione. Anche in questa circostanza, siamo obbligati ad ipotizzare degli scenari. In primo luogo, una rapida e sommaria ricerca per parola sui principali motori di ricerca della spiaggia di Playa del Carmen riconsegna una considerevole quantità di risultati che menzionano la stagionale presenza del sargasso nonché vari provvedimenti presi dalle autorità locali per far fronte alla problematica.

In tal senso si potrebbe sostenere che la presenza dell'alga possa essere una circostanza di pubblico dominio. In secondo luogo, l'esatto momento della manifestazione del *sargasso* nonché la quantità d'alga presente sono manifestazioni di un evento naturale che, per quanto prevedibile in via probabilistica, non può essere determinato con certezza dal professionista, in questo caso il tour operator. Si tratta di dinamiche rilevabili ed informazioni disponibili alle autorità oceanografiche e agli

note 12; *Passero v. DHC Hotels and Resorts, Inc.*, 981 F.Supp. 742 (D. Conn. 1996); *Stafford v. Intrav, Inc.*, nota supra [23]; *Markland v. Travel Travel Southfield*, nota supra [25].

²⁶ *Passero v. DHC Hotels and Resorts, Inc.*, nota precedente, 981 F.Supp. at 744.

²⁷ Restatement (Third) of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm § 18 (2010) 17 17 Id. comment f. at 208.

enti locali della zona. Alternativamente bisognerebbe ipotizzare un *duty of care* del tour operator che effettui ricerche indipendenti e monitoraggi sulla formazione e presenza dell'alga.

Sul tema della disponibilità delle informazioni ed il dovere di ricerca da parte del professionista un ulteriore caso concernente il tour operator può fornire utili indicazioni sull'atteggiamento della giurisprudenza. Nel caso *Giuffra v. Vantage Travel Serv., Inc.*²⁸, la Corte si trovava a decidere sulla richiesta di risarcimento danni di un turista nei confronti del tour operator, a seguito di un'aggressione ed un furto subiti in un viaggio in Lettonia. I signori Giuffra sostenevano esistesse un *duty of care* del tour operator a segnalare loro la possibilità dell'evento furto ed a tenerli dunque indenni dall'evento.

Il tour operator, secondo la tesi del cliente, avrebbe dovuto esaminare le statistiche di criminalità, prendendo contatto con gli enti locali interessati per verificare la situazione in loco e comunicarla ai propri clienti. L'argomentazione del Giudice, nel respingere tale interpretazione, include la pragmatica osservazione, proveniente da altro precedente, secondo cui: "*La ratio di questa regola è chiara: un'agenzia di viaggi che propone centinaia di tour diversi in tutto il mondo non può essere incaricata di prevedere tutti gli eventi che possono accadere ai turisti all'estero*"²⁹.

Il Giudice concludeva che il tour operator non avesse un obbligo (*legal duty*) di tenere indenni i clienti e di proteggerli rispetto allo specifico evento-furto. Tale conclusione deriverebbe dal principio per cui "*un tour operator non ha il dovere di avvertire i membri del gruppo di una possibile condizione di pericolo su una proprietà che non possiede né occupa*"³⁰. Tale principio sconta tuttavia delle eccezioni. Interessante la formulazione nel precedente *Creteau v. Liberty Travel* per cui l'agente di viaggio sarebbe

²⁸ *Giuffra v. Vantage Travel Serv., Inc.* 13-cv-6880 (S.D.N.Y. Jun. 1, 2015)

²⁹ Lachina, 1996 WL 51193

³⁰ *Maraia v. Church of Our Lady of Mount Carmel*, 36 A.D.3d 766, 767 (N.Y. App. Div. 2007) ed anche *Carley*, 22 F. Supp. 2d at 227-29 che sottolinea come "*Under New York law, tour companies and travel agents . . . owe no duty to tour members to inform them of possible hazardous conditions on the property of others*".

obbligato ad avvertire il cliente se sia effettivamente a conoscenza di particolari pericoli per la sicurezza o se tali informazioni siano “*prontamente disponibili*”³¹.

Nel caso *Creteau v. Liberty Travel* il campo d'applicazione dell'eccezione è definito “*limitato*”. Non sarebbe infatti possibile imporre agli operatori turistici l'obbligo di condurre indagini sulla sicurezza “*in tutte le aree in cui i turisti possono viaggiare*” e “*senza una specifica richiesta*” in tal senso³². Dunque la Corte ha concluso che le informazioni non fossero “*prontamente disponibili*” e che il tour operator non avesse un ulteriore *duty of care* di verificare la situazione attraverso un contatto diretto con le autorità locali competenti e dunque di comunicarlo ai clienti³³.

6. ‘Doctrine of Frustration’, inadempimento del contratto e rilevanza della prevedibilità dell'evento

Si è dunque verificato che la richiesta risarcitoria, fondata sull'inadempimento dell'obbligo informativo, può essere accolta solamente se si ritiene che l'informazione in ordine alla presenza del sargasso non fosse facilmente reperibile dal cliente (mentre fosse all'opposto nella immediata conoscenza del tour operator).

Per valutare la percorribilità di una diversa strada, il turista insoddisfatto potrebbe, nel sistema statunitense, ipotizzare il ricorso alla dottrina della *frustration of purpose*; quest'ultima si riferisce a casi in cui un'obbligazione contrattuale sia divenuta impossibile o impraticabile

³¹ *Creteau v. Liberty Travel, Inc.*, 600 N.Y.S.2d 576, 577 (N.Y. App. Div. 1993): “Where the agent has knowledge of safety factors or where such information is readily available, a travel agent has the duty to inform the customer of those factors”.

³² “A travel agent ordinarily is not an insurer or guarantor of its customers' safety and, without a specific request, is not obligated to investigate safety factors of lodging accommodations.”: *Manahan v. NWA*, 821 F. Supp. 1105, 1110 (D.V.I. 1991).

³³ *Giuffra v. Vantage Travel Serv., Inc.* *supra*: “Contrary to plaintiffs' assertion, Vantage had no duty to talk to local police, peruse crime statistics, or otherwise investigate the safety of every place plaintiff may choose to go while on tour”.

a causa di circostanze imprevedute, non contemplate dalle parti al momento della formazione del contratto, secondo un meccanismo simile a quello risolutorio.

I presupposti di questo istituto sono piuttosto stringenti. In primo luogo, deve verificarsi un evento impreveduto o un cambiamento delle circostanze successivo alla stipula del contratto. Questo evento non deve essere stato contemplato o previsto dalle parti al momento della formazione del contratto. L'impossibilità o impraticabilità dell'evento impreveduto deve rendere l'esecuzione del contratto impossibile o significativamente più onerosa o costosa di quanto originariamente pattuito. Il semplice inconveniente o l'aumento delle spese non sono sufficienti ed il cambiamento delle circostanze deve alterare in modo sostanziale la natura del contratto³⁴.

In aggiunta, è necessario verificare che la parte ricorrente alla *doctrine of frustration* non abbia causato o partecipato alla concretizzazione dell'evento cd. frustrante, con una sua condotta colposa. Da ultimo, la parte che decida di ricorrere alla *doctrine* non deve essersi assunta il rischio del verificarsi dell'evento rilevante, ai sensi delle disposizioni del regolamento contrattuale. In tal caso la Corte respingerebbe l'applicazione della *doctrine*, rilevando il *venire contra factum proprium* della parte istante.

Si noti che l'assunzione del rischio del verificarsi dell'evento in sede di regolamento contrattuale può concernere il cliente, il quale potrebbe aver sottoscritto nel regolamento contrattuale delle disposizioni con cui l'operatore turistico declini le responsabilità legate ai servizi forniti da terze parti come parte del pacchetto di viaggio.

Nella medesima misura, tuttavia, l'operatore turistico potrebbe aver assunto il rischio del verificarsi dell'evento attraverso delle garanzie

³⁴ Restatement (Second) of Contracts § 265: Where, after a contract is made, a party's principal purpose is substantially frustrated without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his remaining duties to render performance are discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary.

esplicite sulle condizioni del servizio³⁵. Si pensi nel caso di specie alla possibilità che vengano incluse indicazioni sulle condizioni di balneabilità della spiaggia.

Se questi elementi sono soddisfatti, la parte colpita dall'evento frustrante può essere esonerata dall'ulteriore esecuzione del contratto e questo può essere considerato estinto o risolto. Ciò significa che nessuna delle parti sarà ritenuta responsabile per l'inadempimento e che qualsiasi obbligazione futura derivante dal contratto non sarà più applicabile.

L'applicazione della dottrina della *frustration of purpose* può variare a seconda delle circostanze specifiche di ciascun caso e delle leggi che regolano la giurisdizione. Negli Stati Uniti, l'applicazione della dottrina può essere influenzata da principi di diritto contrattuale specifici dello Stato. Il diritto contrattuale è infatti principalmente disciplinato dalla legge statale piuttosto che da quella federale. Nel caso di specie assumeranno rilevanza in primo luogo lo Stato di registrazione del tour operator ed eventualmente lo Stato di provenienza del signor Guerrini.

La vicenda oggetto della presente analisi offre invero alcuni potenziali argomenti a favore della *frustration of purpose* del contratto tra il signor Guerrini ed il tour operator, in conseguenza della presenza del *sargassum*. In merito all'impraticabilità, la presenza di una quantità significativa di *sargassum* in mare può effettivamente rendere l'esecuzione del contratto impraticabile o estremamente difficile. Esso impatta negativamente sull'esperienza in spiaggia, compresi il nuoto e le attività acquatiche, che possono effettivamente assurgere a scopo principale del "viaggio tutto compreso". L'argomento sarebbe dunque quello della natura essenziale dell'obbligo, che riempie di contenuto l'intera operazione economica voluta dalle parti³⁶.

³⁵ A. FARNSWORTH, *Contracts* § 9.6 n. 4 (4th ed. 2004): *in general, the doctrine of impracticability of performance operates to the advantage of parties that are bound to furnish goods, land, services, or some similar performance, while the doctrine of frustration of purpose operates to the advantage of parties that are to pay money in return for those performances.*

³⁶ *Bd. of Supervisors v. McMahon*, 219 Cal. App. 3d 286, 300, 268 Cal. Rptr. 219, 226 (Ct. App. 1990).

Un'ulteriore prospettiva potrebbe condurre a ritenere applicabile la *frustration* nell'ipotesi di impraticabilità dello scopo previsto dal contratto a causa del *sargassum* per frustrazione delle cosiddette *mutual assumptions*³⁷. Se entrambe le parti hanno stipulato il contratto, assumendo che la spiaggia sarebbe stata priva di *sargassum* o che la sua presenza non avrebbe influito in modo significativo sul godimento del viaggio, la successiva scoperta dell'alga così infestante ed invasiva potrebbe essere considerata un cambiamento sostanziale (cd. *material change*) delle circostanze, idoneo a vanificare lo scopo originario del contratto³⁸.

Si consideri inoltre che l'evento *sargassum* potrebbe rilevare in ambo le direzioni. Lo stesso tour operator potrebbe infatti ricorrere alla *frustration of purpose* nell'ipotesi della cd. *impraticabilità commerciale*.

Se l'operatore turistico è in grado di dimostrare che il costo o la fattibilità della fornitura dei servizi previsti è aumentato in modo significativo o che accordi alternativi sarebbero stati irragionevolmente onerosi, questi potrebbe sostenere un argomento di frustrazione e, per l'effetto, risolvere il contratto. Il caso della *frustration of purpose* per impraticabilità commerciale ha trovato applicazione in molti casi di fornitura di servizi turistici in pendenza dell'epidemia di COVID 19 considerandolo un evento *frustrante* in grado di esonerare l'operatore turistico dall'esecuzione del contratto.

7. Il risarcimento del danno da inadempimento del tour operator

Negli scenari esaminati finora, laddove si ravvisi la violazione dell'obbligo informativo o la presenza di una causa di risoluzione, giunti alla determinazione del risarcimento del danno è necessario valutare se quest'ultimo debba coincidere con la restituzione dell'intero importo

³⁷ Cf. supra note 28.

³⁸ Restatement (Second) of Contracts § 761 cmt. b ("The fact that the event was foreseeable or even foreseen, does not necessarily compel a conclusion that its non-occurrence was not a basic assumption").

versato dal turista o di una sola parte, oltre ad eventuali danni di carattere non patrimoniale. Al riguardo è fondamentale considerare l'ipotesi di arricchimento senza giusta causa. Esso si verifica quando una parte trae vantaggio, a spese dell'altra, in una situazione in cui sarebbe iniquo consentire tale arricchimento. L'operatore turistico potrebbe infatti sostenere che il godimento da parte del consumatore degli altri servizi inclusi nel pacchetto di viaggio, nonostante la vanificazione dello scopo primario, costituisca un arricchimento senza causa.

Presupposto dell'arricchimento ingiustificato è la presenza di un ingiustificato beneficio economico. L'ingiustizia del beneficio ottenuto è una qualità che dipende però dalle ragionevoli aspettative delle parti³⁹. Secondo la giurisprudenza, l'arricchimento senza causa è una dottrina "quasi-contrattuale" che non si applica quando vi sia un valido contratto a regolare i diritti delle parti⁴⁰.

Anche sul tema risarcitorio occorre poi riferirsi alla disciplina statale in tema di operatori turistici qualificati come *sellers of travel*. Ad esempio il legislatore dello Stato della California, già menzionato in precedenza, ha previsto che il tour operator abbia un obbligo di restituire al passeggero tutte le somme pagate per il trasporto aereo o marittimo o per i servizi di viaggio non effettivamente forniti al passeggero, entro un termine di trenta giorni dalla data di partenza prevista, dal giorno in cui il passeggero dovesse richiedere il rimborso od il giorno della cancellazione da parte del venditore del viaggio⁴¹.

Concretamente, le somme versate dal viaggiatore per le diverse com-

³⁹ Ibid.

⁴⁰ In questo senso *Shaulis v. Nordstrom, Inc.*, 865 F.3d 1, 16 (1a circ. 2017) che afferma che la legge del Massachusetts non consente ai contendenti di annullare un contratto espresso sostenendo l'arricchimento senza causa. Nel medesimo senso *Verderber v. Perry*, 181 F.3d 81 (1a circ. 1999). Inoltre in *Shaulis* si sostiene che tale conclusione varrebbe anche nel caso in cui la richiesta di risarcimento per violazione del contratto da parte dell'attore non avesse successo.

⁴¹ Cf. lettera (a) della Sezione 17550.14 rubricato Servizio di trasporto o di viaggio non fornito; restituzione delle somme pagate o dichiarazione scritta degli esborsi; termini e condizioni di rimborso in caso di cancellazione; false dichiarazioni materiali.

ponenti del pacchetto sono accantonate dall'operatore turistico direttamente in un conto fiduciario presso un istituto bancario. Le somme depositate possono poi essere svincolate mano a mano che le differenti componenti del pacchetto di viaggio vengono effettuate e destinate al pagamento dei soggetti coinvolti⁴². Si nota dunque che le componenti dell'obbligazione del signor Guerrini, secondo questa procedura, sarebbero scomposte, depositate ed accantonate con un continuo monitoraggio dello stato di avanzamento della vacanza. Anche questo elemento, seppure determinato dalle specifiche circostanze del caso, fa presagire ulteriori difficoltà nel sostenere un'eventuale richiesta risarcitoria del signor Guerrini copra l'intero costo del pacchetto.

In combinazione con la previsione normativa dell'accantonamento di somme da parte del *seller of travel* per le componenti del pacchetto, sono particolarmente diffusi strumenti assicurativi a disposizione del consumatore a copertura di eventi che possano pregiudicare il loro soggiorno. Nell'ottica sopra enunciata della necessaria considerazione delle prospettive delle due parti, diviene dunque difficile ipotizzare che il giudice statunitense non consideri la mancata sottoscrizione di un'assicurazione viaggio da parte del signor Guerrini quale circostanza da tenere in considerazione nella soluzione del caso.

8. Conclusioni

Le riflessioni svolte nei paragrafi precedenti, in relazione alla tutela del viaggiatore nel modello statunitense, offrono l'immagine di un sistema di tutele che non sembra destinato a consentire al signor Guerrini di ottenere il massimo soddisfacimento delle sue pretese. Pur trattandosi di un soggetto che l'ordinamento, federale e statale, tende a proteggere, in concreto l'esame del diritto statunitense non sembra destinato a far superare l'impressione che la tutela del signor Guerrini si presenti come una sorta di corsa ad ostacoli.

⁴² Si vedano le lettere b) e c) della Sezione 17550.15.

Il primo ostacolo attiene al tema degli obblighi informativi. Non vi è dubbio che il diritto dei consumatori, anche negli Stati Uniti, imponga significativi obblighi a carico del professionista, in relazione alle informazioni che quest'ultimo deve fornire al consumatore. L'informazione, che rende il mercato maggiormente stabile e sicuro, oltre che concorrenziale, viene infatti considerata con particolare cautela, e potrebbe non estendersi ad elementi facilmente conoscibili da parte del consumatore che utilizzi una normale diligenza. Sul punto, dunque, l'inadempimento dell'obbligo informativo presuppone la prova, da parte del signor Guerrini, che le notizie riferite alla presenza del sargasso nelle spiagge di Playa del Carmen non fossero facilmente consultabili e dunque non si trattasse di un dato di comune esperienza.

Se si ammette l'ipotesi in cui il signor Guerrini provi l'inadempimento dell'obbligo informativo, un risarcimento danni in suo favore sarebbe sicuramente previsto. Tuttavia, non vi è dubbio che il diritto statunitense non contempra l'ipotesi di un risarcimento totale, a fronte di un parziale godimento delle prestazioni dedotte nel contratto. La violazione dell'obbligo informativo, che si può ammettere abbia inciso sulla possibilità di godere appieno del periodo di vacanza, non ha infatti impedito l'utilizzo degli altri servizi prestati dal tour operator, circostanza che rende pertanto verosimile la presenza di un risarcimento solamente parziale, nella forma del rimborso di una quota di quanto pagato dal signor Guerrini, oltre che di un'eventuale risarcimento danni, laddove quest'ultimo riesca a provare di aver subito ulteriori danni di carattere non patrimoniale⁴³.

In realtà, come abbiamo visto, il common law americano contem-

⁴³ Sul punto, la regola risarcitoria non sembra difforme da quanto previsto nel *common law* inglese, in cui nel caso *Jarvis (Jarvis v. Swan's Tour Ltd. [1973] 1 Q.B. 233; [1973] 1 All E.R.)* si riconosce il diritto del turista, in caso di inadempimento del tour operator, al risarcimento danni consistente nella differenza tra quanto pagato ed il valore di quanto effettivamente ricevuto, oltre al ristoro dell'eventuale danno non patrimoniale. Tale conclusione appare confermata dal Second Restatement of Contracts, secondo cui la misura del risarcimento danni coincide in via principale con l'*expectation interest*, ossia l'interesse della parte lesa "*in having the benefit of his bargain*

pla una via alternativa per il signor Guerrini, consistente nel rimedio della *frustration of purpose*. Quest'ultimo strumento ha però presupposti particolarmente stringenti, che non è semplice ritenere provati nel caso sottoposto alla nostra attenzione. Dal punto di vista sistematico, infatti, questo istituto entra in gioco quando il significato complessivo dell'operazione economica voluta dalle parti sfuma in conseguenza di eventi sopravvenuti ed imprevedibili, nel nostro caso sostanzialmente destinati a "frustrare" le aspettative del viaggiatore e della sua famiglia. La circostanza che i turisti abbiano comunque utilizzato tutti i servizi compresi nel pacchetto turistico, ad eccezione dell'accesso alla spiaggia, concorre a ritenere che il complessivo contenuto economico del contratto non possa dirsi del tutto venuto meno e, pertanto, la strada della *frustration* appare certamente "in salita" per il signor Guerrini. Anche in tal caso, comunque, laddove riuscisse a provare l'essentialità della prestazione in rapporto allo scopo perseguito, al signor Guerrini verrebbe comunque riconosciuta solamente una parte del rimborso richiesto, poiché non si ammette che un contraente possa, anche in caso di *frustration*, ottenere un ingiustificato vantaggio all'esito della risoluzione del rapporto.

Padova, agosto 2023

by being put in as good a position as he would have been in had the contract been performed"
(section 344.a).

Abstract

Il saggio affronta il problema della responsabilità del tour operator nel contesto giuridico degli Stati Uniti. In particolare, viene considerato il caso in cui il turista non sia posto in condizione di godere appieno del periodo di vacanza, a causa della presenza di un'alga infestante che impedisce la balneazione nella località di mare prescelta. Il contributo analizza alcune problematiche giuridiche che concorrono nella soluzione del caso, tra cui la disciplina generale di tutela del consumatore-turista, l'istituto della frustration of purpose, il risarcimento dei danni in caso di inadempimento e la sua possibile quantificazione.

The essay addresses the issue of the tour operator's liability in the legal context of the United States of America. In particular, it considers the case in which the tourist is not afforded the conditions to fully benefit from the holiday period, due to the presence of an algae bloom that prevents bathing in the chosen seaside location. The contribution analyses a number of legal issues that contribute to the solution of the case, including the general legal framework of protection of the tourist-consumer, the doctrine of frustration of purpose, the compensation for damages in case of breach and its possible quantification.

FRANCESCA BENATTI*

LA RESPONSABILITÀ DELL'OPERATORE TURISTICO NEL DIRITTO INGLESE**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La *frustration*: profili problematici. – 3. La disciplina prevista dal 2018 *Package Travel and Linked Travel Arrangements Regulations*. – 4. La quantificazione del danno. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Il Sig. Guerrini concludeva un contratto con un tour operator per l'acquisto di un pacchetto turistico per lui, la moglie e i due figli, avente ad oggetto una vacanza di sette giorni in un *resort all-inclusive* a Playa del Carmen in Messico. Giunto nella località, veniva, però, a conoscenza della presenza nel mare di una macro-alga (sargasso) che rendeva impossibile l'utilizzo della spiaggia.

Al suo ritorno, il Sig. Guerrini agiva in giudizio contro il tour operator chiedendo la restituzione di tutto quanto pagato per violazione dei doveri di informazione e cattivo adempimento della prestazione. In particolare, lamentava come la diffusione del sargasso avesse vanificato lo scopo e il godimento della sua vacanza. Il tour operator si difendeva adducendo da un lato il carattere imprevedibile dell'evento, dall'altro

* Professoressa associata di diritto comparato presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, email: francesca.benatti@unicatti.it.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

notando come il Sig. Guerrini e la sua famiglia avessero, comunque, potuto fruire di tutti i servizi, tranne la spiaggia.

Il presente lavoro mira a verificare come il diritto inglese risolverebbe tale controversia. È stato efficacemente sottolineato in giurisprudenza che in tali fattispecie si tratta di valutare: “What is the kind of holiday they were entitled to expect, what is the kind of holiday they got, and what do I think that that is worth in damages?”¹.

2. *La frustration: profili problematici*

Il *common law* inglese regola il cambiamento sopravvenuto e imprevedibile delle circostanze attraverso l'istituto della *frustration*. Nel diritto medievale la mancata prestazione era giustificata solo nel caso in cui fosse intervenuto, dopo la formazione del contratto, un “atto di Dio” ossia un evento impeditivo derivante da cause naturali senza coinvolgimento umano, che rendeva la prestazione impossibile. Non era infatti reputata sufficiente la maggiore onerosità. Tale orientamento è evidente nel *leading case* *Paradine v. Jane*². L'indirizzo si ispirava al principio “*pacta sunt servanda*” e alla volontà di proteggere la certezza e la stabilità dei rapporti contrattuali³.

Decisivo nel riconoscimento dell'istituto della *frustration* è stato *Taylor v. Caldwell*, con il quale si è affermato che “if the performance depends on the continued existence of a given person or thing, a condition is implied that the impossibility of performance arising from the perishing of the person or thing shall excuse the performance”⁴. La *fru-*

¹ *Adcock v. Blue Sky Holidays Ltd* [1980] 5 WLUK 115.

² (1847) *Aleyn* 26, 27.

³ Va osservato come non era un orientamento isolato del sistema inglese. Si consideri la giurisprudenza *Canal de Craponne* in Francia.

⁴ [1863] 3 B&S 826. La decisione è interessante anche per l'uso nella motivazione di Justice Blackburn del diritto romano in particolare del Digesto con riguardo alle obbligazioni “*de certo corpore*”, ossia quelle obbligazioni che hanno un oggetto specifico. Vi sono anche riferimenti interessanti al diritto francese.

stration determina la risoluzione automatica del contratto. Dal verificarsi dell'evento non ci sono più obblighi di prestazione futura, anche se quelli maturati fino ad allora rimangono in vigore⁵.

L'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale⁶ ha portato ad identificare tre ipotesi principali⁷. La prima, sviluppatasi proprio a partire da *Taylor v. Caldwell*, ricorre per "impossibility to perform a contract" e cioè di distruzione o indisponibilità dell'oggetto, di morte o sopravvenuta incapacità di una parte se il contratto è *intuitus personae*, di impossibilità delle modalità di esecuzione della prestazione qualora queste fossero determinanti e stabilite con esattezza nell'accordo⁸. Più discussa è, invece, la possibilità di ricomprendere in questa categoria l'"impracticability"⁹.

La seconda fattispecie riguarda la sopravvenuta illegalità della prestazione. L'esempio classico è quello di un contratto divenuto illecito in seguito alla entrata in vigore di una legge come in *Denny, Mott &*

⁵ "What happens is that the contract is held on its true construction not to apply at all from the time when the frustrating circumstances supervene. From that moment there is no longer any obligation as to future performance, though up to that moment obligations which have accrued remain in force" (*Denny, Mott & Dickson Ltd. v. James B. Fraser & Co. Ltd.*, 1944 S.C. (HL) 35).

⁶ Rilevante è soprattutto la classificazione operata da Sir Treitel.

⁷ Si veda la ricostruzione accurata di G. ALPA e R. DELFINO, *Il contratto inglese*, Padova, 2005, p. 193 ss.

⁸ Si veda l'analisi di Treitel sui casi derivanti dalla chiusura del canale di Suez. Una eccezione alla generale riluttanza di concedere la *frustration* a seguito di questo evento è stato *Societe Franco Tunisienne d'Armement v. Sidermar*, [1961] 2 Q.B. 278 (1960) che riguardava un contratto per il trasporto di minerale di ferro dall'India all'Italia. Il contratto è stato giudicato frustrato perché includeva una clausola secondo cui il capitano della nave avrebbe telegrafato a Genova al momento del passaggio del Canale di Suez. Il tribunale ha ritenuto che ciò significasse che il passaggio attraverso il Canale di Suez era un termine del contratto e che la mancata disponibilità della rotta del Canale significava che il contratto era vanificato.

⁹ Va osservato come a livello internazionale l'*impracticability* sia divenuto lo standard di riferimento nei casi di alterazione imprevedibile e sopravvenuta delle circostanze. Spesso sono le parti stesse a fissare questo standard attraverso clausole specifiche.

Dickson Ltd v. James B Fraser & Co Ltd¹⁰. Nel 1929 le parti stipulavano un accordo per l'acquisto di legname e l'affitto di un magazzino con l'opzione anche di acquistarlo successivamente. Dieci anni dopo, a causa dell'emergenza determinata dalla guerra, veniva introdotto il *Control Timber Order*, che rendeva illegale il commercio di legname. Tra i contraenti sorgeva una controversia sulla perdurante validità del contratto, in particolare sulla possibilità di poter ancora esercitare l'opzione. La House of Lords chiamata a pronunciarsi sul punto riconosceva la sopravvenuta illiceità della prestazione. Inoltre, nella motivazione di maggioranza è messo in luce come per valutare se vi sia stata *frustration*, è necessario interpretare il contratto nella sua interezza: alcune pattuizioni potrebbero, infatti, essere ancora lecite, ma "separarle dall'accordo totale significherebbe fare qualcosa che le parti non avrebbero mai voluto"¹¹.

Rilevante nel caso in esame potrebbe essere la terza categoria di *frustration* che ricorre quando l'esecuzione delle prestazioni dedotte nel contratto è astrattamente possibile; tuttavia a causa dell'evento sopravvenuto, imprevedibile e non imputabile, diviene impossibile per le parti raggiungere lo scopo per il quale quel contratto era stato stipulato, che non ha più, dunque, nessuna utilità¹². Pertanto, sarebbe "unjust to

¹⁰ [1944] AC 265.

¹¹ *Ivi.*

¹² Secondo Sir Treitel "Frustration of purpose is, in a sense, the mirror-image of impracticability. The typical contract is an arrangement under which one party agrees to supply a thing or a service or some other facility to the other, and the latter agrees to pay a sum of money for it. In cases of impossibility, the contract is discharged because the supervening event has made it impossible for the former party to supply the thing, service or facility. In cases of alleged impracticability there is no such impossibility, but the normal position is that the supplier argues that the cost of providing the thing, service or facility has risen, or that other difficulties of so doing have increased, to such an extent that he should be discharged. In cases of alleged frustration of purpose it is normally the recipient of the thing, service or facility who argues that the contract should be discharged. His own obligation, merely being one to pay money, cannot have become impossible, nor has any impossibility affected the obligation of the supplier, which can still be performed. But the recipient's case is that the contract should be discharged

insist on compliance with those literal terms”¹³. Si nota come tale fatti-specie sia sempre stata di difficile interpretazione per le Corti sia nella individuazione dello scopo del contratto comune a entrambe le parti sia nel valutare se sia stato effettivamente frustrato dall’evento.

L’incertezza nella concretizzazione delle ipotesi di *frustration* ha, così, determinato anche una evoluzione significativa nell’applicazione. Inizialmente, infatti, il suo fondamento legale era rinvenuto nella teoria della “implied condition”, che si avvicina a quella della presupposizione o della condizione non sviluppata di Windscheid¹⁴: l’accordo contiene, infatti, delle pattuizioni implicite da cui dipende la sua efficacia. Il loro venir meno giustifica, dunque, la risoluzione del contratto. La tesi è stata criticata sia per l’eccessiva vaghezza sia per l’impossibilità di ricostruire la volontà delle parti con certezza. Come giustamente notato¹⁵, se i contraenti avessero voluto queste previsioni, le avrebbero inserite direttamente nel testo contrattuale.

Pertanto, l’orientamento è stato superato in *Davis Contractors Ltd v. Fareham UDC*¹⁶, che riguardava un contratto di costruzione di alcuni immobili ad un prezzo fisso. A causa di ostacoli successivi alla stipulazione dell’accordo, i lavori erano ritardati con un aumento significativo dei costi. Davis Contractors agiva, quindi, in giudizio sostenendo che il contratto fosse frustrato a causa del ritardo nel reperire manodopera e chiedeva di essere pagato maggiormente rispetto a quanto previsto.

La Corte rigettava la domanda. Benché il cambiamento di alcune circostanze avesse reso l’adempimento più difficile ed oneroso, la prestazione non era mutata: “frustration occurs whenever the law

because the supplier’s performance is not longer of any use to the recipient for the purpose for which both parties had intended it to be used” (G. TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, 3rd ed (2014) (“Treitel”) at [7-001]).

¹³ *National Carriers v Panalpina* [1981] AC 675, 707.

¹⁴ G. ALPA e R. DELFINO, *Il contratto inglese*, cit., p. 198.

¹⁵ L. VENTURA, *La rilevanza giuridica delle sopravvenienze contrattuali tra il rafforzamento della “sanctity of contract” nel diritto inglese e l’affievolimento del principio “pacta sunt servanda” negli ordinamenti di civil law*, in *Luiss Law Rev.*, 2020, p. 41 ss.

¹⁶ [1956] UKHL 3.

recognizes that without default of either party a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which performance is called for would render it a thing radically different from that which was undertaken by the contract”¹⁷. Oggi per l’applicazione della *frustration* è dunque necessario che gli eventi successivi rendano la prestazione radicalmente diversa da quella pattuita¹⁸. Tuttavia, tale valutazione è in concreto complessa.

È opportuno, inoltre, sottolineare come le Corti siano molto caute nell’applicare la *frustration*. Da un lato, il diritto contrattuale inglese è ispirato ai principi di certezza e prevedibilità. Dall’altro, l’attenzione alla volontà delle parti che si concretizza in un rigoroso testualismo porta a ritenere che i contraenti, se avessero voluto disciplinare le conseguenze di un evento successivo imprevedibile, avrebbero potuto introdurre specifiche clausole.

Emblematico di questo approccio è *Canary Wharf Ltd and others v. European Medicines Agency*¹⁹. Nel 2014 l’Agenzia Europea del Farmaco (EMA) aveva stipulato con una società immobiliare, Canary Wharf Ltd, un contratto di *lease* per la locazione di un palazzo da utilizzare come sede. Successivamente al referendum del 2016, il Regno Unito era uscito dall’Unione Europea e per tale ragione Ema comunicava a Canary Wharf l’avvenuta *frustration*. Non aveva più alcuna ragione economica il pagamento di un canone di affitto così elevato per un immobile a Londra posto che la sede dell’istituzione, dovendo trovarsi nel territorio dell’UE, sarebbe stata trasferita ad Amsterdam.

La Corte non riteneva applicabile la *frustration for illegality*, in quanto l’EMA avrebbe potuto operare ancora nel Regno Unito, seppure probabilmente a condizioni meno vantaggiose²⁰. Rigettava anche la doman-

¹⁷ *Ivi*.

¹⁸ Lord Radcliffe riassumendo afferma “It was not this that I promised to do”.

¹⁹ [2019] EWHC 335 (Ch).

²⁰ L. VENTURA, *La rilevanza giuridica delle sopravvenienze contrattuali*, cit., p. 41 ss., ricorda come secondo la Corte si sarebbe comunque trattato di *self-induced frustration* e dunque non ammissibile per il diritto inglese.

da relativa alla *frustration for common purpose*, fondandosi sul “radical change test”.

In particolare nella motivazione è riaffermato il *multi-factor approach* elaborato dal giudice Rix in *Edwinton Commercial Corporation v. Tsavlis Russ (Worldwide Salvage and Towage) Ltd, The “Sea Angel”*, “In my judgment, the application of the doctrine of frustration requires a multi-factorial approach. Among the factors which have to be considered are the terms of the contract itself, its matrix or context, the parties’ knowledge, expectations, assumptions and contemplations, in particular as to risk, as at the time of the contract, at any rate so far as these can be ascribed mutually and objectively, and then the nature of the supervening event, and the parties’ reasonable and objectively ascertainable calculations as to the possibilities of future performance in the new circumstances”²¹. In questa prospettiva rilevano, dunque, il testo contrattuale, le conoscenze, previsioni, aspettative e i rischi contemplati dalle parti.

Va notato come probabilmente la decisione sia stata influenzata anche da valutazioni economiche e politiche: considerare automaticamente la Brexit come causa di *frustration* avrebbe portato a risolvere numerosi contratti con danni ingenti.

In altri casi, al fine del riconoscimento della *frustration* è stata ritenuta decisiva la durata del periodo di impossibilità. In *Bank of New York Mellon (International) Ltd. v. Cine-UK Ltd.*²², i locatori di immobili commerciali agivano in giudizio nei confronti dei conduttori per ottenere il pagamento dei canoni. Questi si difendevano sostenendo che non fossero dovuti per l’impossibilità di svolgere la loro attività a causa dei provvedimenti governativi presi nel contrasto alla pandemia. Si era, infatti, verificata una *frustration* temporanea. La Corte si pronunciava a favore degli attori: una chiusura forzata di 18 mesi nel contesto di un contratto di locazione di 15 anni non rende il contratto impossibile da eseguire o radicalmente diverso da quello originariamente previsto²³.

²¹ [2007] EWCA Civ 547.

²² Ltd [2021] EWHC 1013.

²³ La Corte chiarisce come non esista nel diritto inglese una *frustration* temporanea

Nella valutazione sulla sussistenza della *frustration* da parte della giurisprudenza incidono anche la natura e il testo dell'accordo²⁴. In *Salam Air v. Latam Airlines Group*²⁵, Salam Air aveva preso in leasing tre aeromobili da Latam nel 2017 da utilizzare per voli low-cost in Oman e aveva fornito a Latam tre lettere di credito standby (SBLC) che avrebbero dovuto costituire come deposito di garanzia. In seguito alla difficoltà di pagare il canone a causa delle misure restrittive prese per contrastare la pandemia che avevano ridotto o addirittura annullato i viaggi aerei, Salam chiedeva un'ingiunzione per impedire a Latam di fare ricorso alle SBLC.

La Corte muove da una analisi del testo contrattuale che contiene una "hell or high water clause". Tale pattuizione stabilisce una chiara allocazione dei rischi in quanto impone un obbligo di adempiere a qualsiasi condizione e indipendentemente dal verificarsi di qualsiasi evento. È dunque molto difficile se non impossibile applicare la *frustration* in presenza di questa clausola²⁶.

Dalla precedente analisi dei casi giurisprudenziali e della loro motivazione emerge come in base alle regole generali del diritto inglese non sarebbe possibile nella fattispecie in esame invocare la *frustration of purpose*. Il cliente, infatti, aveva potuto usufruire della vacanza per la quale aveva pagato. La presenza delle alghe nel mare non ha radicalmente mutato l'oggetto della prestazione, che non era risultata differente, ma ha inciso unicamente sul valore e sulla qualità del soggiorno.

che sospenda il contratto solo per un certo periodo. Tale figura, infatti, determina la risoluzione solo quando in relazione alla durata complessiva del contratto il periodo di impossibilità derivante dall'evento sia tale da vanificare completamente lo scopo dell'accordo.

²⁴ Ciò è coerente con la preferenza del diritto inglese per il formalismo e il testualismo contrattuale.

²⁵ [2020] EWHC 2414.

²⁶ Anche in un caso di *dry lease* di aerei la Corte non ha riscontrato una ipotesi di *frustration* dovuta alla pandemia, cfr. *Wilmington Trust SP Services (Dublin) Ltd v. SpiceJet Ltd* [2021] EWHC 1117 (Comm).

3. *La disciplina prevista dal 2018 Package Travel and Linked Travel Arrangements Regulations*

Se i rimedi generali non offrono, dunque, alcuna tutela nel nostro caso, il Sig. Guerrini può agire in base al *2018 Package Travel and Linked Travel Arrangements Regulations* (2018 PTRs), che ha recepito la Direttiva europea 2015/2302. La normativa sostituisce la precedente disciplina del 1992, sempre di matrice europea. La modifica è stata determinata dalla necessità di adeguarsi ai cambiamenti avvenuti nel settore turistico negli ultimi anni²⁷ e di uniformarlo in modo ancor più stringente per attenuare le differenze tra le diverse legislazioni nazionali ancora rilevanti. Per tale ragione tanto la Direttiva come il 2018 PTRs si concentrano nel definire chiaramente l'ambito di applicazione, specificando ed ampliando la nozione di "pacchetto turistico" che aveva suscitato incertezze definitorie²⁸. Grande attenzione è posta anche nella specificazione dei doveri informativi da parte del tour operator.

Deve, dunque, essere analizzata con attenzione la normativa.

Un primo profilo da considerare riguarda il momento nel quale il tour operator è venuto a conoscenza del possibile disagio. Infatti, se lo avesse saputo prima della partenza del cliente, avrebbe dovuto comunicarglielo, offrendogli una sostituzione, salvo che non fosse impossibile o troppo onerosa. Avrebbe potuto anche suggerirgli di spostare il soggiorno in un momento nel quale la spiaggia non sarebbe stata infestata dalle alghe rosse. Lo stesso rilievo si estende pure alle ipotesi nelle quali il tour operator, impiegando la diligenza richiesta per la sua attività professionale - informandosi, cioè, dello stato dei luoghi - avrebbe potuto venire a conoscenza del disagio²⁹.

²⁷ In particolare il 23% degli europei acquista oggi pacchetti "su misura" pari ad un valore complessivo di 120 milioni di euro.

²⁸ Il pacchetto viene così definito: "a package holiday is generally the combination of two or more different types of travel services which are combined for the purpose of the same trip". In particolare può anche essere individuale e su misura.

²⁹ Analogamente, in base all'art. 15 (3) il viaggiatore deve informare l'organizzatore senza indebito ritardo, tenendo conto delle circostanze del caso, di qualsiasi difetto

Rilevante nella nostra fattispecie è soprattutto l'art. 16 in base al quale "l'organizzatore deve offrire al viaggiatore un'adeguata riduzione del prezzo per il periodo in cui si verifica il difetto di conformità, a meno che l'organizzatore non dimostri che il difetto di conformità è imputabile al viaggiatore. (3) L'organizzatore deve offrire al viaggiatore, senza indebito ritardo, un adeguato risarcimento per qualsiasi danno che il viaggiatore subisca a causa di un difetto di conformità. (4) Il viaggiatore non ha diritto al risarcimento dei danni ai sensi del paragrafo (3) se l'organizzatore dimostra che il difetto di conformità è (a) attribuibile al viaggiatore; (b) imputabile a un terzo estraneo alla fornitura dei servizi di viaggio inclusi nel contratto di viaggio "tutto compreso" ed è imprevedibile o inevitabile; oppure (c) dovuto a circostanze inevitabili e straordinarie".

Deve essere preliminarmente rilevato come le Corti inglesi abbiano progressivamente esteso i doveri e gli obblighi del tour operator, in particolare quelli di informazione.

Nella valutazione della diligenza richiesta al tour operator non sono, infatti, ritenuti determinanti gli standards locali. In *Morgan v. Tui*, l'attrice aveva acquistato un pacchetto turistico per una vacanza alle Mauritius, durante la quale aveva subito un incidente andando a sbattere contro un lettino da sole in una zona poco illuminata della terrazza dell'hotel. Agiva, dunque, in giudizio ai sensi dell'art. 15 del *Package Travel, Package Holiday and Package Tours Regulations 1992* per violazione di un *implied term* contrattuale in base al quale Tui avrebbe dovuto fornire i servizi con ragionevole cura e attenzione.

di conformità che il viaggiatore percepisce durante l'esecuzione di un servizio di viaggio incluso nel contratto di viaggio tutto compreso. (4) Se uno qualsiasi dei servizi di viaggio non è eseguito in conformità al contratto di viaggio tutto compreso, l'organizzatore deve porre rimedio al difetto di conformità entro un termine ragionevole fissato dal viaggiatore, a meno che ciò non sia (a) sia impossibile; o (b) comporti costi sproporzionati, tenuto conto dell'entità del difetto di conformità e del valore dei servizi di viaggio interessati. Pertanto, durante la vacanza, il Sig. Guerrini avrebbe potuto avvertire il tour operator e chiedergli di porre rimedio, magari spostandolo, se possibile, in un'altra località.

In primo grado la Corte, non riuscendo ad individuare lo standard in tema di illuminazione previsto alle Mauritius, aveva utilizzato quale riferimento quello minimo fissato dall'ISO 30061. Avendone riscontrato il mancato rispetto, si pronunciava a favore dell'attrice. Tui proponeva appello, concentrandosi principalmente su questo profilo: non era, infatti stato provato da Morgan se e quale fosse lo standard obbligatorio localmente e non era possibile ritenere generalmente applicabile la normativa ISO.

La High Court confermava la decisione. Nella motivazione il giudice chiarisce come lo standard di sicurezza inglese non possa essere automaticamente applicato a eventi occorsi all'estero. Tuttavia, qualora manchi un criterio locale o sia insufficiente, "it does not necessarily follow that the organiser will escape liability. The standards prevailing in the place of performance may, for no justifiable reason, fall so far below either internationally accepted or English standards that the organiser assumes an obligation to exercise reasonable skill and care that is informed not by the local standards, but by other standards".

Nel caso di cui qui ci si occupa, appare dunque necessario verificare se la presenza delle alghe rosse nel mar dei Caraibi possa essere considerato una circostanza "inevitabile e straordinaria" così da determinare l'esonero da responsabilità del tour operator. Va constatato come la disciplina del 2018 modifichi quella del 1992 che si riferiva a "unusual" e "unforeseeable". La dottrina ha rilevato che l'uso della parola "inevitabile" anziché imprevedibile potrebbe far pensare che gli operatori turistici possano rivendicare la forza maggiore anche se l'incidente in questione era prevedibile al momento della vendita della vacanza, purché fosse inevitabile. Sembra, però più convincente ritenere che nella inevitabilità possa essere ricompresa anche l'imprevedibilità per non determinare un vuoto di tutela in alcune situazioni³⁰. Deve infatti trattarsi di "una situazione che sfugge al controllo della parte che vuole fare affidamento su di essa ai fini del regolamento [...] le cui conseguenze non avrebbero potuto essere evitate anche se fossero state adottate tutte le

³⁰ <https://www.abta.com/news/force-majeure-when-unexpected-happens>.

“misure ragionevoli”. In tale definizione rientrano gli eventi considerati “Act of God”: “overwhelming, unpreventable event caused exclusively by forces of nature, such as an earthquake, flood, or tornado³¹”. Possono inoltre, essere ricompresi rivoluzioni, colpi di stato, disordini civili rilevanti. Tuttavia, è necessario che l’evento impatti sulla prestazione³².

Al di fuori dei casi evidenti e chiari, tuttavia, possono sorgere incertezze nella qualificazione di non poche situazioni³³. Per tale ragione spesso nei contratti turistici vengono introdotte clausole di forza maggiore³⁴ che individuano le ipotesi specifiche o forniscono indici utili di interpretazione³⁵.

Sembra però prevalere una visione restrittiva della difesa di forza maggiore confermata dalla giurisprudenza recente³⁶. Esemplificativa è la decisione in *X. v. Kuoni Travel Ltd.* Nel 2010 l’attrice X e il marito

³¹ Act of God, Black’s Law Dictionary (11th ed. 2019).

³² Tale profilo è significativo anche per quanto riguarda il diritto di cancellazione da parte del cliente prima della partenza, con un rimborso completo e senza dover pagare una tassa di cancellazione, in caso di forza maggiore “che si verifichi nel luogo di destinazione o nelle sue immediate vicinanze”. Non è, infatti assoluto ma deve incidere sulla capacità del tour operator di fornire il pacchetto. Ad esempio, un uragano che colpisce una parte dell’isola molto distante da dove si trova il resort e che non determinerebbe alcun disagio al soggiorno del cliente non giustifica la cancellazione.

³³ Cfr., ad esempio, l’interessante studio in relazione agli uragani in I. KILBEY, *Of Holidays and Hurricanes*, in *Travel L.J.*, 1999, p. 46.

³⁴ Anche l’ABTA *Code of Conduct* suggerisce l’introduzione di clausole di forza maggiore (es. 3A e 3D).

³⁵ Ad esempio “IMPORTANT NOTE. We will not pay any compensation for changes which arise as a result of situations outside our control. For example technical or maintenance problems with transport, changes imposed by rescheduling or cancellation of flights by an airline or main charterer, the alteration of the airline or aircraft type, war or threat of war, civil strife, industrial disputes, natural disaster, bad weather, terrorist activity”.

³⁶ Sembra superato lo standard “flicker of hope” elaborato in *Lambert v. Travelsphere Limited* [2005] CLY 1977 che riguardava la cancellazione di una vacanza in Cina durante il periodo Sars. La Corte ha notato che il tour operator poteva non fare nulla almeno finché ci fosse stato un barlume di speranza che la vacanza potesse andare come previsto. Cfr. *Sherman v. Readers Offers Limited*, 3 maggio 2022.

avevano acquistato attraverso Kuoni una vacanza di 15 giorni in un resort di lusso in Sri Lanka. Durante il soggiorno, la signora era stata stuprata da un elettricista dipendente dell'hotel al quale si era rivolta per chiedere delle indicazioni su come raggiungere la reception e che si era offerto di accompagnarla.

In primo e in secondo grado, la richiesta di risarcimento mossa nei confronti di Kuoni era stata rigettata: il dipendente, infatti, aveva agito al di fuori delle sue mansioni lavorative. Inoltre, era stato rilevato come accompagnare alla reception una cliente non potesse rientrare nei servizi offerti nel pacchetto della vacanza. Anche il fatto fosse stato considerato un inadempimento, la condotta del dipendente era imprevedibile e non avrebbe potuto essere impedita da Kuoni o dall'hotel usando l'ordinaria diligenza.

Il caso giungeva davanti alla Corte Suprema che sollevava rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia Europea per l'interpretazione di due profili. Se: a) lo stupro e l'aggressione della signora X costituiscono un inadempimento contrattuale di Kuoni; b) in caso affermativo, la responsabilità di Kuoni in relazione alla condotta del dipendente sia esclusa dalla clausola 5.10(b) del contratto e/o dall'art. 15(2)(c) della legge del 1992.

La Corte di Giustizia, muovendo dalla esigenza di una protezione completa del consumatore, afferma che quando gli obblighi derivanti da un contratto di viaggio tutto compreso sono eseguiti da un dipendente di un fornitore di servizi, le azioni di tale dipendente possono costituire un inadempimento. Inoltre, non ritiene applicabile la "foreseeability clause" che viene limitata a fatti o incidenti "che non rientrano nella sfera di controllo dell'organizzatore o del fornitore di servizi". Posto che gli atti o le omissioni di un dipendente rientrano in tale sfera di controllo, "tali atti o omissioni non possono essere considerati come eventi che non possono essere previsti o evitati" ai sensi dell'art. 5(2) della disciplina del 1992.

I principi fissati dalla Corte di Giustizia vengono recepiti dalla UK Supreme Court. In particolare nella motivazione, Lord Lloyd Jones constata come i servizi dovuti ai sensi del pacchetto "includano molto di

più della organizzazione meccanica del viaggio o della fornitura di un materasso e di una coperta. Il contenuto preciso dei servizi accessori può variare da un contratto all'altro. Tuttavia, ad esempio, l'obbligo di fornire il servizio di pulizia dell'hotel con ragionevole cura e competenza è insito in ogni contratto di questo tipo così come l'obbligo di occuparsi e servire i vacanzieri in modo cortese³⁷.

Nel caso in esame sembra, dunque, potersi escludere che la presenza del sargasso sia una circostanza imprevedibile e inevitabile. Decisiva è, infatti, la ripetitività dell'evento. Gli studi scientifici basati su dati empirici hanno messo in luce come la diffusione del sargasso nel mar dei Caraibi e in particolare in Messico sia iniziata a partire dal 2011. Se inizialmente ciò avveniva tra marzo e ottobre, si è progressivamente notato un allungamento del periodo e un aggravamento delle conseguenze. È stato, infatti, notato che "Ora, l'arrivo del sargasso è talmente massiccio che non è sufficiente rimuoverlo a mano o con le macchine. Diego, che fa parte di una squadra di pulizia della spiaggia che lavora a Tulum, ha mostrato la sua frustrazione per la pulizia dell'alga in una conversazione con me: 'Io faccio tutto il giorno, ma il giorno dopo sembra di nuovo lo stesso. La spiaggia è pulita, ma il giorno dopo ha di nuovo lo stesso aspetto. Durante la notte, torna. E puliamo di nuovo. Questo continua, e non si vede la fine'³⁸.

Pertanto il tour operator può essere considerato responsabile ai sensi del 2018 PTRs, in quanto avrebbe potuto conoscere il fatto con la normale diligenza del buon tour operator e avrebbe dovuto informare il Sig. Guerrini. Una soluzione avrebbe potuto essere la introduzione di una clausola contrattuale volta a segnalare la possibile presenza del sargasso o addirittura un avvertimento visibile nella brochure³⁹. In questo

³⁷ [2021] UKSC 34.

³⁸ L.K. MCADAM-OTTO, "It's all about the beaches": *Sargassum algae, tourism, and coastal transformations along the Mexican Caribbean*, in *Coastal Studies & Society*, 2022, 26349817221132379.

³⁹ Va messo in luce, però, come questo potrebbe portare ad un crollo delle vendite di pacchetti per questi paesi anche quando non vi sarebbe alcun disagio.

modo, il cliente debitamente informato, qualora decidesse di partire, avrebbe accettato il rischio.

4. *La quantificazione del danno*

In base al 2018 PTRs, il consumatore ha diritto al risarcimento, che può consistere innanzitutto in una riduzione del prezzo della vacanza. Possono inoltre essere compensati il “loss of enjoyment damages”, i danni alla salute e le spese incorse a causa dell’inadempimento del tour operator.

Per comprendere i parametri di quantificazione del pregiudizio nella fattispecie in esame è opportuno muovere da *Milner v. Carnival Plc.*⁴⁰. Nel 2006 una coppia aveva prenotato una crociera intorno al mondo di tre mesi. Avevano accuratamente scelto una cabina a metà nave, rifiutandone una migliore allo stesso costo, perché si trovava in una posizione abbastanza stabile e poco influenzata dai movimenti della nave anche in caso di maltempo.

La crociera era stata pubblicizzata come una vacanza da sogno caratterizzata da una eleganza esclusiva. Un particolare risalto era dato alle cabine lussuose: “Non le piacerebbe assaporare il trattamento da star come gli idoli del cinema e i nobili reali di un tempo passato? Non si merita un assaggio della vita dell’alta società? Benvenuto, allora, in alcune delle suite più spaziose e sontuose del mare”. Tuttavia fin dal primo momento la coppia sperimentava una serie di disagi dovuti ai movimenti e ai rumori continui in cabina. Veniva cambiata più volte la sistemazione e nonostante l’offerta ricevuta di spostarsi definitivamente in una suite, i coniugi decidevano di sbarcare, fermarsi a loro spese alle Hawaii e ritornare poi in Inghilterra con una un’altra nave della stessa compagnia. Chiedevano, dunque, 8.500£ per la diminuzione del valore, 50.000£ per l’angoscia e delusione, 4.300£ per lo spreco di spese per gli abiti e 13.440£ per il costo del viaggio di ritorno. La Corte riconosce

⁴⁰ [2010] 3 All ER 701.

il pregiudizio sofferto. Diminuisce però le somme, cercando di chiarire e specificare i criteri di quantificazione.

Il quadro può dunque essere così riassunto⁴¹:

a) il danno derivante dalla diminuzione di valore della vacanza consiste nella differenza economica tra quanto è stato corrisposto in relazione a quanto è stato effettivamente fornito. Generalmente la perdita è quantificata calcolando il costo giornaliero della vacanza moltiplicato per il numero dei giorni nei quali è stato sofferto il pregiudizio. Pur potendo sembrare una operazione semplice e automatica, il risultato dipende da numerosi fattori che attengono tanto al metodo utilizzato quanto all'incidenza del servizio non ricevuto o del disagio subito. È diverso, infatti, essere alloggiati in una stanza differente da quella prenotata, piccola, buia e rumorosa dal non poter accedere alla palestra per alcuni giorni.

Nella determinazione della diminuzione di valore della vacanza non rilevano le considerazioni soggettive, che devono essere ricomprese, invece, nei danni non patrimoniali. Come messo in luce nella decisione in *Milner*, infatti, è necessario “escludere da questa valutazione il modo in cui il cliente ha percepito la diminuzione del valore del servizio fornito, perché in questo caso c'è il rischio di una duplicazione del danno”⁴². Pertanto, non poter usufruire della palestra determina lo stesso pregiudizio economico per la persona che si sarebbe allenata tutte le mattine come per quella che ci sarebbe andata sporadicamente.

Inoltre, influiscono significativamente nella quantificazione i fattori ai quali è dato rilievo e il peso attribuito. Ad esempio, nel caso *Milner* l'avvocato di *Cunard* aveva calcolato il costo giornaliero della crociera in £ 386 alla luce di quanto la coppia aveva effettivamente speso dopo l'indennizzo ricevuto (£ 10.812). Aveva, poi, osservato come tre giorni fossero stati interamente rovinati e quattro di qualità inferiore del 38% rispetto a quanto pattuito. Il difensore di *Milner*, invece, moltiplicava il

⁴¹ S. PRAGER, *The assesment of damages in holidays cases: the impact of Milner v. Carnival, plc.*, in *Travel Law Quarterly*, 2011, p. 13.

⁴² *Milner v. Carnival Plc.*, cit.

costo giornaliero identificabile in £ 618 in base al prezzo pubblicizzato, o in £ 557, stabilito nella prenotazione per tutta la durata della vacanza, ridotto di una percentuale del 33-50% equiparabile alla perdita di valore. Il giudice si distacca da entrambe le posizioni: la prima minimizza i disagi, la seconda non considera il rimborso ottenuto. La diminuzione di valore viene, dunque, individuata in un terzo circa del prezzo concretamente pagato e cioè in £ 3.500.

Infine, la quantificazione di questa voce di danno dipende dal caso concreto e dal contratto stipulato. Si consideri un soggiorno in un hotel famoso per il suo servizio di ristorazione: è probabile che non poterne usufruire determini una oggettiva e significativa diminuzione del valore della vacanza. Diversamente in un hotel conosciuto per il suo campo da golf, l'inagibilità del ristorante peserà meno.

La dottrina⁴³ ha messo in luce come la riduzione del prezzo dovrebbe essere, in ogni caso, proporzionale alla diminuzione del valore della prestazione al momento dell'offerta. La tesi è confermata da indici ricavabili dai principi di *soft law* come l'art. 9:401 (1) PECL e l'art. III.-3:601 (1) del DCFR. Tuttavia, rimane la difficoltà di determinare concretamente la incidenza di un mancato servizio sul prezzo. Con riferimento al caso in esame ci si potrebbe interrogare sul valore economico della possibilità di usufruire della spiaggia.

Nella difficoltà di quantificare tale voce di pregiudizio, la dottrina ha rilevato la possibile utilità delle tabelle⁴⁴ che assegnano percentuali di riduzione del prezzo ad alcuni difetti tipici dei servizi alberghieri⁴⁵. Ad esempio, la pulizia insufficiente delle camere potrebbe essere valutata entro un range del 10%-15%. Va messo in luce come da un lato disagi insignificanti non verrebbero calcolati, dall'altro la presenza di

⁴³ J.M.B. SERRAT, *Quality of hotel service and consumer protection: A European contract law approach*, in *Tourism Management*, 2011, pp. 277-287.

⁴⁴ Va messo in luce come sarebbe maggiormente efficiente prevedere tabelle europee o internazionali piuttosto che variabili da Stato a Stato.

⁴⁵ J.M.B. SERRAT, *Quality of hotel service and consumer protection*, cit., p. 277 ss., che utilizza come modello di riferimento la tabella di Francoforte considerata una delle migliori a livello europeo.

difetti multipli potrebbe portare anche ad una riduzione del prezzo del 100%. Si consideri un hotel in una località di mare che, diversamente da come risulta nelle brochures, si trova in una posizione distante dalla spiaggia ed è rumoroso, poco pulito e privo di servizi come la piscina. La vacanza potrebbe essere interamente rimborsata, oltre all'eventuale risarcimento dei danni ulteriori.

Nel caso in esame, diverso è il pregiudizio se la presenza del sargasso abbia impedito solo la fruizione della spiaggia o qualora invece abbia reso meno piacevoli altri servizi, magari per l'odore tipico di quest'alga o perché il personale, impegnato nel limitare i suoi effetti, ha prestato meno attenzione ai clienti.

b) Una delle voci più significative di danno in tali ipotesi è "il loss of enjoyment damages". La sua prima elaborazione si trova nella lucida motivazione di Lord Denning in *Jarvis v. Swans Tours Ltd*⁴⁶, nella quale è messo in luce come il risarcimento del costo della vacanza non sia spesso sufficiente a compensare pienamente il danneggiato, ma debbano essere anche considerati il disagio e la sofferenza subiti. Lord Denning osserva, infatti, come Jarvis avesse solo 15 giorni di vacanza all'anno, che prenotava con largo anticipo e aspettava con gioia. La sua delusione era una parte significativa del pregiudizio sofferto. La tesi è successivamente ribadita da Lord Denning in *Jackson v. Horizon Holidays Ltd.*: "le persone aspettano con ansia una vacanza. Si aspettano che le promesse vengano mantenute. Quando non si realizzano, sono delusi e sconvolti. È difficile valutare in termini di denaro, ma è compito dei giudici fare il meglio possibile"⁴⁷.

La giurisprudenza inglese è stata tra le prime ad aprire al risarcimento del danno non patrimoniale da vacanza rovinata ed è stata, tra quelle considerate, nella decisione della Corte di Giustizia Europea in *Leitner*⁴⁸, che ha definitivamente affermato il principio. Interessanti sono

⁴⁶ [1972] EWCA Civ. 8.

⁴⁷ [1975] 1 WLR 1468.

⁴⁸ *Simone Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co. KG*, (C-168/00, ECR 2002, I-2631).

state soprattutto le conclusioni dell'AG Tizzano che ha messo in luce come il risarcimento di questa voce di danno sia legato "allo sviluppo generale della responsabilità civile, ma anche, da un punto di vista più generale, al rapido sviluppo del turismo e al fatto che le vacanze, i viaggi e il tempo libero non sono più il privilegio di un settore ristretto della società, ma sono un prodotto di consumo per un numero crescente di persone che dedicano parte dei loro risparmi e del loro riposo dal lavoro o dalla scuola. Il fatto stesso che le vacanze abbiano assunto un ruolo socio-economico specifico e siano diventate così importanti per la qualità della vita di un individuo, significa che il loro pieno ed effettivo godimento rappresenta di per sé un bene da tutelare"⁴⁹.

Questa categoria di pregiudizio è, però, di difficile quantificazione⁵⁰. In *Milner*, la Corte avverte come debbano essere esaminati i risarcimenti liquidati in ipotesi analoghe, con una attenzione particolare alle caratteristiche del caso concreto⁵¹. Rilevante è, infatti, la natura della vacanza: inconvenienti in una luna di miele potrebbero causare disagi maggiori rispetto a quelli sofferti nelle ferie annuali. Incide anche la tipologia di inadempimento. Come nota la Corte, "il fanatico dello sport che si vede negare le sue strutture sportive, soffrirà più delusione di sua moglie che è perfettamente felice su un lettino a bordo piscina"⁵². Infatti, viene liquidata una somma maggiore alla moglie per non aver potuto indossare i vestiti meravigliosi comprati per la crociera.

Pertanto ai fini della concessione dei *loss of enjoyment damages* deve essere dimostrato il pregiudizio sofferto individualmente. È evidente, infatti, che non tutti i disagi determinano un mancato godimento della

⁴⁹ Il testo è disponibile in *International Travel J.*, 2001, pp. 260, 272.

⁵⁰ C. SCARGILL, *Loss of enjoyment in holiday claims – Lottery or Science?*, in *Travel Law Quarterly*, 2010, p. 204.

⁵¹ La Corte si richiama ad Adcock: "Contracts for holidays vary on their facts very greatly. The facilities offered by the tour company vary enormously from case to case. It would be a grave mistake to look at the facts in, for example, the Jackson case or the Jarvis case and compare those facts with the facts in another case as a means of establishing the measure of damages".

⁵² *Milner v. Carnival Plc.*, cit.

vacanza. Pertanto ai fini del suo risarcimento, il Sig. Guerrini deve dimostrare per ogni membro della sua famiglia l'incidenza dell'impossibilità di usufruire della spiaggia.

c) Tra le voci di danno sono, inoltre, ricomprese le spese sostenute a causa dell'inadempimento. Qualora tra i servizi dell'hotel fosse stata inclusa la colazione che poi non era stata fornita, il cliente avrebbe diritto a ricevere una somma pari al costo sopportato per consumarla altrove. È evidente che le spese aggiuntive devono essere una conseguenza diretta dell'inadempimento. Il Sig. Guerrini potrebbe essere risarcito dei costi di gite che non aveva previsto inizialmente, ma che era stato costretto a organizzare per supplire all'inagibilità della spiaggia. Non potrebbe, invece, domandare la compensazione di cene in locali costosi, anche qualora adducesse di averle programmate per superare la delusione dei disagi della vacanza.

d) Nel caso in esame, non rilevano i danni alla salute, che sono ammissibili, poiché nessuno della famiglia Guerrini ha sofferto pregiudizi fisici.

Infine, va osservato come le corti inglesi siano attente ad evitare una duplicazione dei danni concessi. Si tratta di un profilo delicato posto che i differenti pregiudizi tendono a non essere chiaramente distinguibili in concreto. Spesso il risarcimento si fonda su una valutazione unitaria pragmatica di quanto quel disagio possa aver effettivamente inciso sul godimento della vacanza e sulle spese sopportate, cercando di evitare fenomeni di sovra-compensazione.

In *Antcliffe v. Thomas Cook Tour Operations Ltd*⁵³ una famiglia di cinque persone aveva subito una intossicazione alimentare durante una vacanza nella Repubblica Domenicana organizzata con un tour operator. Agivano, dunque, in giudizio domandando un risarcimento pari alla diminuzione di valore e al mancato godimento della vacanza. Inoltre, la moglie, che aveva subito un trauma cranico dovuto ad un collasso, e uno dei figli chiedevano anche la liquidazione del danno alla salute. La Corte riconosce l'inadempimento del contratto ai sensi del

⁵³ [2012] 7 WLUK 97.

Supply of Goods and Services Act 1982 S.4(2), che prevede il rispetto di uno standard soddisfacente per la fornitura di beni, compresi gli alimenti⁵⁴. Tuttavia, nella quantificazione del pregiudizio viene accolta la tesi del convenuto sulla necessità di evitare duplicazioni del risarcimento⁵⁵.

5. Conclusioni

Alla luce di queste riflessioni⁵⁶ è possibile ritenere che la presenza del sargasso non può essere considerata una circostanza eccezionale e inevitabile che esclude la responsabilità del tour operator ai sensi del 2018 PTRs. Tuttavia al Sig. Guerrini, che non ha potuto fruire della spiaggia potrebbe essere concessa una riduzione del prezzo proporzionale alla diminuzione del valore del soggiorno. Per una precisa quantificazione del risarcimento è opportuna l'analisi della brochure e del

⁵⁴ Si constata come la sussistenza del nesso di causalità rappresenti un profilo critico della decisione. Non era stato infatti dimostrata né la violazione di uno standard di igiene o di sicurezza, né soprattutto che la famiglia avesse mangiato solo nel resort. Emerge come spesso sia determinante il tipo di soggiorno acquistato con il pacchetto. Ad esempio, è più probabile che l'intossicazione sia dovuto al cibo dell'hotel nel caso si sia in un regime di pensione intera.

⁵⁵ Viene, infatti, liquidato un risarcimento globale di 3.000 sterline per la diminuzione del valore e la perdita di godimento, con 2/7 di questo importo da assegnare alla signora Antcliffe, 2/7 al figlio minore e 1/7 a ciascuno dei tre ricorrenti rimanenti. È poi concesso alla signora Antcliffe e al figlio minore il risarcimento per il dolore, la sofferenza e la perdita di benessere derivanti dalle loro richieste di risarcimento per lesioni personali.

⁵⁶ Va messo in luce come la giurisprudenza inglese sia al momento molto vicina o addirittura uguale a quella degli altri Stati dell'Unione Europea. Ci si interroga però se nei prossimi anni si possa assistere ad un distanziamento dovuto alla uscita del Regno Unito dalla UE. Benché, infatti, il 2018 PTRs rimane in vigore, la sua interpretazione non è più vincolata alle decisioni della Corte di Giustizia. In realtà, non necessariamente questo comporterà cambiamenti significativi posto che "il danno da vacanza rovinata" sembra abbastanza uniformato globalmente. Forse, però, potrebbe essere attribuita maggiore rilevanza al testo dei contratti soprattutto quando si tratta di pacchetti "su misura".

contratto al fine di comprendere il peso effettivo del disagio in base alla tipologia della vacanza e delle informazioni acquisite. È possibile prospettare una quantificazione del 15-20% del totale, considerando che aveva potuto godere di tutti gli altri servizi offerti dal pacchetto. Si osserva che tale percentuale potrebbe essere aumentata qualora venisse dimostrato che la presenza del sargasso ha influito anche su altri aspetti del soggiorno fino ad arrivare anche al 50% del costo integrale⁵⁷.

Inoltre, potrebbe essere risarcibile il “*loss of enjoyment damages*” in misura differente per i diversi membri della famiglia. Va dimostrato, infatti, come l'impossibilità della balneazione abbia influito sul godimento della vacanza di ciascuno di loro. La circostanza potrebbe essere stata molto rilevante per il Sig. Guerrini e uno dei figli. La moglie, invece, avrebbe potuto essere interessata maggiormente al riposo e a prendere il sole e un altro figlio avrebbe potuto, comunque, preferire la piscina e le diverse attività ludiche.

Infine, sono compensabili anche le spese che il Sig. Guerrini e la sua famiglia hanno sostenuto per supplire all'impossibilità di usufruire della spiaggia purché sia provato il rapporto di causalità.

⁵⁷ Sembra difficile ritenere applicabile una percentuale maggiore in base ai dati forniti.

Abstract

Il saggio esamina la responsabilità del tour operator in base al diritto inglese. In tale prospettiva esamina il 2018 Ptrs. Si concentra poi sulla quantificazione del danno, specialmente la riduzione del prezzo e il danno non patrimoniale da vacanza rovinata.

This article analyses the liability of the tour operator under English law. In this regard, it examines the 2018 Ptrs. It then focuses on the quantification of damages, in particular price reductions and loss of enjoyment damages.

Parole chiave: Responsabilità dell'operatore turistico (organizzatore o intermediario del viaggio); contratto di viaggio; tutela del consumatore; dovere d'informazione; sargasso, risarcimento del danno.

Keywords: Responsibility of the tour operator (travel organizer or travel intermediary); travel contract; consumer protection; duty of information; sargassum; damages.

Milano, maggio 2023

DAVID F. ESBORRAZ*

LA RESPONSABILITÀ DELL'OPERATORE TURISTICO
PER INADEMPIMENTO DEL DOVERE D'INFORMAZIONE
NEL DIRITTO ARGENTINO**

SOMMARIO: 1. Nota introduttiva: illustrazione di un caso paradigmatico. – 2. La regolamentazione del contratto di viaggio tra la legislazione speciale del settore turistico e il microsistema di tutela dei consumatori. – 3. La responsabilità dell'operatore turistico (organizzatore/grossista e intermediario/dettagliante). Evoluzione. – 4. La rilevanza del dovere d'informazione nel contratto di viaggio e le conseguenze del suo inadempimento. – 5. La responsabilità dell'operatore turistico nel caso proposto.

1. *Nota introduttiva: illustrazione di un caso paradigmatico*

Scopo del presente articolo è analizzare il regime della responsabilità civile dell'operatore turistico nell'ordinamento giuridico argentino, con particolare riferimento all'inadempimento del dovere d'informazione che grava su di lui; sia che egli funga da organizzatore del viaggio contrattato (*tour operator*) o da semplice intermediario tra l'organizzatore e i viaggiatori (agenzia di viaggi)¹.

* Ricercatore presso l'Istituto di Studi Giuridici Internazionali (ISGI) del Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR). Contatto: davidfabio.esborraz@cnr.it. ORCID: 0000-0002-0644-8397.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

¹ V., su questa distinzione, A. SANCHO (a cura di), *Introducción al turismo*, Organización Mundial del Turismo, Madrid, 1998, pp. 55 e 56.

A tal fine prenderò spunto da un caso ipotetico² che presenta elementi comuni ad altri casi reali già risolti – con diverse sfumature – da alcuni Tribunali in Spagna³ e in Perù⁴.

Il signor Guerrini conclude un contratto con un *tour operator* per l'acquisto di un pacchetto turistico per lui e la sua famiglia (moglie e due figli) per visitare Playa del Carmen in Messico. Questo pacchetto di sette giorni comprende voli aerei, trasporto aeroporto-albergo-aeroporto e alloggio in un *resort all-inclusive* (con vitto, alloggio e servizi dell'infrastruttura, tra cui l'utilizzo delle piscine e varie attività ludiche).

Dopo essere arrivata e sistematasi in hotel, la famiglia Guerrini scopre che il mare è infestato dalla presenza di una macro-alga (il sargasso) che rende impossibile la balneazione⁵.

Il signor Guerrini ricorre allora davanti al giudice, chiedendo la restituzione di tutto quanto pagato. Sostiene al riguardo che lo scopo della sua vacanza consisteva nel godere del mare di Playa del Carmen e tale desiderio si è rivelato irrealizzabile a causa della presenza del sargasso. Il *tour operator* avrebbe infatti dovuto conoscere tale circostanza ed informare conseguentemente i suoi clienti.

Per parte sua, il *tour operator* si difende, argomentando che la restituzione di quanto pagato determinerebbe un arricchimento senza causa, visto che il ricorrente e la sua famiglia hanno in concreto usufruito di

² Il caso è stato proposto dal prof. Juan Espinoza Espinoza al fine di affrontare comparativamente, da un unico punto di partenza, lo studio della responsabilità civile dell'operatore turistico nel diritto comunitario europeo e in alcuni ordinamenti nazionali (v. gli altri lavori pubblicati in questo stesso volume).

³ V., ad es., la sentenza 261/2018 del 28/09/2018 dell'*Audiencia Provincial* di Granada, Sezione 4ª, e la sentenza 138/2020 del 24/09/2020 del *Juzgado de Primera Instancia* nro. 13 di Bilbao.

⁴ V., ad es., le risoluzioni 3418-2019 del 2/12/2019 e 0730-2021 del 7/04/2021 del *Tribunal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual* (Indecopi), sezione specializzata nella tutela del consumatore.

⁵ Su questo fenomeno si rinvia, tra gli altri, a M. VALLS, *Sargazo. La nueva emergencia ambiental que amenaza las paradisíacas playas del Caribe. Estrategia legal e institucional para abordar el problema*, in *elDial.com* (supplemento diritto ambientale), Buenos Aires, 2019, pp. 1-8.

tutto il pacchetto turistico, ad esclusione dell'accesso alla spiaggia per fare il bagno.

Come si risolverebbe un caso come questo in Argentina? Per riuscire a rispondere a questa domanda (paragrafo 5) cercherò di analizzare, in primo luogo, qual è la regolamentazione applicabile al contratto di viaggio (o di turismo) nel diritto argentino e, in particolare, se sono ad esso applicabili le disposizioni della legislazione in materia di tutela dei consumatori (paragrafo 2), soffermandomi poi sui presupposti e sulla portata della responsabilità civile dell'operatore turistico (paragrafo 3), nonché sull'incidenza in essa dell'inadempimento del dovere d'informazione a suo carico (paragrafo 4).

2. *La regolamentazione del contratto di viaggio tra la legislazione speciale del settore turistico e il microsistema di tutela dei consumatori*

In Argentina l'attività turistica è regolata in modo frammentario, disperso, confuso e non coordinato da un insieme di disposizioni di diversa gerarchia (leggi, decreti, risoluzioni ministeriali, ecc.), natura (costituzionale, civile, commerciale, consumerista, amministrativa, tributaria, di diritto internazionale pubblico e privato, ecc.), portata (generale, speciale e singolare) e ambito di applicazione territoriale (nazionale, provinciale e municipale), appartenenti a periodi diversi e rispondenti a criteri diversi (alcuni dei quali più inclini alla difesa degli interessi delle imprese turistiche e altri più favorevoli alla tutela dei diritti dei turisti), costituendo così una regolamentazione di settore le cui caratteristiche più salienti sono la "pluralità" e la "multiscalarità"⁶. Tutto ciò ha un impatto negativo, sia sulla tutela effettiva dei diritti dei viaggiatori, sia sulla reale portata degli obblighi cui sono soggetti gli operatori turistici.

Tra le norme specifiche in materia, meritano di essere segnalate la

⁶ Come indica C.G. SOZZO, *La protección del turista como consumidor*, in G. STIGLITZ e C.A. HERNÁNDEZ (direttori), *Tratado de Derecho del consumidor*, t. II, Buenos Aires, 2015, pp. 786 e 787.

legge 18.828 del 1970 e il suo decreto regolamentare 1.818/1976, che disciplinano l'attività alberghiera; la legge 18.829 del 1970 e il suo decreto regolamentare 2.182/72, sull'attività degli agenti di viaggio; la legge 19.918 del 1972, con la quale l'Argentina ha aderito alla Convenzione internazionale sul contratto di viaggio sottoscritta a Bruxelles nel 1970 (che poi ha denunciato nel 2008⁷, ma che ha continuato ad essere citata dalla giurisprudenza argentina)⁸; la risoluzione 256/2000 della Segreteria di turismo della Nazione, che ha approvato il modello di condizioni generali di contratto per i servizi turistici; la legge 25.599 del 2002, che disciplina l'attività delle agenzie turistiche che forniscono a gruppi studenteschi servizi di viaggi di studio e pacchetti per classi di ultimo anno; la legge 25.643 del 2002, di tutela integrale delle persone con disabilità nel settore delle prestazioni di servizi turistici; la legge 25.651, del 2002, che impone l'obbligo di inserire nei biglietti e nei *voucher* la legenda che "in caso di inadempienza dell'operatore turistico con il servizio offerto e contrattato, ci si potrà rivolgere alla Segreteria di turismo della Nazione e/o alla Direzione nazionale di tutela del consumatore"; la legge Nazionale del Turismo nro. 25.997 del 2005; la legge 26.104 del 2006 sulla pubblicità turistica e la legge 26.356 del 2008 sulla regolamentazione del sistema turistico di multiproprietà⁹.

⁷ Questa Convenzione è stata ratificata dal Belgio, dall'Italia e dal Togo e hanno aderito ad essa solamente l'Argentina, il Benin e il Camerun. Lo scarso impatto che questa Convenzione ha avuto a livello internazionale e soprattutto il fatto che la maggior parte delle sue disposizioni non siano del tutto adeguate agli attuali standard di tutela del consumatore-turista costituirebbero il motivo della sua denuncia da parte del governo argentino nel 2008 (con validità dal 2009).

⁸ Così come osservato da K.M. BARREIRO e A.L. KOULINKA, *Relevamiento de los reclamos formales realizados por los viajeros en la Ciudad de Buenos Aires. Segundo informe, período 2014-2015*, in *Observatorio de derecho de turismo*, Buenos Aires, 2016, p. 55, che citano in tal senso la sentenza del 04/06/2015 della *Cámara Nacional Comercial*, sezione F, nel caso "Marta, Roberto Germán y otro c. Longueira & Longueira S.A." e le sentenze del 24/08/2015 della *Cámara Nacional Civil*, sezione A, nei casi "Meinel Von Tain y otro c. Juliá Tours S.A. y otro", "D'Angelo Roda de Spadea, Martha y otro c. Juliá Tours S.A. y otro" e "Palamedi Nazabal, María M. y otro c. Juliá Tours S.A. y otro".

⁹ A questa legislazione può aggiungersi, inoltre, la normativa sul cosiddetto

Inoltre, pur non riferendosi espressamente all'attività turistica, ad essa si devono considerare applicabili anche la legge 24.240 del 1993 sulla tutela dei consumatori e persino le norme del codice civile e commerciale del 2014 che disciplinano la teoria generale delle obbligazioni (artt. 746-955), dei contratti (artt. 957-1091) e la responsabilità civile (artt. 1708-1780), nonché quelle relative ai contratti di consumo (artt. 1902-1122), a quello d'opera e servizi (artt. 1251-1261 e 1278), al diritto reale di multiproprietà (artt. 2087-2102) e alla c.d. "servitù ricreativa" (art. 2162 *i.f.*).

Per la sistematizzazione e il coordinamento di tutte queste disposizioni, molte delle quali sono sconosciute non solo agli utenti dei servizi turistici ma anche agli operatori giuridici (il che spesso le rende lettera morta, anche se, come già detto, alcune di esse continuano ad essere invocate nonostante siano state abrogate), i criteri tradizionali per risolvere le "antinomie" non sono sempre sufficienti e/o adeguati (vale a dire applicare la norma gerarchicamente superiore, o quella speciale rispetto di quella generale o quella temporaneamente prioritaria), ma spesso si impone la necessità di istaurare un vero e proprio "dialogo tra le fonti" (soprattutto, come vedremo in seguito, tra la legislazione "speciale" del settore del turismo e la "singolare" di tutela del consumatore)¹⁰.

Ciò è chiaramente evidente in materia di qualificazione del contratto di viaggio, di cui si è molto discusso, con la conseguente incidenza sul regime ad esso applicabile. In generale la dottrina è concorde nel sostenere che si tratta di un "contratto atipico o innominato" (fatta salva la presenza di un alto grado di tipicità sociale), in quanto nel diritto

"turismo d'avventura" o "turismo attivo" delle Province di Catamarca (legge 5.007), Chubut (legge 4.804), Córdoba (legge 8.801), Entre Ríos (decreto 4.200), Jujuy (legge 6.041), La Rioja (legge 8.822), Mendoza (risoluzioni 279/94 e 492/96), Misiones (legge 3.736), Neuquén (risoluzione 138/05), Río Negro (legge 3.883), Salta (legge 7.045), San Juan (legge 7.184), San Luis (legge IX 1.065), Santa Cruz (decreto 3.772), Tierra del Fuego (legge 837), Tucumán (legge 9.142), ecc.

¹⁰ Sul c.d. "dialogo tra le fonti" nel diritto argentino si rinvia in generale, tra gli altri, a R.L. LORENZETTI, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho*, Santa Fe-Buenos Aires, 2008, pp. 77-103 e 249-276.

vigente esso non è particolarmente regolamentato (art. 970 cod. civ. e comm.)¹¹, considerando che la legislazione speciale applicabile ai servizi turistici si limita a disciplinare in materia contrattuale solo la forma del contratto e la responsabilità delle agenzie di viaggio (artt. 13 e 14 decreto regolamentare 2.182/72). In verità, questa figura negoziale fu, nel diritto argentino, temporaneamente caratterizzata da una certa tipicità giuridica mentre era in vigore nel paese la già citata Convenzione internazionale sul contratto di viaggio, la quale oltre a distinguere concettualmente le figure dell'“organizzatore” (art. 1.5) e dell'“intermediario” (art. 1.6) di viaggi, da un lato, e del “viaggiatore” (art. 1.7), dall'altro, ha disciplinato espressamente in due capitoli, come modalità del “contratto di viaggio” (art. 1.1), il “contratto di organizzazione di viaggio” (artt. 5-16) e il “contratto di intermediario di viaggio” (artt. 17-23); definendo il primo come “qualsiasi contratto con il quale una persona si impegna a procurare a un'altra persona, mediante un prezzo forfettario, un insieme di prestazioni combinate di trasporto, di soggiorno diverse dal trasporto o da altri servizi ad esso collegati” (art. 1.2); e il secondo come “ogni contratto per il quale una persona si impegna a procurare ad un'altra, mediante un prezzo, o un contratto di organizzazione di viaggi oppure una delle prestazioni isolate che consentono di effettuare un viaggio o un soggiorno qualsiasi” (art. 1.3).

Sebbene questa Convenzione non sia più in vigore in Argentina dal 2009, le categorie di soggetti e di contratti in essa regolamentate continuano ad essere utilizzate per cercare di tracciare i contorni del contratto di viaggio¹², anche se per determinare il regime ad esso applicabile si deve ora ricorrere ai criteri stabiliti dal codice civile e commerciale per i

¹¹ V., in generale, A.J. RINESI, *Protección del consumidor de servicios turísticos*, in S. PICASSO e R.A. VÁZQUEZ FERREYRA (direttori), *Ley de defensa del consumidor comentada y anotada*, t. II, Buenos Aires, 2009, p. 207; C.G. SOZZO, *La protección del turista como consumidor*, cit., p. 792; ID., *Los daños por incumplimiento del deber de información en el contrato de turismo*, in *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2015-3, p. 497; N.O. SILVESTRE, *El contrato de viaje y la ley del consumidor*, in *Revista de Derecho de Daños*, 2022-2, p. 94.

¹² In questo senso si possono vedere R.L. LORENZETTI, *Consumidores*, 2ª ed., Santa

contratti innominati. Ai sensi dell'art. 970, tali contratti "sono disciplinati, nel l'ordine seguente: a) dalla volontà delle parti; b) dalle norme generali relative ai contratti e alle obbligazioni; e) dagli usi e dalle pratiche del luogo di conclusione; [e] d) [dal]le disposizioni corrispondenti ai contratti designati connessi che sono compatibili e adeguate alla loro finalità". In questo senso, in considerazione del fatto che il suo oggetto consiste – come si è appena visto nelle definizioni trascritte – in una "opera intellettuale", il contratto tipico più affine è quello di "opera e servizi" (artt. 1251-1261)¹³. Questo regime è inoltre integrato con le norme corrispondenti alle obbligazioni di fare (artt. 1278 e 773-777), il che è particolarmente importante ai fini della determinazione della portata delle obbligazioni e dei doveri dell'operatore turistico e della responsabilità in caso di inadempimento¹⁴.

Inoltre, il contratto di viaggio è un "contratto formale" (art. 13 decreto 2.182/72), in quanto è richiesto che sia concluso per iscritto e che sia indicata, nel documento consegnato al viaggiatore, almeno la specificazione dei servizi da fornire, la data di prestazione, il prezzo e le condizioni di pagamento, i termini per la conferma o il recesso delle parti e le rispettive spese, rimborsi e indennizzi, nonché eventuali obblighi e responsabilità assunti dalle agenzie e dai loro clienti (anche se la loro inosservanza non ne condiziona né la sua validità né la sua efficacia)¹⁵.

Fe-Buenos Aires, 2009, pp. 386-396; C.G. SOZZO, *La protección del turista como consumidor*, cit., pp. 802-804; N.O. SILVESTRE, *El contrato de viaje y la ley del consumidor*, cit., p. 94.

¹³ V., ad es., C. TALE, *El contrato de viaje. Responsabilidad de las empresas de turismo por incumplimiento y por daño al viajero*, t. I, Buenos Aires, 2005, p. 168; R.L. LORENZETTI, *Consumidores*, cit., p. 388; N.O. SILVESTRE, *El contrato de viaje y la ley del consumidor*, cit., p. 98.

¹⁴ V., in questo senso, ancora una volta, C.G. SOZZO, *La protección del turista como consumidor*, cit., pp. 818-819; ID., *Los daños por incumplimiento del deber de información*, cit., p. 497.

¹⁵ La stessa disposizione prevede inoltre che qualsiasi modifica apportata a un contratto di servizi turistici debba essere effettuata per iscritto e con la firma di entrambe le parti, successivamente o in aggiunta al contratto originario. Un'altra formalità sarebbe la già citata legenda da inserire sui biglietti o *voucher* dalla legge 25.651 del 2002, con la quale si informa la clientela della possibilità di ricorrere – in caso di inadempimento

Alcuni autori precisano anche che si tratta di un “contratto d’impresa”¹⁶ che a volte può presentarsi come una rete di “negozi collegati” (artt. 1073-1075 cod. civ. e comm.)¹⁷, in particolare nei casi in cui interviene un operatore turistico organizzatore/grossista e un intermediario/dettagliante (v. paragrafo 4); e che generalmente adotta la modalità del “contratto per adesione a clausole generali predisposte” (artt. 984-989 cod. civ. e comm. e artt. 38 e 39 legge 24.240)¹⁸, il che ha costretto la Segreteria di turismo della Nazione a proporre, con la citata risoluzione 256/2000, un modello per alcune di esse (il quale, tuttavia, rimanda ancora alla legge abrogata 19.918 e non è sempre conforme all’attuale normativa consumerista).

In relazione a quest’ultima caratteristica va notato che il contratto di viaggio è anche considerato un “contratto di consumo”¹⁹, poiché è pienamente compreso nella definizione che di questa categoria contrat-

dell’operatore turistico – alla Segreteria di turismo della Nazione e/o alla Direzione nazionale di tutela del consumatore (art. 1), che deve essere redatta in lingua spagnola e inglese e indicare gli indirizzi e i numeri di telefono di entrambe le autorità (art. 2).

¹⁶ V., in questo senso, A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, *El contrato de turismo*, in *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, vol. 3, 1993, p. 117.

¹⁷ V., su quest’altro particolare, R.L. LORENZETTI, *Tratado de los contratos*, t. III, Santa Fe-Buenos Aires, 2000, p. 199; ID., *Consumidores*, cit., p. 381; E.M. PITA, *Los efectos de la conexidad contractual. Las responsabilidades (en las cadenas de comercialización, en los contratos de turismo y en el “leasing”)*, in *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2007-2, pp. 301 e 302; N.O. SILVESTRE, *El contrato de viaje*, cit., pp. 106-108.

¹⁸ Così si esprimono, tra gli altri, A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, *El contrato de turismo*, cit., p. 107; EAD., *El contrato de servicios turísticos*, in *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2005-2, p. 41; A.J. RINESI, *Protección del consumidor de servicios turísticos*, cit., p. 209.

¹⁹ V., ad es., con diverse sfumature, R.A. VÁZQUEZ FERREYRA, *Turismo y defensa del consumidor*, in *La Ley*, 1996-C-206; A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, *El contrato de turismo*, cit., p. 104; EAD., *El contrato de servicios turísticos*, cit., p. 28; R.L. LORENZETTI, *Tratado de los contratos*, cit., p. 119; ID., *Consumidores*, cit., pp. 382 e 387; A. BORDA, *El contrato celebrado con organizadores de viajes turísticos en un contrato de consumo*, in *La Ley*, 2003-B-213; C. TALE, *El contrato de viaje*, cit., pp. 269 e 281; C.G. SOZZO, *La protección del turista como consumidor*, cit., p. 792; ID., *Los daños por incumplimiento del deber de información*, cit., p. 497; N.O. SILVESTRE, *El contrato de viaje*, cit., pp. 108-116.

tuale dà l'art. 1093 del nuovo codice civile e commerciale, in cui esso è caratterizzato come "il contratto concluso tra un consumatore o un utente finale e una persona umana o giuridica che agisce a titolo professionale od occasionale, o con un'impresa fornitrice di beni o di servizi, pubblica o privata, che ha per oggetto l'acquisizione, uso o godimento di beni o servizi [in senso lato, comprensivi anche delle opere] da parte dei consumatori o degli utenti, per uso privato, familiare o sociale". Inoltre, ai sensi dell'art. 1 della legge 24.240, non vi sono dubbi circa lo status di "consumatore" del turista e di "fornitore" di servizi dell'operatore turistico, sia egli organizzatore o intermediario (anche per coloro che svolgono questa attività solo "occasionalmente", come potrebbe accadere con un sindacato, una parrocchia, un circolo sportivo, ecc.). Ancora, si deve tener conto del fatto che il turista è considerato un "subconsumatore" o "consumatore iper-vulnerabile", come definito nelle risoluzioni della Segreteria del commercio interno (dipendente dal Ministero dello sviluppo produttivo) nn. 139/2020 e 1015/2021 (artt. 2, lettera e), in ragione del fatto che egli si trova in una situazione di inferiorità, in quanto è generalmente lontano dal proprio luogo di residenza, magari senza la padronanza della lingua del luogo, senza poter ricorrere ad un professionista di fiducia presso il quale chiedere aiuto, ecc.²⁰.

È per tutte queste circostanze che al contratto di viaggio si ritengono applicabili anche le disposizioni dello statuto argentino di tutela del consumatore in materia di interpretazione (artt. 987 e 1095 cod. civ. e comm. e art. 37 legge 24.240), dovere d'informazione (art. 1100 cod. civ. e comm. e art. 4 legge 24.240), obbligazione di sicurezza e di tutela della salute (artt. 5 e 6 legge 24.240), offerta di servizi (art. 7 legge 24.240), pubblicità (artt. 1101-1103 cod. civ. e comm. e art. 8 legge 24.240), trattamento dignitoso, equo e non discriminatorio (artt. 1097 e 1098 cod. civ. e comm. e art. 8 bis legge 24.240), pratiche abusive (art. 1099 cod. civ. e comm.), mancata esecuzione da parte del fornitore dell'offerta

²⁰ Nello stesso senso, già R.A. VÁZQUEZ FERREYRA, *Turismo y defensa del consumidor*, in R.L. LORENZETTI e G.J. SCHÖTZ (coordinatori), *Defensa del consumidor*, Buenos Aires, 2003, p. 416.

o del contratto (art. 10 bis legge 24.240), dovere di eseguire le prestazioni alle stesse condizioni offerte o concordate (art. 19 legge 24.240), contratti conclusi a distanza e mediante l'uso di mezzi elettronici (artt. 1105-1106 cod. civ. e comm. e artt. 10 ter e quater legge 24.240), clausole abusive (artt. 1117-1122 cod. civ. e comm. e art. 37 legge 24.240), responsabilità solidale di tutte le parti della catena di commercializzazione per il danno derivante dalla prestazione del servizio (art. 40 legge 24.240), danno diretto (art. 40 bis legge 24.240), danni punitivi (art. 52 bis legge 24.240), ecc.

Nonostante ciò, in passato alcuni tribunali hanno sostenuto che il microsistema di tutela dei consumatori si applichi al contratto di viaggio solo in modo "sussidiario" al regime speciale previsto per il settore turistico (legge 18.829, decreto 2.182/72 e legge 19.918, oggi abrogata), ostacolando in questo modo l'effettiva tutela del consumatore. Così, in sede di decisione su quale fosse l'autorità competente per sanzionare le agenzie di viaggi per questioni connesse agli inadempimenti contrattuali nei servizi da esse forniti (se la Direzione nazionale di turismo, come indicato all'art. 1 decreto 2.182/72, o la Segreteria del commercio e degli investimenti, come indicato all'art. 41 legge 24.240) la maggioranza della sezione I della *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal* ha optato per la prima opzione²¹; considerando che, sebbene in linea di principio nulla impedisca l'applicazione della legge 24.240 all'ambito dei contratti di viaggio, il quadro normativo ap-

²¹ Un certo coordinamento tra le due autorità di applicazione, ciascuna nei rispettivi ambiti di competenza, è stato invece proposto nel voto dissenziente del giudice Bernardo Licht e, nell'ambito legislativo, dalla legge 25.599 del 2002, sui viaggi di studenti (art. 10), dalla legge 25.651 del 2002, che impone il dovere di incorporare alcune legende informative nei biglietti e nei *voucher* (art. 1), e dalla legge 26.356 del 2008, che disciplina il sistema turistico di multiproprietà (art. 5). Questa stessa soluzione è stata adottata anche dalla sentenza della sezione I della *Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario* di Buenos Aires, pronunciata il 12/11/2003, nella causa "Eves S.A. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires" (vd. *La Ley*, Buenos Aires, 2004-B-770), anche se in questo caso il conflitto di competenze coinvolgeva l'Autorità aeronautica e l'Autorità di applicazione della legge 24.240.

plicabile in via prioritaria all'attività turistica – per motivi di specialità – è quello stabilito dalla legge 18.829 e norme complementari. Ciò non pregiudica il fatto che per i casi e le situazioni non previsti da questa normativa specifica in materia di difesa dell'utente del servizio turistico si possa ricorrere in modo “suppletivo”, per colmare tale vuoto, al regime singolare di tutela del consumatore (applicando così, analogicamente, quanto previsto dall'art. 25, ultimo comma, legge 24.240 in materia di servizi pubblici domiciliari)²².

Attualmente non sussistono dubbi circa l'applicazione “diretta” e per via “principale” del cosiddetto statuto del consumatore (artt. 1902-1122 cod. civ. e comm. e legge 24.240 e norme complementari) al contratto di viaggio (anche se in nessuna delle sue disposizioni venga espressamente menzionato)²³, anche in relazione ai pochi aspetti disciplinati dal regime speciale applicabile all'attività turistica e, soprattutto, quando quest'ultima risulta incompatibile con la tutela del contraente debole (avendosi così invertito, in un certo senso, l'ordine di priorità normativo suggerito dalla citata decisione giudiziaria). Ad onor del vero, già dagli anni Ottanta del secolo scorso il diritto privato argentino cominciò ad essere attraversato da un nuovo criterio ermeneutico, il

²² Sentenza pronunciata il giorno 8/07/1999 nella causa “Sabor Tour S.A. c. Secretaría de Comercio e Industria” (vd. *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2000-I-429). Lo stesso tribunale ha ribadito tale interpretazione in un'altra sentenza del 19/07/2001, pronunciata nella causa “Ven Operadores Turísticos S.R.L. c. Secretaría de Comercio e Industria” (vd. *La Ley*, Buenos Aires, 2002-C-368). Per un'analisi critica di tali decisioni si rinvia a R.A. VÁZQUEZ FERREYRA, *Derecho del consumidor y usuario de servicios turísticos*, in *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2001, pp. 242-246; ID., *Turismo y defensa del consumidor*, cit., pp. 417-422.

²³ Nella dottrina argentina si sono pronunciati in questo stesso senso, tra gli altri, R.A. VÁZQUEZ FERREYRA, *El turismo y la tutela de los consumidores*, in *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2003, p. 308; C.A. ECHEVESTI, *La responsabilidad del intermediario en contratos de turismo*, in *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2004, p. 410; C.G. SOZZO, *La protección del turista como consumidor*, cit., pp. 791-794; ID., *Los daños por incumplimiento del deber de información*, cit., p. 498; N.O. SILVESTRE, *El contrato de viaje*, cit., p. 109.

*favor debilis*²⁴, di cui una delle manifestazioni più significative è stata l'adozione nel 1993 della legge 24.240 sulla tutela dei consumatori. Quest'ultima materia ha poi ricevuto, con la riforma della costituzione nazionale del 1994, riconoscimento costituzionale (art. 42)²⁵, il che ha avuto un impatto trasversale sull'intero ordinamento giuridico, ed è stata successivamente rafforzata dalle disposizioni introdotte dalla legge 24.787 del 1997, dalla legge 24.999 del 1998 e dalla legge 26.361 del 2008²⁶ e, infine, con la ri-codificazione del 'nocciolo duro' del diritto del consumatore nel codice civile e commerciale della Nazione Argentina del 2014²⁷.

Tutto ciò ha portato gradualmente ad un riesame dei rapporti esistenti tra i due regimi, poiché non si tratta semplicemente della collisione di due legislazioni speciali o di una speciale e di un'altra generale, ma di una "legislazione speciale" di data anteriore (che risponde a criteri di politica legislativa superati), e di una "legislazione singolare" (cioè che costituisce un vero e proprio "microsistema" con propri principi e regole interpretative)²⁸, di data posteriore (che risponde ad una nuova realtà) e che è anche la derivazione di un diritto con rango costituzionale. In

²⁴ Come avevano raccomandato *de lege ferenda* le X Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Corrientes, 1985).

²⁵ A questo proposito si rinvia, in generale, a G. STIGLITZ, *La constitucionalización del Derecho del Consumidor. La experiencia argentina*, in G. STIGLITZ e C.A. HERNÁNDEZ (direttori), *Tratado de Derecho del Consumidor*, t. I, Buenos Aires, 2015, pp. 225-230.

²⁶ Sulle due prime leggi si veda, in generale, S. PICASSO e J.H. WAJNTRAUB, *Las Leyes 24.787 y 24.999 consolidando la protección del consumidor*, in *Jurisprudencia Argentina*, 1998-IV, pp. 752-775.

²⁷ Mi sono occupato della portata di quest'ultima operazione, con maggiore attenzione, in *Significado y consecuencias de la unificación de la legislación civil y comercial en el nuevo Código argentino*, in R. CARDILLI e D.F. ESBORRAZ (a cura di), *Nuovo codice civile argentino e sistema giuridico latinoamericano*, Milano, 2017, pp. 116 e 117 e *Recodificación y unificación del derecho patrimonial en el nuevo Código civil y comercial argentino*, in M.A. CIURO CALDANI e N.L. NICOLAU (direttori), S.A. FRUSTAGLI (coordinatore), *Derecho privado del siglo XXI*, t. I, Buenos Aires, 2019, pp. 111 e 112.

²⁸ Con il significato che gli attribuisce N. IRTI, *L'età della decodificazione*, 4ª ed., Milano, 1999, pp. 36-39.

realtà, un simile criterio era già stato previsto dalla Convenzione internazionale sul contratto di viaggio, il cui articolo 2.2 prevedeva che le sue regole sarebbero state applicate “fatte salve le legislazioni speciali che prevedono disposizioni più favorevoli a talune categorie di turisti”. Le chiavi per risolvere il suddetto conflitto normativo ce le fornisce ora il nuovo codice civile e commerciale argentino, il quale all’art. 1 dispone che “[i] casi disciplinati da questo codice devono essere risolti secondo le leggi ad essi applicabili, in conformità con la costituzione nazionale e i trattati sui diritti umani di cui la Repubblica è parte. A tal fine, si tiene conto dello scopo della norma” e all’art. 1094 stabilisce che “[l]e norme che disciplinano i rapporti di consumo devono essere applicate e interpretate conformemente al principio di protezione del consumatore e dell’accesso al consumo sostenibile. In caso di dubbi sull’interpretazione del presente codice o delle leggi speciali, prevale la più favorevole al consumatore”²⁹ (nello stesso senso dell’art. 3 legge 24.240)³⁰.

Da questo punto di vista è chiaro che entrambi i complessi normativi devono essere applicati in modo integrato, limitando l’ambito di applicazione della legislazione speciale del settore del turismo alla regolamentazione e al controllo previo dell’operatore turistico, in particolare per quanto riguarda gli aspetti amministrativi³¹, e cedendo il passo al

²⁹ Anche a questa stessa *ratio* risponde l’ultimo comma dell’articolo 7 del codice civile e commerciale, nel quale viene addirittura esplicitamente lasciato da parte il criterio tradizionale di soluzione delle antinomie basato sulla “temporalità”, poiché si dispone che “[l]e nuove leggi suppletive non devono essere applicate ai contratti in corso di esecuzione, ad eccezione delle norme più favorevoli al consumatore nei rapporti di consumo”.

³⁰ La legge 26.361 del 2008 ha aggiunto un terzo comma all’art. 3 legge 24.240, in base al quale “[i] rapporti di consumo sono disciplinati dal regime stabilito in questa legge e dai suoi regolamenti, fermo restando che al fornitore, per l’attività che svolge, si applichi anche un’altra normativa specifica”. Nel settore in esame, una disposizione analoga conteneva già la legge 25.599 del 2002, relativa ai viaggi di studenti, in base alla quale “[f]atte salve le disposizioni della presente legge, nei rapporti di consumo che ne derivano si applicano la legge 24.240 e le norme complementari” (art. 11).

³¹ Come, ad es., tutto ciò che riguarda i requisiti di idoneità, capacità, onorabilità e solvenza (art. 2 legge 18.829) richiesti per il rilascio della licenza corrispondente e per

microsistema di tutela del consumatore per quanto riguarda il contratto di viaggio e la tutela dei diritti del turista³². Solo in questo modo il mandato costituzionale di cui all'art. 42 della legge fondamentale argentina diventa efficace.

3. *La responsabilità dell'operatore turistico (organizzatore/grossista e intermediario/dettagliante). Evoluzione*

La determinazione della natura del contratto di viaggio e in particolare della sua qualificazione come contratto di consumo incide direttamente sul regime applicabile alla responsabilità dell'operatore turistico. È proprio in questo ambito che la legislazione speciale sull'attività turistica e le disposizioni del microsistema di tutela dei consumatori si sono rivelate più distanti. Così, secondo il primo gruppo di norme, si dovrebbe distinguere tra la figura dell'organizzatore o del *tour operator* (che di solito svolge la funzione di grossista) e quella dell'intermediario o dell'agenzia di viaggi (che agisce come dettagliante o rivenditore)³³, poiché la portata della responsabilità per l'inadempimento delle obbligazioni essenziali del contratto di viaggio non è la stessa per l'uno e per l'altro³⁴.

l'iscrizione nel Registro delle agenzie di viaggi (art. 1.f legge 18.829 e artt. 5 e 8 decreto 2.182/72), nonché per essere titolare di un'agenzia di viaggi (art. 7 decreto 2.182/72), per la costituzione di un fondo di garanzia (art. 6 legge 18.829 e art. 6 decreto 2.182/72) e per l'applicazione del regime di sanzioni (art. 10-25 legge 18.829), disposizioni che mirano principalmente ad assicurare il buon funzionamento delle imprese turistiche e che solo in alcuni casi e in modo indiretto tutelano il turista.

³² In questo stesso senso si veda, ancora, C.A. ECHEVESTI, *La responsabilidad del intermediario*, cit., pp. 412-413; C.G. SOZZO, *La protección del turista como consumidor*, cit., p. 797; ID., *Los daños por incumplimiento del deber de información*, cit., pp. 497 e 498.

³³ Il decreto 2.182/72 chiama la prima figura professionale "Imprese di Viaggio e Turismo" (art. 4.a) e la seconda figura "Agenzie di Turismo" (art. 4.b) o "Agenzia di Biglietti" (art. 4.c), se sono soltanto autorizzate ad agire nella prenotazione e nella vendita di biglietti.

³⁴ In proposito, A.J. RINESI, *Protección del consumidor de servicios turísticos*, cit., p. 244; C.G. SOZZO, *La protección del turista como consumidor*, cit., p. 804.

Infatti, la denunciata Convenzione internazionale sul contratto di viaggio aveva riconosciuto all'organizzatore, in caso di inadempimento totale o parziale delle sue obbligazioni organizzative, una responsabilità di base soggettiva con presunzione di colpa, giacché gli si consentiva di esimersi dimostrando di aver agito come un diligente organizzatore di viaggi (art. 13.1); mentre, nei confronti dell'intermediario, aveva previsto un regime di responsabilità per le mancanze commesse nell'esecuzione delle sue obbligazioni di intermediazione ancora più favorevole, in quanto essa non soltanto era di natura soggettiva, ma anche senza presunzione di colpevolezza (art. 22.1) e lo esonerava dalla responsabilità per l'inadempimento totale o parziale dei viaggi, soggiorni o altri servizi oggetto del contratto di viaggio (art. 22.3), in considerazione del fatto che il contratto da lui stipulato con l'organizzatore o con persone che forniscono servizi isolati era considerato come concluso direttamente dal viaggiatore (art. 17)³⁵. Inoltre, per quanto riguarda l'entità del risarcimento, la stessa convenzione ha stabilito per entrambe le categorie di soggetti una responsabilità di tipo limitato o tariffario (artt. 13.2 e 22.2)³⁶, come la maggior parte dei risarcimenti riconosciuti nell'ambito del diritto internazionale. Tali esoneri di responsabilità e limitazioni dei risarcimenti potevano essere escluse solo quando il viaggiatore provasse una colpa commessa dall'organizzatore o dall'intermediario, o dai suoi dipendenti o agenti (artt. 12 e 21) con l'intento di provocare il danno o in modo tale da comportare un deliberato disprezzo o una inescusa-

³⁵ La stessa convenzione aveva tuttavia stabilito che, affinché tale limitazione della responsabilità operasse, era necessario che il contratto menzionasse sia il nome e l'indirizzo dell'organizzatore del viaggio, sia quelli dell'intermediario, e l'indicazione esplicita che quest'ultimo agiva in qualità di intermediario del primo (artt. 18.1 e 19.2). A questa stessa conclusione si potrebbe arrivare oggi, dopo la denuncia della Convenzione, se l'intermediario si presenta al cliente senza chiarire il suo ruolo, nel qual caso contrae le obbligazioni proprie dell'organizzatore in applicazione della teoria dell'apparenza giuridica (come avevano già sostenuto C. TALE, *El contrato de viaje*, cit., t. II, p. 806; R.L. LORENZETTI, *Consumidores*, cit., p. 395).

³⁶ Questi massimali sono stati criticati da C. CAPALDO DE NOLFI, *Las agencias de viajes y turismo y su relación con el derecho aeronáutico*, in *El Derecho*, vol. 132, 1989, p. 964.

bile ignoranza delle conseguenze risarcibili (art. 27.1)³⁷. Un regime di responsabilità con queste caratteristiche era molto svantaggioso per il viaggiatore, poiché scaricava su di lui tutti i rischi tipici dell'attività turistica che secondo l'equità e la buona fede dovrebbero essere sopportati dall'operatore turistico e non dal consumatore.

In linea con le suddette previsioni, il decreto 2.182/72 (regolamentare della legge 18.829 ed ancora in vigore) aveva già disposto che gli operatori turistici sono "esentat[i] da qualsiasi responsabilità nei confronti dell'utente, non esistendo colpa, dolo o negligenza da parte loro, qualora siano intermediari tra le imprese di servizi e suddetti utenti, a condizione che tali imprese, nello svolgere la loro attività, siano soggette ad un regolamento o legislazione adottati dall'autorità competente, che stabilisca le modalità di contrattazione tra queste imprese e gli utenti" (art. 14)³⁸. Nonostante il suo tenore letterale, da qualche tempo una parte della dottrina argentina ha proposto di interpretare questa norma in un senso più conforme alla protezione del viaggiatore, intendendo che nel modo in cui è enunciata l'esenzione ("sono esentati [...] non esistendo colpa") si potrebbe dedurre che la legge non ha imposto in modo esplicito e categorico l'onere della dimostrazione della colpa in capo al danneggiato richiedente poiché, se così si fosse voluto, la formulazione si sarebbe concretizzata in una chiara sintassi ("le imprese sono responsabili quando fosse provata la loro colpa"). Dunque, trattandosi di un caso di responsabilità contrattuale, per il quale – secondo il crite-

³⁷ Sulla questione si rinvia, ancora una volta, a A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, *El contrato de turismo*, cit., pp. 131-134; EAD., *El contrato de servicios turísticos*, cit., pp. 35 e 39; R.L. LORENZETTI, *Tratado de los contratos*, cit., pp. 218-219; ID., *Consumidores*, cit., pp. 394-397 e 404-406; C.A. ECHEVESTI, *La responsabilidad del intermediario*, cit., pp. 410 e 411; A.J. RINESI, *Protección del consumidor de servicios turísticos*, cit., pp. 235-237 e 241-245; C.G. SOZZO, *La protección del turista como consumidor*, cit., pp. 803-805; N.O. SILVESTRE, *El contrato de viaje*, cit., pp. 96, 100 e 101.

³⁸ Questa disposizione potrebbe addirittura essere tacciata di incostituzionalità, in quanto un decreto regolamentare non può introdurre un regime speciale di responsabilità non previsto dalla rispettiva legge regolamentata e in deroga al diritto comune vigente.

rio tradizionale – provato il contratto e l'inadempimento da parte del creditore, sarebbe onere del debitore – in questo caso l'intermediario – dimostrare che da parte sua non vi è stata colpa³⁹.

Nonostante quest'ultima interpretazione, come è facile intuire, tutte le disposizioni in questione risultano svantaggiose per il viaggiatore; il quale, nella maggior parte dei casi – per far valere i propri diritti – dovrebbe dimostrare la colpa dell'intermediario o citare direttamente in giudizio l'organizzatore o il fornitore diretto del servizio, i quali, pur essendo generalmente più solvibili, di solito sono lontani dalla residenza abituale del turista⁴⁰. Per questo motivo la suddetta normativa speciale deve oggi essere sottoposta, anche in materia di responsabilità dell'operatore turistico, ad una profonda rilettura alla luce non solo dello statuto del consumatore ma anche del nuovo codice civile e commerciale argentino, poiché entrambi i corpi normativi si dimostrano indubbiamente più conformi alla tutela del contraente debole⁴¹. Da questo punto di vista non sussistono dubbi oggi circa: i) la natura oggettiva della responsabilità dell'operatore turistico, sia esso organizzatore o intermediario, ii) il carattere solidale delle obbligazioni assunte da loro e di quelle dei prestatori diretti dei servizi, iii) l'onere della prova delle esimenti di responsabilità in capo ai convenuti e iv) la riparazione integrale del danno subito dal viaggiatore.

Infatti, la qualifica dell'organizzatore e dell'intermediario di viaggi come fornitori di un servizio e quella del viaggiatore come consumatore comporta necessariamente un cambiamento di approccio rispetto alla natura della responsabilità dei primi in caso di inadempimento delle obbligazioni assunte in base al contratto di viaggio. Così, essendo questo un contratto di consumo (v. paragrafo 2), le obbligazioni assunte dal

³⁹ Vedi, in questo senso, C.A. ECHEVESTI, *La responsabilidad del intermediario*, cit., pp. 413 e 414.

⁴⁰ Come osserva A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, *El contrato de turismo*, cit., pp. 131 e 132.

⁴¹ V., tra gli altri, A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, *El contrato de servicios turísticos*, cit., p. 39; A.J. RINESI, *Protección del consumidor de servicios turísticos*, cit., p. 211; N.O. SILVESTRE, *El contrato de viaje*, cit., pp. 98 e 104-119.

fornitore devono essere considerate come obbligazioni di risultato, per cui la loro frustrazione costituisce un'ipotesi di responsabilità oggettiva (art. 1723 cod. civ. e comm.) e quindi il criterio di attribuzione non è più quello soggettivo previsto dalla legislazione speciale del settore turistico ma si identifica con un altro di natura oggettiva, tipico del diritto del consumatore (ad es. la garanzia o la sicurezza), nel qual caso il responsabile si libera solo provando la causa altrui (art. 1722 cod. civ. e comm.). Ciò è quanto risulta dall'articolo 10 bis legge 24.240 (testo introdotto nel 1997 dalla legge 24.787), secondo cui l'inadempimento del contratto da parte del fornitore autorizza il consumatore a richiedere – a sua discrezione – l'adempimento forzato dell'obbligazione, la prestazione di un servizio equivalente o la risoluzione del contratto, “salvo caso fortuito o forza maggiore”⁴². Questo ragionamento appare indiscutibile nei confronti dell'organizzatore di viaggi, il quale si obbliga a procurare al viaggiatore il risultato efficace promesso (art. 774.c cod. civ. e comm.), consistente nell'organizzare il viaggio in modo che funzioni correttamente in tutte le sue parti; esso può essere esteso senza esitazione all'intermediario, il quale anche si obbliga a procurare al turista un certo risultato concreto frutto della sua attività di intermediazione (con un organizzatore o con un fornitore isolato), anche se lo fa indipendentemente dalla sua efficacia (art. 774.b cod. civ. e comm.)⁴³.

L'inquadramento del contratto di viaggio nell'ambito dello statuto di tutela del consumatore e della nuova normativa del codice civile e commerciale argentino incide, anche, sul carattere concorrente della responsabilità di tutti i soggetti coinvolti nella sua esecuzione (artt. 850-852 cod. civ. e comm.). Così, se si tratta di un danno subito dal viaggiatore a causa del mancato adempimento del complesso di prestazioni

⁴² V., in generale, A.A. ALTERINI, *Contratos civiles – comerciales – de consumo. Teoría general*, Buenos Aires, 1998, pp. 597-600.

⁴³ V., con diverse sfumature, C.A. ECHEVESTI, *La responsabilidad del intermediario*, cit., pp. 413 e 414; A.J. RINESI, *Protección del consumidor de servicios turísticos*, cit., pp. 247 e 248; C.G. SOZZO, *Los daños por incumplimiento del deber de información*, cit., pp. 507 e 508; N.O. SILVESTRE, *El contrato de viaje*, cit., pp. 97-104.

che costituisce l'oggetto del contratto di viaggio (in qualsiasi delle sue modalità), tale responsabilità potrebbe fondarsi sull'art. 732 cod. civ. e comm. che sancisce il "principio di equiparazione", secondo il quale il debitore è responsabile non solo per il proprio fatto ma anche per quello delle persone di cui si avvale per l'esecuzione dell'obbligazione, il che consentirebbe di ritenere l'operatore/grossista responsabile per l'inadempimento delle persone o delle imprese che utilizza per la fornitura dei servizi che costituiscono il viaggio, nonché responsabile per l'inadempimento dell'intermediario/dettagliante o rivenditore che utilizza per immettere il prodotto sul mercato; e di affermare anche la responsabilità di quest'ultimo per quanto riguarda le inadempienze dei primi (trattandosi, in questo caso, di una sorta di applicazione ascendente del suddetto principio)⁴⁴. Un risultato analogo si potrebbe ottenere, inoltre, ricorrendo all'applicazione degli artt. 1073-1075 dello stesso codice, i quali regolano gli effetti del fenomeno del collegamento contrattuale, in considerazione del fatto che – come si è visto al paragrafo 2 – l'operatore turistico (organizzatore o intermediario) e i diversi fornitori di servizi configurano una complessa rete contrattuale o un'unione di contratti nei confronti del viaggiatore, vincolati tra loro da una finalità comune, in modo che ognuno di essi sia da considerare determinante nei confronti degli altri per il raggiungimento del risultato perseguito (consistente, in questo caso, nel buon svolgimento del viaggio)⁴⁵. Se, invece, il danno al turista risulta dal vizio o dal rischio della cosa impiegata o della prestazione del servizio (come nel caso, ad es., del danno subito da un viaggiatore a causa di lesioni fisiche causate da un incidente mentre era trasportato in adempimento del contratto) occorre applicare

⁴⁴ A tale proposito si rinvia, ancora una volta, a N.O. SILVESTRE, *El contrato de viaje*, cit., pp. 104-106.

⁴⁵ Su quest'altro particolare si vedano C. ECHEVESTI e N.O. SILVESTRE, *Responsabilidad civil de las agencias de viajes. Contratos turísticos*, Buenos Aires, 2006, p. 22; E.M. PITA, *Los efectos de la conexidad contractual*, cit., pp. 306 e 307 e, ancora, N.O. SILVESTRE, *El contrato de viaje*, cit., pp. 106-108, che informa che questa idea è stata recentemente recepita dalla sentenza del 19/04/2021 della *Cámara Nacional Comercial*, sezione A, nel caso "Liborio Erena c. Miranda, Natalia Soledad y otro".

l'art. 40 legge 24.240 (testo secondo la legge 24.999 del 1998) che rende responsabili solidalmente (*rectius*: concorrentemente), in base al dovere di integrità e all'obbligazione di sicurezza che incombe al fornitore nel rapporto di consumo (artt. 5 e 6 legge 24.240), tutti i membri della catena di commercializzazione (a meno che non dimostrino che la causa del danno non è a loro imputabile)⁴⁶.

Ora, il carattere oggettivo della responsabilità dei fornitori nei confronti del consumatore, e la natura concorrente dell'obbligazione di risarcire il danno causato al viaggiatore a seguito dell'inadempimento dei diversi soggetti impegnati nella buona riuscita del viaggio, impone a questi ultimi l'*onus probandi* delle circostanze esonerative in considerazione del fatto che la prova di esse spetta – in linea di principio – a chi le invoca (artt. 1734 e 1736 cod. civ. e comm.). Alla stessa conclusione si potrebbe giungere se si ritenesse che l'art. 14 decreto 2.182/72 preveda un'eccezione a questa regola nei confronti dell'intermediario, poiché lo stesso codice civile e commerciale autorizza sempre il giudice a ripartire l'onere della prova della colpa del convenuto, o del fatto che quest'ultimo abbia agito con la dovuta diligenza, ponderando quale delle parti è nella posizione migliore per fornirla (art. 1735), la quale senza dubbio è quella professionale⁴⁷. Inoltre, non sono conciliabili con il nuovo regime

⁴⁶ V., anche in questo senso, N.O. SILVESTRE, *El contrato de viaje*, cit., pp. 111-117, che cita a sostegno due sentenze della sezione F della *Cámara Nacional Comercial*, del 19/02/2015 nel caso “Palermo, Miguel Eduardo c. Assit Card Argentina S.A.” (che ha ritenuto l'organizzatore e l'intermediario responsabili delle fratture subite da un viaggiatore che era scivolato sul pavimento umido dell'hotel in cui alloggiava) e del 25/02/2016 nel caso “Martitegui, María José y otro c. Asatej S.R.L.” (che ha fatto rispondere l'organizzatore e il vettore, contrattato dal primo, dei danni subiti dal viaggiatore per il ribaltamento del pullman su cui viaggiava), nonché la sentenza del 14/12/2017 della *Cámara Nacional Civil*, sezione M, nel caso “González Espinoza, Anabella y otro c. Turismo Estrella Cóndor S.A.” (che ha ritenuto responsabili l'organizzatore del viaggio e il gestore di una stazione sciistica, da lui contrattato, dei danni subiti da un viaggiatore per la caduta dagli sci).

⁴⁷ Già prima dell'entrata in vigore del codice civile e commerciale argentino si era pronunciato in tal senso C.A. ECHEVESTI, *La responsabilidad del intermediario*, cit., pp. 413 e 414, sulla base della c.d. “teoria dell'onere probatorio dinamico”, ampiamente diffusa

applicabile al contratto di viaggio i limiti generalmente imposti all'importo degli indennizzi nell'ambito del diritto internazionale, potendo il turista richiedere il risarcimento dei danni causati dall'inadempimento dell'offerta o del contratto (art. 10 bis legge 24.240) in forma piena o integrale, comprensivo sia delle conseguenze patrimoniali che di quelle non patrimoniali (artt. 1737, 1740 e 1741 cod. civ. e comm.). Infine, a prescindere da tali indennizzi, il viaggiatore, in quanto consumatore, potrebbe anche reclamare il cosiddetto "danno punitivo", il cui riconoscimento sarà lasciato alla decisione del giudice e il suo importo sarà graduato in funzione della gravità del fatto e delle altre circostanze del caso (art. 52 bis legge 24.240 introdotto dalla legge 26.261 del 2008).

4. *La rilevanza del dovere d'informazione nel contratto di viaggio e le conseguenze del suo inadempimento*

La complessità delle obbligazioni assunte dall'operatore turistico si integra inoltre con il dovere d'informazione, tipico della contrattazione con il consumatore, che impone al professionista di dare notizie al viaggiatore su tutte le circostanze rilevanti del viaggio e del relativo contratto (trasporto, itinerario, soggiorno, prezzo e modalità di pagamento, documentazione necessaria per il viaggio, cause di modifica o cessazione del contratto, se agisce come organizzatore o intermediario e, in quest'ultimo caso, chi è l'organizzatore, ecc.)⁴⁸.

nel diritto argentino (v., in generale, J.W. PEYRANO e J.O. CHIAPPINI, *Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*, in *El Derecho*, t. 107, Buenos Aires, 1984, pp. 1005-1007; D.F. ESBORRAZ, M. FRESNEDA SAIEG e C.A. HERNÁNDEZ, *El impacto de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas en la teoría del contrato*, in *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario*, vol. 2, 1998, pp. 91-107).

⁴⁸ V., tra gli altri, A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, *El contrato de servicios turísticos*, cit., pp. 44-46; R.L. LORENZETTI, *Tratado de los contratos*, cit., pp. 204-206; ID., *Consumidores*, cit., pp. 390-392; A.J. RINESI, *Protección del consumidor de servicios turísticos*, cit., pp. 212-216; C.G. SOZZO, *La protección del turista como consumidor*, cit., pp. 801-803; ID., *Los daños por incumplimiento del deber de información*, cit., pp. 498, 499 e 500-503; ID., *La proliferación*

Si tratta di un dovere che deriva direttamente dal principio di buona fede e più precisamente dalla sua funzione integrativa del contratto (artt. 9, 729, 961 e 991 cod. civ. e comm.), che trova applicazione concreta nella regolamentazione del contratto d'opera e servizi (art. 1256.b cod. civ. e comm.) e che raggiunge uno sviluppo particolare nell'ambito dei contratti di consumo (art. 1100 cod. civ. e comm. e art. 4 legge 24.240), dove ha anche un fondamento costituzionale (art. 42 cost.). In base a tale normativa, le informazioni fornite dall'operatore turistico al viaggiatore devono essere adeguate, esatte o veritiere e dettagliate per quanto riguarda le caratteristiche essenziali dei servizi forniti, le condizioni di commercializzazione e ogni altra circostanza rilevante per il contratto. Inoltre, tali informazioni dovrebbero essere sempre gratuite per il consumatore e fornite su supporto fisico, con la chiarezza necessaria per consentirne la comprensione. La comunicazione su tale supporto può essere sostituita solo se il consumatore o l'utente sceglie espressamente di utilizzare qualsiasi altro mezzo di comunicazione alternativo messo a disposizione dal fornitore.

Questa regolamentazione è integrata dalle disposizioni contenute nella legislazione speciale applicabile al settore turistico. È il caso, ad esempio, della risoluzione 256/2000 della Segreteria di turismo della Nazione, che ha approvato il modello di condizioni generali di contratto per i servizi turistici, in cui si stabilisce che "in caso di vendita esclusiva per via elettronica o con sistemi di prenotazione, deve essere prevista la conoscenza e l'accettazione da parte dei passeggeri delle condizioni generali di contratto prima della prenotazione" (art. 5); della legge 25.643, che disciplina il sistema di protezione integrale dei viaggiatori disabili e che prevede l'obbligazione di dare informazione "alle persone con mobilità e/o comunicazione ridotte e/o gruppo familiare e/o accompagnatore sugli inconvenienti e gli impedimenti che potrebbero incontrare nella pianificazione di un viaggio che ne ostacolerebbero la loro integrazione fisica, funzionale o sociale" e, a sua volta, l'obbligazio-

ne di comunicare ai fornitori di servizi turistici “ai fini dell’adozione delle misure da esse richieste” (art. 3); della legge 26.104 sulla pubblicità a fini turistici, che impone a coloro che utilizzano “immagini che espongono attrazioni turistiche, con qualsiasi mezzo, di indicare la denominazione dell’attrazione e della località riprodotta, seguita dalla provincia cui appartiene”, requisiti che “si estendono a qualsiasi informazione la cui omissione possa indurre in errore, inganno o confusione circa l’origine del sito turistico offerto” (art. 1) e della legge 26.356 sulla multiproprietà, che stabilisce che gli “imprenditori, amministratori, venditori, rivenditori e reti di scambio devono fornire, con certezza e obiettività, informazioni veritiere, efficaci e sufficienti, sulle caratteristiche dei beni che compongono il sistema turistico di multiproprietà e delle prestazioni che offrono, specificando il tipo e la portata dei diritti che sono trasferiti o costituiti, a seconda dell’attività in questione, e le altre condizioni di commercializzazione” (art. 26).

Nel contratto di viaggio, questo dovere che permea l’intero *iter* contrattuale (anche se acquista maggiore importanza al momento delle trattative precontrattuali), impone inoltre al fornitore il dovere di prestare consulenza e consiglio (o sconsigliare)⁴⁹ sulle varie circostanze del *tour* e anche di avvertimento sui rischi che il viaggio potrebbe comportare (il che generalmente ha carattere strumentale rispetto al dovere di sicurezza previsto dagli artt. 5 e 6 legge 24.240)⁵⁰. Tutti questi sono doveri

⁴⁹ In questo senso, in una sentenza del 20/09/2002 della *Cámara Nacional Comercial*, sezione C, nel caso “Fontanellaz, Marta c. Furlong Empresa de Viajes y Turismo S.A.”, un’impresa di viaggi e turismo è stata ritenuta responsabile “dei danni causati a un viaggiatore in quanto non l’ha informato della necessità di un visto per entrare in un paese incluso nel percorso contrattato, [ritenendosi che] le clausole accessorie del contratto, secondo cui l’operatore turistico era esonerato da responsabilità se il passeggero non fosse in possesso della documentazione in regola, devono essere subordinate alle obbligazioni principali assunte dall’impresa turistica, quali consulenza, collaborazione e controllo rispetto a tutti i documenti e le pratiche personali a carico del viaggiatore che sono indispensabili per effettuare il *tour* concordato” (in *La Ley*, 2003-B-215).

⁵⁰ Per quanto riguarda questi altri adempimenti del dovere di informazione, si rinvia, in generale, a D.A. CHAMATROPULOS, *Impacto del Código Civil y Comercial en la*

che impongono un risultato, quindi il loro inadempimento costituisce anche un'ipotesi di responsabilità oggettiva, a meno che l'operatore turistico non dimostri una causa estranea (caso fortuito o forza maggiore, colpa della vittima o di un terzo per il quale non deve rispondere). A sua volta, tale inadempimento può avere i seguenti effetti: i) che il viaggio non possa essere iniziato o che, una volta iniziato, non possa essere fruito in modo assoluto (inadempimento totale); ii) che la fruizione riguardi più o meno tutti gli elementi del viaggio ma in modo insufficiente (inadempimento parziale o difettoso)⁵¹.

La giurisprudenza argentina ha avuto occasione di risolvere un caso interessante in cui l'operatore turistico è stato ritenuto responsabile per il mancato rispetto del dovere d'informazione che si è tradotto in un grave inadempimento del contratto di viaggio. Gli attori avevano prenotato nel mese di novembre 2010 con un *tour operator*, tramite un'agenzia di viaggi, un *tour* in Egitto (Valle dei Re e addizionale ad Abu Simbel) con partenza da Buenos Aires il 29/01/2011 e arrivo al Cairo il 30/01/2011, passando per Roma. In data 26/01/2011 era già notizia mondiale lo scoppio di una rivolta in Egitto, apparsa anche nei principali quotidiani argentini, per cui gli attori si sono messi in contatto con l'agenzia di viaggi, il cui personale ha confermato la partenza nella data programmata poiché l'organizzatore aveva informato che il *tour* poteva essere effettuato normalmente. Tuttavia, quando arrivarono al Cairo c'era il coprifuoco e la maggior parte dei servizi turistici previsti in questa città erano stati già cancellati (visita al museo nazionale, alle piramidi, ecc.). Per questo motivo il giorno successivo al loro arrivo, il 31/01/2011, sono stati condotti all'aeroporto domestico da dove sono partiti per Luxor per effettuare una crociera in programma. Tuttavia, navigarono fino ad Assuan senza fermarsi a Esna ed Edfu, come previsto nel *vaucher* originale, e all'arrivo a destinazione è stata anche cancellata l'escursione ad Abu Simbel. Inoltre, sono stati informati che al Cairo

regulación del deber de información vigente en las relaciones de consumo (más algunos aspectos adicionales), in *Revista Código Civil y Comercial*, 2016-11, pp. 18-36.

⁵¹ In questo senso, C. TALE, *El contrato de viaje*, cit., p. 809.

c'era una guerra civile e che il giorno 4/02/2011, data in cui dovevano tornare in quella città, ci sarebbe stata una marcia di opposizione per chiedere le dimissioni del presidente. Non fu accettata la richiesta dei viaggiatori di farli uscire dall'Egitto direttamente da Assuan senza passare dal Cairo, per cui tornarono in questa città, dove rimasero una notte e alla fine il 5/02/2011 partirono per Roma, dove sono rimasti fino alla data di ritorno in Argentina, il 7/02/2011.

A causa di tutte queste vicissitudini, i viaggiatori hanno deciso di fare causa all'intermediario e all'organizzatore per il rimborso del denaro pagato per il viaggio e per il risarcimento del danno morale subito, avendo ritenuto che i servizi promessi non sono stati adempiuti durante il *tour* e a causa dei momenti di tensione e di paura per le loro vite che avevano passato durante il loro soggiorno in Egitto. L'agenzia di viaggi ha sostenuto in sua difesa di essere solo un intermediario e che sia il viaggio che le escursioni erano stati organizzati dal grossista, invocando anche la forza maggiore. A sua volta, l'organizzatore ha affermato di non essere tenuto a conoscere con esattezza e precisione fatti legati ad una rivoluzione in un paese straniero e che gli operatori locali al Cairo lo avevano informato che il viaggio poteva svolgersi normalmente. Il giudice di primo grado ha ritenuto che gli episodi verificatisi in Egitto costituissero una causa estranea rispetto ai convenuti, in quanto non avevano la possibilità di conoscere tali avvenimenti, per cui si sarebbe configurato un caso di forza maggiore che ha interrotto il nesso di causalità, motivo per cui ha rigettato la domanda. Questa decisione è stata contestata dagli attori, che hanno chiesto la revoca della sentenza del giudice di primo grado in quanto le parti convenute avrebbero potuto evitare di inviarli in un paese con le difficili condizioni sociali in cui si trovava l'Egitto già nei giorni prima della partenza dall'Argentina.

Presentato il ricorso dinanzi alla *Cámara Nacional Civil*, sezione A, è stato sorteggiato come presidente del collegio giudicante il Dr. Sebastian Picasso, il quale ha riconosciuto la responsabilità dei convenuti, in quanto, sebbene gli attori siano stati effettivamente trasferiti nel paese di destinazione e siano state eseguite alcune delle prestazioni programmate (alloggio negli alberghi, realizzazione della crociera, ecc.), molte

altre non hanno potuto concretizzarsi a causa dello stato virtuale di guerra civile che all'epoca viveva l'Egitto; così, questa situazione ha configurato una frustrazione del contratto turistico che si è combinata con l'inadempimento delle obbligazioni a carico dei convenuti (mancata esecuzione di parte dei servizi turistici compromessi e violazione del dovere d'informazione) senza che abbiano dimostrato l'impossibilità assoluta e oggettiva di adempiere a tale dovere. Non c'è dubbio che lo stato di disordine interno vissuto in Egitto all'epoca del viaggio costituiva un evento straordinario, estraneo al rischio che i turisti comunemente assumono (che piova o che il tempo sia bello, che la destinazione turistica soddisfi più o meno le aspettative che si erano generate, ecc.), che li ha privati della possibilità di godersi il viaggio e lo ha trasformato, piuttosto, in un'angosciosa esposizione a pericoli e disagi. D'altro canto, è evidente che questo tipo di avvenimenti può costituire un fatto irresistibile tale da poter essere invocato come causa di esonero dalla responsabilità del debitore, come hanno effettivamente preteso di far valere le imprese convenute.

Tuttavia, la responsabilità di queste ultime – nel caso in esame – non deriva dalla semplice frustrazione della finalità del contratto motivata nell'avvenimento straordinario ed irresistibile della guerra civile nel paese di destinazione, ma dal fatto di non aver informato in modo tempestivo ed efficace gli attori (il che avrebbe consentito loro di risolvere il contratto prima dell'inizio del viaggio o almeno di sospenderlo o di riprogrammarlo) e di aver, invece, scelto di eseguire meccanicamente un piano prestazionale che non aveva più alcuna utilità per i viaggiatori e che li ha persino esposti a rischi evidenti (un atteggiamento chiaramente in contrasto con la buona fede e le norme che tutelano il consumatore). Come è stato evidenziato dal presidente del collegio giudicante, l'obbligazione di informare il turista di qualsiasi cambiamento intervenuto nei servizi contrattati è qualificabile come obbligo di risultato e ciò implica che il suo inadempimento comporti la conseguente responsabilità, a meno che l'operatore turistico non dimostri una causa estranea (caso fortuito *stricto sensu*, colpa propria della vittima o di un terzo per la quale l'obbligato non deve rispondere). In realtà, non si trat-

tava di eventi sconosciuti per i convenuti, considerando che la notizia dei disordini in Egitto era nota anche in Argentina alcuni giorni prima della partenza, né esclude la loro responsabilità il fatto che le informazioni errate siano partite dagli operatori del Cairo, poiché questa sola circostanza non ha impedito loro di informarsi adeguatamente tramite altre vie, il che esclude l'esistenza di un'impossibilità assoluta e oggettiva di esecuzione, non imputabile e motivata da un caso fortuito. Inoltre, si deve aggiungere che il fatto del terzo che adempie l'obbligazione al posto del debitore contrattuale (nel caso, gli operatori locali), fa scattare la sua responsabilità allo stesso modo che se si trattasse del fatto proprio.

Per quanto riguarda gli effetti che possono derivare dalla violazione del dovere d'informazione, il presidente del collegio giudicante ha ritenuto che, in questo caso, essa abbia condotto ad un inadempimento totale del contratto, perché è difficile pensare che gli attori abbiano potuto trarre qualche beneficio da un viaggio compiuto nel mezzo di una virtuale guerra civile e di uno stato di caos generalizzato. Egli ha pertanto ritenuto che l'esecuzione meccanica e parziale di talune prestazioni – unitamente all'inadempimento del dovere d'informazione – non fosse utile agli attori, il che significa riconoscere ad essi il diritto di reclamare come se il viaggio fosse stato cancellato prima del suo inizio. Tuttavia, poiché gli attori non hanno risolto il contratto, non risulta ammissibile la restituzione delle prestazioni interamente o parzialmente soddisfatte come avevano richiesto, ma la loro pretesa deve essere riqualficata come diretta ad ottenere l'adempimento per equivalente in denaro delle obbligazioni di fare definitivamente inadempite (sia perché una parte del programma prestazionale non è stata rispettata, sia perché le prestazioni effettivamente eseguite non hanno soddisfatto l'interesse dei viaggiatori, il quale era stato frustrato a causa degli avvenimenti non debitamente comunicati dalle imprese turistiche). Pertanto, considerato definitivo l'inadempimento delle imprese convenute, si è riconosciuto agli attori il valore della totalità delle prestazioni oggetto del pacchetto turistico. Inoltre, dinanzi alla frustrazione di un viaggio di vacanza in una destinazione turistica importante, che ha sostituito il riposo e il beneficio che senz'altro gli attori perseguivano con una

situazione di angoscia e incertezza, è anche stato concesso loro il risarcimento del danno morale subito. Gli altri membri della sezione A della *Cámara Nacional Civil* hanno condiviso il voto del presidente, per cui si è deciso di revocare la sentenza impugnata e accogliere la domanda presentata dagli attori nei termini indicati⁵².

5. *La responsabilità dell'operatore turistico nel caso proposto*

È arrivato il momento di rispondere al quesito su come si potrebbe risolvere il caso presentato nell'introduzione alla luce dell'ordinamento giuridico argentino⁵³. Anche in quest'ipotesi siamo in presenza di un contratto di viaggio il cui adempimento è stato condizionato da un evento di cui non è stata data informazione ai viaggiatori dall'operatore turistico (né al momento della contrattazione, né nei giorni precedenti la partenza), senza che lo si possa qualificare come un caso fortuito che lo esoneri da responsabilità (ai sensi dell'art. 10 bis legge 24.240). Infatti, nel caso di specie, non sono presenti i presupposti per invocare il caso fortuito (ossia che si tratti di un fatto imprevedibile o inevitabile ed estraneo al debitore, come risulta dagli artt. 1730 e 1733.e e d cod. civ. e comm.)⁵⁴, perché il fenomeno del sargasso è qualcosa di noto nella zona dei Caraibi messicani, che si presenta assiduamente da diversi anni e con una certa gravità.

Per questo motivo, trattandosi di una questione che non era nuova ma ricorrente, l'operatore turistico avrebbe dovuto informare i suoi clienti di un dato rilevante per la buona riuscita del viaggio (artt. 1100 e

⁵² Sentenza pronunciata il 24/08/2015 nella causa "Meinel Von Tain y otro c. Juliá Tours S.A. y otro" (in *Revista Código Civil y Comercial*, 2015-11, p. 138).

⁵³ Alla data di elaborazione del presente lavoro i principali repertori di giurisprudenza argentini non registravano alcun caso di responsabilità dell'operatore turistico per frustrazione del contratto di viaggio a causa del fenomeno del sargasso.

⁵⁴ Sulla portata di tali disposizioni si veda, tra gli altri, S. PICASSO, *Comentario a los arts. 1726-1736*, in R.L. LORENZETTI (direttore), M.F. DE LORENZO e P. LORENZETTI (coordinatori), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 8, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe-Buenos Aires, 2015, pp. 434-440 e 451.

1256.b cod. civ. e comm. e art. 4 legge 24.240), per consentire ai viaggiatori di decidere – con la consapevolezza dei potenziali inconvenienti – se desideravano recarsi o meno a tale destinazione, dato che la presenza di tale fenomeno influisce in modo evidente sulla fruizione delle spiagge, il che costituisce una delle principali attrazioni turistiche di Playa del Carmen. Questo tipo di inadempimento può frustrare la realizzazione del “fine immediato autorizzato dall’ordinamento giuridico” per il contratto di viaggio (causa-fine oggettiva), cioè la finalità di relax, di svago, di visita a luoghi di interesse, ecc. e/o anche la causa-fine particolare (causa-fine soggettiva), cioè “i motivi esteriorizzati quando sono leciti e sono stati incorporati nel contratto in forma espressa, o tacitamente se sono essenziali per entrambe le parti” (artt. 281 e 1012 cod. civ. e comm.)⁵⁵. In entrambe le ipotesi la frustrazione motivata nell’inadempimento del dovere d’informazione deve essere risarcita⁵⁶.

Per quanto riguarda l’estensione del risarcimento si potrebbe pensare che se l’inadempimento riguarda solo uno dei servizi che contribuiscono indistintamente alla realizzazione della finalità generale del contratto di viaggio (accesso alla spiaggia e al mare) mentre gli altri possono essere fruiti dai viaggiatori in condizioni normali (alloggio, pasti, uso di piscine, attività ricreative, ecc.), l’indennizzo dovrebbe essere limitato alla sola stima del valore del servizio di cui sono stati privati. Ma se invece il fenomeno del sargasso condiziona non solo la balneazione ma anche la piena fruizione degli altri servizi (il che potrebbe verificarsi a causa dell’odore fetido che le alghe emanano a seguito della loro decomposizione quando vengono lasciate accumularsi sulla costa)⁵⁷, l’inadempimento potrebbe essere qualificato come totale, per cui la riparazione dovrebbe essere pari all’importo pagato per il viaggio; così come dovrebbe avvenire quando la fruizione della spiaggia e del mare costituisce

⁵⁵ V., in generale, M.F. DE LORENZO, *La causa del contrato en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, 2020, pp. 6-23.

⁵⁶ V., ancora, R.L. LORENZETTI, *Consumidores*, cit., p. 389.

⁵⁷ Su questo punto si veda, di nuovo, M. VALLS, *Sargazo. La nueva emergencia ambiental que amenaza las paradisíacas playas del Caribe*, cit., p. 2.

il “motivo causalizzato” dei viaggiatori per la scelta della destinazione contrattata.

Tuttavia, non sempre è possibile separare chiaramente le prestazioni e, di conseguenza, distinguere tra un inadempimento parziale e un inadempimento totale del contratto. In effetti, di regola, un viaggio verso una località di mare come Paya del Carmen senza possibilità di fruire del mare è un viaggio comunque frustrato; gli altri servizi turistici vengono, infatti, utilizzati perché non c'è altra scelta, ma la causa del contratto è venuta meno e al massimo una piccola parte può essere scontata dall'indennizzo per i servizi utilizzati, ma non tutto il loro valore, perché usarli, sicuramente controvoglia e con un senso di frustrazione, non ne permette il pieno godimento, che si sarebbe invece verificato se si fosse potuto accedere alle spiagge, come originariamente previsto.

Sebbene le due soluzioni proposte possano trovare sostegno nella normativa applicabile al settore turistico in Argentina, quest'ultima sembrerebbe più coerente con la funzione integrativa del principio di buona fede (fonte, tra altri, del dovere d'informazione), nell'ambito di un'analisi che tenga conto della complessità della causa del contratto, dell'effetto del collegamento negoziale, di un'equa ripartizione dei rischi in funzione dei rischi tipici dell'attività e, inoltre, dell'effettiva tutela dei diritti del consumatore in quanto parte debole del rapporto contrattuale.

Infine, sia nell'uno che nell'altro caso, i viaggiatori potranno richiedere la riparazione dalle conseguenze non patrimoniali dell'inadempimento; infatti, si tratta di un viaggio di vacanza in una tipica località balneare, per cui la frustrazione – anche se parziale – delle aspettative da esso generate, potrebbe generare in loro una situazione di angoscia, impotenza e ansia rilevante per il risarcimento (artt. 1737 e 1741 cod. civ. e comm.).

Roma, aprile 2023.

Abstract

Il lavoro analizza il regime della responsabilità dell'operatore turistico nel diritto argentino, partendo da un ipotetico caso di frustrazione di un viaggio turistico a causa della presenza del sargasso, circostanza non comunicata ai turisti. A questo proposito si cerca di accertare, *in primis*, se è applicabile a questa materia la disciplina del consumatore, soffermandosi poi sui presupposti della responsabilità dell'operatore turistico e sull'incidenza della violazione del dovere d'informazione.

This paper analyzes the regime of liability of the tour operator in Argentine law, starting from a hypothetical case of frustration of a tourist trip because of the presence of sargassum, circumstance not informed to tourists. In this regard, it seeks to ascertain, first of all, whether the consumer's discipline is applicable to this matter, then dwelling on the assumptions of the liability of the tour operator and the impact of the breach of the duty of information.

JUAN ESPINOZA*

RESPONSABILITÀ CIVILE E AMMINISTRATIVA
DEL FORNITORE DI SERVIZI TURISTICI
NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO PERUVIANO**

SOMMARIO: 1. I livelli di tutela in materia di protezione del consumatore in Perù: responsabilità civile e amministrativa. – 2. Un caso peruviano che suscita una certa perplessità. – 3. L'imprevedibilità come criterio per la determinazione del caso fortuito. – 4. Il recepimento dei doveri di protezione e la tutela contrattuale del terzo nell'ordinamento giuridico peruviano.

1. *I livelli di tutela in materia di protezione del consumatore in Perù: responsabilità civile e amministrativa*

In Perù, la normativa speciale in materia di protezione del consumatore è disciplinata dal Codice di protezione e difesa del consumatore (*Código de Protección y Defensa del Consumidor*, legge n. 29571 del 01.09.10). Nel sistema peruviano, oltre alla protezione giudiziale, è presente anche una protezione amministrativa dei diritti dei consumatori che ha arricchito in modo sostanziale il sistema normativo di protezione vigente, attraverso un'attenta attività giurisprudenziale. Per questo

* Professore di Diritto civile presso le Facoltà di Giurisprudenza della Universidad Nacional Mayor de San Marcos e della Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro Correspondiente della Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Traduzione di Alessandro Francescangeli, Dottorando di Ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

motivo, risulta fondamentale interpretare tale disciplina in modo coordinato e armonico con il codice civile e i principi fondamentali della Costituzione.

I cc.dd. obblighi di *idoneità* e di *informazione* sono i due pilastri essenziali su cui poggia la protezione apprestata al consumatore. L'obbligo di fornire al consumatore prodotti e servizi adeguati è disciplinato dall'art. 18 del codice di protezione e difesa del consumatore, dove si stabilisce che:

“Si intende per idoneità la corrispondenza tra ciò che un consumatore si aspetta e ciò che effettivamente riceve, in base a quanto offerto, alla pubblicità e alle informazioni trasmesse, alle condizioni e alle circostanze della transazione, alle caratteristiche e alla natura del prodotto o del servizio, al prezzo, tra gli altri fattori, tenendo conto delle circostanze del caso.

L'idoneità viene valutata in base alla natura del prodotto o del servizio stesso e alla sua attitudine a soddisfare lo scopo per cui è stato immesso sul mercato.

Le autorizzazioni rilasciate da organismi statali per la fabbricazione di un prodotto o la fornitura di un servizio, nei casi in cui siano necessarie, non esentano da responsabilità il fornitore nei confronti del consumatore”.

L'obbligo informativo che si impone al fornitore è invece disciplinato dall'art. 2 del *Código de Protección y Defensa del Consumidor*, dove si stabilisce che:

“2.1 Il fornitore ha l'obbligo di fornire al consumatore tutte le informazioni rilevanti per prendere una decisione o compiere una scelta di consumo consapevole, nonché per fare un uso o un consumo adeguato dei prodotti o dei servizi.

2.2 Le informazioni devono essere veritiere, sufficienti, di facile comprensione, appropriate, tempestive e facilmente accessibili e devono essere fornite in lingua spagnola.

2.3 Fatti salvi i requisiti specifici delle norme settoriali pertinenti, per individuare le informazioni rilevanti si prendono in considerazione tutte le informazioni senza le quali la decisione di consumo non sarebbe stata presa o sarebbe stata presa in termini sostanzialmente diversi. A tal

fine, si deve esaminare se le informazioni omesse distorcano le condizioni dell'offerta presentata al consumatore.

2.4 Nel valutare le informazioni, si deve tenere conto dei problemi di confusione che genererebbero nel consumatore la fornitura di informazioni eccessive o estremamente complesse, considerando la natura del prodotto o del servizio acquistato”.

Dalle norme evidenziate, sono ricavabili in via interpretativa i seguenti criteri:

a. gli obblighi di informazione e di idoneità in capo al fornitore sorgono come meccanismi di tutela del consumatore, finalizzati a livellare la situazione di asimmetria originariamente presente tra le parti.

b. Il fornitore è obbligato a mettere a disposizione quei dati che siano rilevanti per assicurare la consapevolezza del consumatore nelle proprie decisioni e scelte.

c. L'obbligo di idoneità si concretizza nella corrispondenza tra i prodotti e i servizi immessi nel mercato dal fornitore e le aspettative di un consumatore ragionevole.

d. Una delle modalità di soddisfazione di queste aspettative è la garanzia, che non è altro che l'assunzione di responsabilità da parte del fornitore nei confronti del consumatore, nel caso in cui il prodotto o il servizio non soddisfi le relative aspettative.

e. Se non si delimita legalmente o espressamente tale garanzia, si applicherà la presunzione di una garanzia implicita, modellata dagli usi commerciali di ogni caso concreto.

Appare quindi evidente l'inestricabile nesso tra gli obblighi informativi e quelli di idoneità pendenti sul fornitore.

D'altra parte, l'art. 1362 del c.c. peruviano del 1984 prevede che: “I contratti devono essere negoziati, conclusi ed eseguiti secondo le regole della buona fede e della comune volontà delle parti”.

Nel preambolo del codice (*Exposición de Motivos*) si evidenzia come le regole di buona fede e comune volontà delle parti “sono quelle che ispirano il rapporto obbligatorio”¹.

¹ Max ARIAS SCHREIBER PEZET, con la collaborazione di Carlos CÁRDENAS QUIRÓS,

De la Puente, a proposito della “regola di condotta” della buona fede, evidenzia come la stessa “orienti l’agire leale del soggetto (negotiazione dell’accordo, compimento delle obbligazioni derivanti dallo stesso), potendosi quindi definire buona fede-lealtà”².

Seguendo la linea evolutiva del pensiero storico della dottrina peruviana, si possono identificare i seguenti elementi:

a. l’obbligatorietà dei contratti non è limitata a quanto emerge dal contenuto testuale degli stessi, ma si estende fino a comprendere uno *standard* etico, già costituito dall’equità (art. 1257 c.c. 1852)³ e successivamente dalla buona fede (artt. 1328 c.c. 1936⁴ e 1362 c.c. 1984).

e Angela ARIAS SCHREIBER MONTERO, *Contratos en General, Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios*, Tomo VI, compilato da Delia Revoredo De Debaquey, Okura Editores, Lima, 1985, p. 25.

² Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE, *El Contrato en general*. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Vol. XI, Prima Parte, Tomo I, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1998, p. 25.

³ Con riferimento all’obbligatorietà dei contratti, l’art. 1257 c.c. 1852 faceva riferimento all’equità, mentre l’art. 1328 c.c. 1936 alla buona fede. A riguardo, José León Barandiarán, scriveva: “Non bisogna fare distinzioni retoriche. Buona fede e correttezza sono gemelli siamesi. Attraverso l’uno o l’altro principio posti come elementi della valutazione del giudice, si arriva al risultato di giudicare il contratto non solo secondo un rigoroso criterio testuale, ma secondo l’interesse sociale e una valutazione assiologica trascendentale, quella della giustizia intrinseca come scopo essenziale di ogni operazione giuridica” (José LEÓN BARANDIARAN, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo IV, Teoría General del Contrato, Voluntad Unilateral y Responsabilidad Extracontractual, Concordado con el Código Civil de 1984, Walter Gutiérrez C. Editor, Lima, 1992, p. 59). Il maestro dell’Università di San Marcos, con riferimento al principio di buona fede, spiegava che “in quanto presuppone come logica premessa la giustizia e l’equità, può consentire, da un lato, di estendere gli effetti del contratto oltre il dato letterale, dall’altro, di limitarli” (José LEÓN BARANDIARAN, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo IV, cit., p. 25).

⁴ Ángel Gustavo Cornejo, commentando l’art. 1328 del c.c. del 1936, evidenziava che “la buona fede consiste nel fatto che ogni interessato tenga in conto non solo il proprio interesse, ma anche quello della controparte, essendo entrambi stati determinanti per il raggiungimento dell’accordo” (Ángel GUSTAVO CORNEJO, *Código Civil. Exposición sistemática y comentario*, Tomo II, Derecho de Obligaciones, Volumen II, De los Contratos en General, Librería e Imprenta Gil, Lima, 1939,

b. In base al principio di buona fede, il carattere obbligatorio dei contratti e, conseguentemente, gli effetti degli stessi, possono sia ampliarsi che ridursi.

c. La buona fede contrattuale implica anche l'agire nell'interesse della controparte, cioè in modo leale.

Come è stato sottolineato a suo tempo, mentre l'art. 168 c.c.⁵ considera il principio di buona fede come un canone interpretativo, l'art. 1362 c.c. ne dà una connotazione duplice: sia come criterio ermeneutico che come regola di condotta. Non va dimenticato che, essendo il principio di buona fede di portata così generale, esso si irradia attraverso un altro gruppo di principi, come – tra gli altri – l'abuso del diritto, la frode alla legge, il *venire contra factum proprium*⁶.

Nel caso oggetto della questione, non avendo il *tour operator* informato della presenza del sargasso, sia a livello amministrativo che di diritto civile, si è violato l'obbligo informativo, in applicazione tanto dell'art. 2 del *Código de Protección y Defensa del Consumidor*, legge n. 29571, quanto dell'art. 1362 c.c.

p. 26). Enrique García Sayán affermava che “le esigenze della buona fede giocano, nel Codice, un ruolo importante, poiché limitano la libertà di contrarre, fungono da guida per l'interpretazione delle dichiarazioni delle dichiarazioni di volontà nei contratti, determinano le modalità di adempimento della prestazione e posso anche servire per giustificare [...] modifiche del contenuto dell'obbligazione, o la liberazione del debitore a causa di un mutamento straordinario e impreveduto delle circostanze” (Enrique GARCÍA SAYÁN, *Las Nuevas Tendencias en el Derecho Contractual y en la Legislación Peruana*, segunda edición, Editorial San Marcos, Lima, 2004, p. 198. Quest'opera riproduce la tesi dottorale dell'autore (con il medesimo titolo) dell'anno 1942).

⁵ Il quale dispone che: “L'atto giuridico deve essere interpretato in accordo con quanto espresso nello stesso e secondo il principio di buona fede”.

⁶ Juan ESPINOZA ESPINOZA, *Interpretación del negocio jurídico ¿Hacia la búsqueda de “lo expresado” o de “la común intención de las partes” o (simplemente) de un espejismo?*, in *Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi*, Volume I, Palestra, Lima, 2008, p. 692.

2. *Un caso peruviano che suscita una certa perplessità*

È possibile far riferimento a un caso rilevante, nel quale tre persone avevano concordato con un'agenzia di viaggi cinque pacchetti turistici per un viaggio a Riviera Maya, in Messico (comprendenti il trasporto di andata e ritorno dall'aeroporto all'albergo e l'alloggio tutto incluso in un hotel con accesso diretto alla spiaggia). La problematica è emersa quando, al loro arrivo, i clienti hanno constatato come la spiaggia fosse piena di alghe a causa di un fenomeno naturale denominato "Sargazo" (consistente nella massiccia presenza dell'alga sargasso). I consumatori hanno denunciato l'omessa informazione a riguardo, chiedendo, come misura indennitaria, il rimborso integrale di quanto pagato. La Sezione specializzata della protezione del consumatore, con la Resolución n. 0769-2021/SPC-INDECOPI, del 07.04.21, confermando la decisione di primo grado, ha dichiarato fondate le posizioni del consumatore, considerando quanto segue:

"26. A tal riguardo, si rileva come il fenomeno fosse costante dalla fine del 2014. A questo proposito, poiché l'attività commerciale di Sigma 4 era quella di fornire servizi turistici, l'agenzia si trovava nella migliore posizione per averne contezza – come è stato dimostrato – così come rientrava nella sua sfera di controllo il poter fornire tutte le informazioni relative alle eventualità che potevano verificarsi nelle diverse destinazioni turistiche che offriva ai clienti, in modo che questi potessero prendere una decisione di consumo adeguata, data la sua condizione di specialista e di conoscitrice del settore di riferimento.

27. Pertanto, questa Camera ritiene che Sigma 4 avrebbe dovuto informare i ricorrenti della possibilità di questo evento, soprattutto considerando che la sua presenza era stata costante negli ultimi anni. Tuttavia, ciò è stato rivelato e/o confermato dal fornitore ai ricorrenti solo una volta che questi ultimi erano già giunti a destinazione, momento in cui ne erano venuti direttamente a conoscenza riscontrando la presenza del fenomeno naturale in questione.

[...]

30. D'altra parte, sebbene Sigma 4 abbia sostenuto che la presenza

dei sargassi fosse dovuta a un fenomeno naturale imprevedibile – causato dal riscaldamento delle acque e dall’aumento delle correnti marine – già affrontato e valutato di scarsa rilevanza dal governo messicano e dalle strutture alberghiere della Riviera Maya a partire dal 2015, la verità è che ciò non appare conforme alla realtà, come verificato dalle informazioni contenute nel sito web del governo messicano⁷, che tratta questo fenomeno con la dovuta rilevanza, evidenziandone le conseguenze di natura ecologica, turistica ed economica.

31. Allo stesso modo, sul punto in questione, la Corte ritiene che, dal punto di vista di qualsiasi consumatore che acquisti un pacchetto turistico per Cancun, sarebbe normale aspettarsi di usufruire delle spiagge situate nella suddetta regione in condizioni normali e non di essere sorpreso da un paesaggio totalmente diverso a causa della presenza di un fenomeno naturale, a maggior ragione se non era stato precedentemente informato di tale possibilità, e pertanto tale argomentazione non può trovare accoglimento.

32. Per quanto riguarda l’argomentazione di Sigma 4 secondo cui i *resorts* turistici avrebbero compensato il problema del fenomeno in questione migliorando le strutture delle piscine e le aree delle terrazze che si affacciano sulle spiagge, al fine di evitare qualsiasi tipo di disagio da parte degli ospiti, va detto che ciò non può in alcun modo giustificare il fatto di non aver informato tempestivamente i ricorrenti del fenomeno dei sargassi. Questo perché la decisione di consumo presa dagli stessi nello scegliere Cancun come destinazione del loro pacchetto turistico, non poteva essere basata unicamente sulle caratteristiche della struttura alberghiera, ma piuttosto per l’attrazione principale del luogo, cioè le sue spiagge, e poiché queste ultime potevano essere alterate in qualche modo, ciò doveva essere preventivamente riferito dal prestatore dei servizi. Pertanto, anche tale argomento non può essere accolto.

33. Fermo restando quanto sopra, occorre precisare che, sebbene

⁷ <https://www.gob.mx/semar/prensa/en-el-plan-general-de-atencion-al-sargazo-la-semar-instituciones-de-los-tres-ordenes-de-gobierno-y-sociedad-civil-han-recolectado-mas-de-38-mil-ton-209527>.

le spiagge e il mare fossero beni pubblici, è certo che, poiché l'albergo concordato vi aveva accesso diretto, l'agenzia di viaggi era tenuta a fornire agli utenti tutte le informazioni che potevano essere collegate a tali beni, soprattutto se vi era un fattore naturale ricorrente nel suo aspetto e che variava notevolmente lo stato del mare e delle spiagge di Cancun".

La decisione appare pienamente condivisibile riguardo al fatto che l'obbligo informativo sia stato violato e che il fornitore fosse nella posizione migliore per segnalare questo fenomeno (nonostante i consumatori avessero potuto prenderne conoscenza anche attraverso i *social network*). Tuttavia, appare eccessiva la misura correttiva del rimborso dell'intera cifra pagata. Nella decisione troviamo un'opinione dissenziente, nella quale si sostiene che:

"3. A riguardo, il giudice che sottoscrive il presente voto, non condivide la misura correttiva ordinata dal giudice di primo grado. Infatti, ogni pacchetto turistico stipulato dal denunciante comprendeva non solo l'accesso diretto alla spiaggia, ma anche i seguenti servizi: a) trasferimenti (dall'aeroporto all'albergo e viceversa); b) alloggio presso l'Hotel Barceló Maya Grand Resort con formula *all-inclusive* (con accesso alle varie strutture alberghiere, pasti e bevande inclusi in detto servizio); e, c) assicurazione di viaggio.

4. Parimenti, nel fascicolo non vi è alcun elemento di prova che dimostri che, prima della contrattazione del servizio, i ricorrenti avessero comunicato al fornitore che il motivo determinante per la contrattazione dei pacchetti turistici era l'accesso e/o la fruizione della spiaggia, né che fosse condizione per l'acquisizione del pacchetto turistico.

5. In questo senso, colui che sottoscrive questo voto ritiene che il fatto che i denunciati non potessero usufruire dell'accesso diretto alle spiagge non fosse un fattore determinante per il godimento dei pacchetti turistici contrattati, essendovi inclusi altri servizi aggiuntivi.

6. Sulla base delle considerazioni di cui sopra, ritengo che, nel caso di specie, il rimborso integrale dell'importo pagato per il servizio fornito dal professionista ai denunciati non sia appropriato.

7. Fermo restando quanto sopra, anche nel caso in cui l'accesso e/o il godimento della spiaggia fosse stato inteso come circostanza esterna

che, senza essere prevista come causa del contratto, né come condizione di acquisto del pacchetto turistico, costituisse un presupposto oggettivo tale da pregiudicare l'efficacia del presente contratto di consumo, si genererebbe solamente una modifica della ripartizione del rischio accordato originariamente tra le parti. Solo in questo caso si otterrebbe il diritto a un rimborso parziale (non totale) di quanto pagato. Riconoscere il rimborso totale genera un arricchimento indebito a favore del consumatore.

8. In tal senso, il giudice che sottoscrive il presente voto, ritiene opportuno annullare la decisione del primo grado nella parte in cui ha ordinato a Sigma 4, come misura correttiva, di restituire ai Sigg. Roberti, Pedraza e Orjeda l'importo di 3.828,74 US\$ più interessi legali, come conseguenza della violazione dell'art. 1, co. 1.1, lett. b) e dell'art. 2 del Codice e, conseguentemente, annullare gli effetti della misura imposta".

Non c'è dubbio che si tratti di un caso di responsabilità del fornitore dei servizi turistici per violazione dell'obbligo informativo. Sul punto viene in aiuto l'art. 1362 c.c., il quale stabilisce il dovere di negoziare, celebrare e eseguire il contratto in conformità con il principio di buona fede. La domanda fondamentale da porsi è, tuttavia, la seguente: è tanto rilevante l'informazione omessa da meritare il rimborso totale di quanto pagato? Nei casi esaminati abbiamo di fronte un pacchetto "tutto incluso", il quale, sebbene abbia ad oggetto una struttura alberghiera dotata di accesso al mare, non risulta esaurirsi con essa, avendo i consumatori usufruito di ulteriori servizi. Infatti, non si discute il fatto che abbiano avuto accesso e goduto dell'alloggio e del vitto, così come dell'uso delle altre installazioni del *resort*. Per questo motivo, si ritiene che, in tale scenario, non si sarebbe dovuta ordinare la restituzione integrale del prezzo pagato, quanto piuttosto, la restituzione di una parte proporzionale, la cui quantificazione – in qualità di risarcimento – è demandata al giudice o all'arbitro. L'autorità amministrativa, invece, mancherebbe di competenza, in quanto può solo ordinare misure correttive che "non hanno natura risarcitoria" (art. 115.7 del *Código de Protección y Defensa del Consumidor*).

Il voto della maggioranza del collegio giudicante nella Resolución n. 0769-2021/SPC-INDECOPI ha ritenuto – secondo una valutazione che non ritengo condivisibile – che l’omessa informazione della presenza del sargasso fosse di tale rilevanza che implicava la restituzione dell’intero prezzo corrisposto. Non appare chiaro se il fatto di avere accesso a una spiaggia “libera dal sargasso” sia quindi causa o condizione del contratto di consumo. Si potrebbe addirittura pensare che – in modo più o meno consapevole – i giudici abbiano individuato in questo fatto una *presupposizione* (o *frustration*). Essa è una figura tipica di *common law*, che si configura quando, senza responsabilità delle parti, la causa (non la prestazione) diviene impossibile. La *frustration*, pur essendo estranea all’ordinamento giuridico peruviano⁸, è stata elaborata tanto nella dottrina nazionale⁹, quanto utilizzata in alcuni arbitrati¹⁰.

⁸ Juan ESPINOZA ESPINOZA, *La doctrine of frustration: ¿es factible su aplicación en el ordenamiento jurídico peruano?*, in *Actualidad Civil*, vol. 49, Instituto Pacífico, Lima, luglio 2018, p. 137.

⁹ In precedenza si era affermato che la frustrazione “può verificarsi sia nei contratti tipici che in quelli atipici, purché si tratti di contratti di durata in cui vi esista uno scopo. Per la dottrina deve trattarsi anche di contratti bilaterali, poiché in essi vi è una concatenazione di desideri reciproci, vi sono prestazioni reciproche. D’altra parte, gli effetti della frustrazione, essendo un caso atipico di inefficacia sopravvenuta, dovranno essere “ex nunc”; la prestazione non avrebbe più alcun senso o utilità e la parte lesa potrebbe quindi chiedere la risoluzione del rapporto, cessando così l’obbligo di prestazione. Tuttavia, è ammesso il diritto della parte di ottenere il risarcimento delle spese sostenute ai fini o in occasione della prestazione, purché abbia agito in buona fede” (Eduardo BENAVIDES TORRES, *La excesiva onerosidad de la prestación*, Cultural Cuzco, Lima, 1990, p. 371). Tuttavia, questa linea interpretativa è completata dall’affermazione per cui la *frustration* si applica in “casi estremi ed eccezionali” (Eduardo BENAVIDES TORRES, *Hacia una revalorización de la finalidad contractual*, in *Derecho Civil Patrimonial*, a cura di Alfredo Bullard Gonzalez e Gastón Fernández Cruz, Fondo Editorial PUCP, Lima, 1997, p. 176). Più recentemente è stato affermato che “se un evento estraneo al controllo delle parti incide sul contratto in modo tale che il creditore perde legittimamente interesse alla sua esecuzione o non gli è più utile, il contratto si considera risolto” (Sergio GARCÍA LONG, *Un Big Mac, por favor. La cláusula MAC en fusiones y adquisiciones*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2016, p. 227). Si noti che l’attenzione è rivolta al creditore, non al debitore.

¹⁰ A proposito, alla luce della poco infelice invocazione di questo assunto da parte del ricorrente, Consorcio Automotores Gildemeister Perú S.A. – Maquinarias Nacional

La presupposizione è una circostanza esterna che, senza essere prevista espressamente come condizione del negozio, costituisce un presupposto oggettivo che influisce sull'efficacia e fa in modo che si rivaluti il piano di allocazione del rischio contrattuale concordato tra le parti¹¹. Essa è stata definita dalla giurisprudenza italiana come una condizione implicita.

Tali figure – considerabili, a parere di chi scrive, tanto imprecise quanto estranee alla cultura giuridica peruviana – possono dare luogo a decisioni che, lungi dal distribuire in modo equo l'alea del rischio contrattuale tra le parti, possono dar luogo a indebite assunzioni dello stesso tra i contraenti.

La risoluzione in oggetto è stata oggetto di diverse critiche. Ad esempio, si è evidenziato come non sarebbe dovuto spettare al fornitore “restituire ai denunciati l'intero prezzo dei pacchetti turistici, perché essi non comprendevano solo l'accesso diretto alla spiaggia, sebbene fosse causa specifica del contratto, ma anche servizi aggiuntivi che sono stati utilizzati, tenendo tuttavia conto che la famiglia (i consumatori)

S.A. Perú (contro il Ministero dell'Interno) in un lodo arbitrale, emesso a maggioranza, con Risoluzione n. 35, del 23.01.09, è stato deciso quanto segue: “337. Il Collegio arbitrale ritiene che non si applichi la dottrina della frustrazione della causa nel caso di specie, dato che non si è verificato un evento esterno (estraneo) e imprevedibile, ma che il contratto non è stato eseguito a causa delle azioni del Ministero stesso che ha dichiarato la nullità del contratto (Risoluzione ministeriale n. 0244-2007-IN/1019, e ha successivamente appaltato la fornitura delle autopattuglie a terzi. A rigore, il “per cosa” non è stato frustrato perché il Ministero aveva ancora bisogno delle autopattuglie. L'interesse sussiste, solo che è stato soddisfatto in altro modo”. Nel lodo definitivo del caso n. 0192-2016-CCL, di fronte all'invocazione della *frustration* sempre da parte attrice – Pluspetrol Norte S.A. (contro Petróleos del Perú S.A.), del 28.01.18 si afferma: “215. Il Collegio arbitrale osserva tuttavia che, al di là di un lodo arbitrale del 23 gennaio 2009, la ricorrente non ha fornito alcun caso in cui i tribunali peruviani abbiano accolto questa teoria. A questo proposito, il Collegio arbitrale condivide l'opinione [...] per cui la teoria della frustrazione contrattuale non sia stata accettata nell'ordinamento peruviano”.

¹¹ Juan ESPINOZA ESPINOZA, *La presupposición*, in *Teoría General del Contrato. Homenaje al Profesor Doctor Ricardo L. Lorenzetti*, Tomo III, IDPL, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 1555.

non avevano altra opzione che usufruirne, non potendo cambiare hotel e men che meno tornare in Perù senza ulteriore aggravio di spese. Si sarebbe dovuto restituire, pertanto, un importo pari a circa il 40% di quanto pagato, cioè la differenza di costo con un hotel situato nella città (senza accesso alla spiaggia), ciò facendo salve le possibili azioni civili-stiche per il risarcimento del danno morale (per il turbamento emotivo causato dal mancato godimento dell'accesso alla spiaggia naturale con la famiglia)¹². Nello stesso senso, è stato evidenziato come “l'accesso alle spiagge costituisca una delle principali attrattive delle destinazioni turistiche, poiché il consumatore medio che acquista un pacchetto turistico in un luogo noto per le sue spiagge si aspetterebbe di goderne. Tuttavia, si presuppone che tale consumatore non sia interessato solo all'accesso alle spiagge, ma chiaramente anche alla fruizione delle altre attrazioni e strutture della località turistica, ragion per cui se il suo interesse è stato parzialmente soddisfatto, il corrispettivo dovrebbe subire una riduzione proporzionale alla parte non soddisfatta. Il contrario implicherebbe che, anche quando la parte creditrice abbia parzialmente soddisfatto l'interesse del consumatore, non paghi assolutamente nulla per la prestazione eseguita in suo favore”¹³.

Con riferimento al voto dissenziente, è stato evidenziato che “al momento dell'instaurazione del rapporto contrattuale, il pacchetto turistico offerto non consisteva solo nell'accesso alla spiaggia – nonostante essa possa essere individuata come l'attrazione principale di Cancun – ma comprendeva anche altri servizi, definiti “aggiuntivi” dal relatore. Di questi servizi i denunciati hanno pienamente goduto, non presentando o motivando alcuna non conformità. Pertanto, come affermato nel voto dissenziente, si assiste a una sorta di arricchimento senza causa

¹² Oreste ROCA MENDOZA, *El contrato de prestación de servicios turísticos y los alcances del deber de información*, *Actualidad Civil*, n. 105, Instituto Pacífico, Lima, marzo 2023, p. 30.

¹³ Luis BARDALES SIGUAS, *Breves apuntes sobre el fenómeno del sargazo y la Sentencia n. 16315 emitida por la Corte de cassazione referida a la irrealizabilidad de la causa concreta y a la imposibilidad sobrevenida de la utilidad de la prestación*, *Actualidad Civil*, n. 105, Instituto Pacífico, Lima, marzo 2023, p. 46.

attraverso il rimborso dell'intero costo del pacchetto, quando la violazione dell'obbligo informativo riguardava solo una parte delle attrazioni turistiche che ci si aspettava di trovare a Cancun. A questo proposito, la mia posizione è in linea con il voto dissenziente nella decisione di secondo grado"¹⁴.

3. *L'imprevedibilità come criterio per la determinazione del caso fortuito*

León Barandiarán, commentando l'art. 1318 c.c. del 1936¹⁵, evidenziava come "nessuno è tenuto alle cose impossibili: *impossibilium nulla obligatio*. Tale impossibilità deve derivare da un caso fortuito o da forza maggiore; cioè da un fatto estraneo e indipendente dalla volontà del debitore o, come si suol dire, con i caratteri della imprevedibilità e, soprattutto, dell'inevitabilità"¹⁶. Aggiunge poi che "il caso fortuito e la forza maggiore, in quanto concetti ambivalenti (come risulta intuitivamente dal contesto stesso dell'art. 1319)¹⁷ presuppongono l'imprevedibilità o l'incontrollabilità che rendono spiegabile e scusabile l'esonero dell'obbligato"¹⁸.

Con riferimento all'inadempimento delle obbligazioni, l'art. 1315 c.c. del 1984, dispone che: "*il caso fortuito o forza maggiore è la causa non imputabile*, consistente in un evento straordinario, imprevedibile, inevitabile che impedisce l'adempimento dell'obbligazione o determina il suo adempimento parziale, tardivo o difettoso" (corsivo aggiunto).

¹⁴ Yoseline MUÑOZ GÓNGORA, *La necesidad de una adecuada información en las relaciones de consumo*, Instituto Pacífico, Lima, marzo 2023, pp. 56-57.

¹⁵ Il quale prescriveva che "l'obbligazione si estingue quando la prestazione diventa impossibile senza colpa del debitore".

¹⁶ José LEÓN BARANDIARAN, *Comentarios al Código civil peruano*, Obligaciones, Tomo II – Modalidades y efectos, EDIAR, Buenos Aires, 1956, p. 587.

¹⁷ Dove si disponeva che "Il debitore non è responsabile dei danni derivanti da caso fortuito o forza maggiore, salvo nei casi espressamente previsti dalla legge e laddove l'obbligazione lo stabilisca".

¹⁸ José LEÓN BARANDIARAN, *Comentarios al Código civil peruano*, Obligaciones, Tomo II, cit., p. 592.

Nell'*Exposición de motivos* si evidenzia come esso fosse “un concetto nuovo per l’ordinamento peruviano”¹⁹ dell’epoca. La dottrina ha poi osservato che, nonostante l’imprevedibilità non costituisca un attributo del caso fortuito, per quanto possano presentarsi fatti prevedibili che possano determinare un’esclusione di responsabilità, “il dato positivo non può essere ignorato”²⁰. Allo stesso modo si evidenzia che “identificato il fatto con il suo giusto grado di specificità, occorre poi guardare al margine di probabilità del suo avveramento: è sicuramente prevedibile un fatto probabile al 50%; è certamente imprevedibile un fatto con lo 0,5% di probabilità, mentre per un fatto probabile al 10% ci sarebbe da discutere”²¹.

A riguardo si può osservare che “gli eventi strettamente legati all’attività economica svolta dal debitore non possono essere ammessi come casi fortuiti, anche se si tratta di fenomeni naturali di relativa intensità, in quanto non sono estranei o esterni all’adempimento dell’obbligazione”²².

Per quanto concerne il sistema di tutela amministrativa, l’art. 104 *Código de Protección y Defensa del Consumidor* stabilisce che:

“Il fornitore è amministrativamente responsabile per la mancanza di idoneità o qualità, il rischio ingiustificato o l’omissione o la mancanza di informazione, o qualunque altra infrazione di quanto stabilito nel

¹⁹ Felipe OSTERLING PARODI con la collaborazione di Carlos CARDENAS QUIROS, *Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del Código Civil (Las Obligaciones)*, in COMISION ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN EL CODIGO CIVIL, *Código Civil*, V, *Exposición de Motivos y Comentarios*, compilado por Delia Revoredo De Debakey, s/e, Lima, 1985, p. 440.

²⁰ Gastón FERNÁNDEZ CRUZ y Leysser LEÓN HILARIO, *Caso fortuito o fuerza mayor*, *Comentario al art. 1315 c.c.*, in *Código Civil Comentado*, Tomo VI, Derecho de Obligaciones, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 885.

²¹ Luciano BARCHI VELAACHAGA, *Caso fortuito o fuerza mayor*, *Comentario al art. 1315 c.c.*, in *Nuevo Comentario del Código Civil Peruano*, diretto da Juan Espinoza Espinoza, Tomo VIII, Derecho de Obligaciones (tercera parte). Fuentes de las Obligaciones (primera parte), Instituto Pacífico, Lima, 2022, p. 36.

²² Marcos PAUCAR MAURICIE, *El caso fortuito en el ámbito de los eventos naturales*, in *Cuadernos Jurisprudenciales*, n. 49, Gaceta Jurídica, anno 5, luglio 2005, p. 7.

presente Codice e nelle norme complementari di difesa del consumatore, riguardo un determinato prodotto o servizio.

Il fornitore è esonerato dalla responsabilità amministrativa se è in grado di dimostrare l'esistenza di una causa oggettiva, giustificata e imprevedibile che costituisce una rottura del nesso causale dovuta a caso fortuito o di forza maggiore, a un terzo o alla negligenza del consumatore interessato.

Nella fornitura di servizi, l'autorità amministrativa considera, per l'analisi dell'idoneità del servizio, se la prestazione assunta dal prestatore sia di mezzi o di risultato, conformemente all'art. 18" (corsivo aggiunto).

A parere di chi scrive, se si sostiene che la presenza del sargasso sia stata non prevedibile per il *tour operator*, si dovrebbe applicare l'art. 1315, così come l'art. 1316, ult. comma, c.c., il quale dispone che: "un'obbligazione che può essere adempiuta solo parzialmente si estingue anche se non è utile al creditore o se quest'ultimo non ha un interesse giustificato al suo adempimento parziale. *In caso contrario, il debitore è tenuto ad adempiere con una riduzione dell'eventuale corrispettivo*" (corsivo aggiunto).

Si tenga presente che i consumatori hanno goduto di tutto il pacchetto turistico, ad eccezione della possibilità di fare il bagno nella spiaggia per la presenza del sargasso. Quindi dovrebbe applicarsi la riduzione corrispondente, tenendo conto del costo di un pacchetto turistico con un hotel della stessa categoria, ma senza accesso al mare.

Interessante (anche se non condivisa) è la linea interpretativa proposta da quella autorevole dottrina peruviana che, partendo dall'interpretazione per analogia di una parte del secondo paragrafo dell'art. 1316 c.c. e dalla negazione dell'esistenza di una "tipicità dei rimedi" in Perù²³, accoglie la *frustrazione* del contratto nel sistema nazionale. In effetti, le prime due parti del testo di legge di riferimento completo, riportano quanto segue:

"L'obbligazione si estingue se la prestazione non si esegue per causa non imputabile al debitore.

²³ Gastón FERNÁNDEZ CRUZ, *Limitación de responsabilidad, exoneración y liberación del deudor*, ARA Editores, Lima, 2022, p. 149.

Se tale causa è temporanea, il debitore non è responsabile per il ritardo mentre essa perdura. Tuttavia, *l'obbligazione si estingue* se la causa che determina l'inadempimento persiste fino a quando il debitore, conformemente al titolo dell'obbligazione o alla natura della prestazione, si può considerare non più obbligato a eseguirla; o fino a che *il creditore perda per giustificato motivo interesse al suo compimento* o non essa non gli risulti più utile" (corsivo aggiunto).

È stato evidenziato come "la riconduzione da parte della norma della causa determinante l'inadempimento al *titolo dell'obbligazione* (e non solo alla natura della prestazione) e/o *alla necessità di soddisfare l'interesse, non per un motivo qualsiasi, ma per un giustificato motivo*, comporta, a parere di chi scrive, l'accoglimento non dell'interesse soggettivo, come elemento di questa seconda fattispecie, ma l'inserimento di ipotesi chiaramente riferite alla tutela dell'interesse tipico e alla causa concreta"²⁴.

A riguardo, non considero utilizzabile l'analogia per il semplice fatto che l'art. 1316 c.c. riguarda un'ipotesi di impossibilità sopravvenuta la quale, come si è già evidenziato, si **differenzia notevolmente** dalla *frustration*, perché la prima concerne la prestazione (che non si può compiere) mentre la seconda riguarda la causa (essendo possibile dare esecuzione al contratto). I rimedi contrattuali (così come le tecniche interpretative) devono essere applicate entro i limiti posti dall'ordinamento giuridico²⁵.

²⁴ Gastón FERNÁNDEZ CRUZ, *Limitación de responsabilidad, exoneración y liberación del deudor*, cit., pp. 136-137.

²⁵ Per le stesse ragioni, non appare nemmeno condivisibile la "integrazione giuridica" che viene proposta per il combinato disposto degli artt. 1431 e 1433 c.c. (Gastón FERNÁNDEZ CRUZ, *Limitación de responsabilidad, exoneración y liberación del deudor*, cit., 152), in quanto si riferiscono anche al caso della impossibilità sopravvenuta.

4. *Il recepimento dei doveri di protezione e la tutela contrattuale del terzo nell'ordinamento giuridico peruviano*

Una questione preliminare che appare importante, ma che sembra essere stata trascurata, è la tutela contrattuale dei terzi: la persona che acquista il pacchetto turistico per la famiglia è parte del contratto, ma qual è la posizione della famiglia che lo accompagna e che gode anch'essa (o subisce le vicissitudini) del pacchetto turistico?

A tal proposito, appare necessario dar conto dello stato della dottrina peruviana in merito alla ricezione della categoria degli obblighi di protezione. Si premette che i termini "obblighi di protezione" o "obblighi di sicurezza" (*obligations de sécurité*, come preferiscono i francesi), saranno intesi come sinonimi.

Già Enrique García Sayán, nel 1942, commentando l'esperienza giuridica francese, affermava che "l'obbligazione implicita di sicurezza è ricavata dalla giurisprudenza francese da un numero crescente di contratti professionali. Viene attribuita al medico e al chirurgo, partendo dal presupposto che essi sono tenuti a fornire al cliente cure attente in base ai dati acquisiti dalla scienza"²⁶. Avvertendo che "in verità la giurisprudenza francese si è spinta molto in là con queste costruzioni. La volontà delle parti di richiedere un obbligo di sicurezza è singolarmente ipotetica. Se si chiedesse al debitore di una di queste obbligazioni, egli direbbe certamente che non si è mai sognato di garantire in modo assoluto l'integrità fisica del viaggiatore, dello spettatore, del cliente, del paziente o dell'inquilino"²⁷. Conclude affermando che "la questione della sicurezza implicita in alcuni contratti, è per noi di interesse anche in considerazione della controversia esistente sul significato e la por-

²⁶ Enrique GARCÍA SAYÁN, *Las Nuevas Tendencias en el Derecho Contractual y en la Legislación Peruana*, cit., p. 188.

²⁷ Enrique GARCÍA SAYÁN, *Las Nuevas Tendencias en el Derecho Contractual y en la Legislación Peruana*, cit., p. 189.

tata dell'art. 1136 del Codice Civile (del 1936)²⁸, punto di partenza della teoria della colpa"²⁹.

León Barandiarán, commentando l'art. 1320 c.c. del 1936³⁰, affermava che "non solamente il mancato compimento della prestazione rende responsabile il debitore in caso di omissione colposa o dolosa. La prestazione deve eseguirsi in forma adeguata e completa. Conseguentemente, un'esecuzione difettosa, parziale o irregolare rende responsabile il debitore per il pregiudizio recato al creditore. A questo si riferisce l'art. 1320, quando fa riferimento alla responsabilità contro coloro che "in qualsiasi modo contravvengono al tenore" (delle obbligazioni). Si verifica quindi quella che la dottrina tedesca ha definito "violazione positiva del credito"³¹.

Si afferma che "i doveri di protezione hanno a proprio fondamento il dovere di buona fede delle parti del contratto"³². Si osserva che, quando l'art. 1314 c.c. si riferisce all'obbligo accessorio di diligenza, "fornisce una base giuridica per l'integrale recepimento contrattuale degli obblighi di protezione"³³, distinguibili in due categorie³⁴: a) quelli che

²⁸ Il quale stabiliva che: "Chiunque con le sue azioni, imprudenze o negligenze, causi un danno a un altro, è tenuto a risarcirlo".

²⁹ Enrique Enrique GARCÍA SAYÁN, *Las Nuevas Tendencias en el Derecho Contractual y en la Legislación Peruana*, cit., p. 190.

³⁰ Dove si stabiliva che "È obbligato al risarcimento del danno colui che nell'adempimento dei suoi obblighi incorre in dolo, colpa o inadempienza, e colui che in qualsiasi modo non li rispetta".

³¹ José LEÓN BARANDIARAN, *Comentarios al Código civil peruano*, Obligaciones, Tomo II, cit., p. 599.

³² Leysser LEÓN HILARIO, *La importancia del derecho comparado en la reforma del Código Civil y en la formación de una verdadera Escuela de civilistas peruanos. A propósito de la Modernización del Derecho de Obligaciones en Alemania* (Schuldrechtsmodernisierung), in *Ius et Veritas*, n. 26, Lima, 2003, p. 37.

³³ Gastón FERNÁNDEZ CRUZ, *El deber accesorio de diligencia y la responsabilidad derivada del incumplimiento en las relaciones obligatorias*, in *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova*, Grijley, Lima, 2004, pp. 614-615.

³⁴ Gastón FERNÁNDEZ CRUZ, *El deber accesorio de diligencia y la responsabilidad derivada del incumplimiento en las relaciones obligatorias*, cit., p. 615.

coadiuvano l'esecuzione dell'obbligo primario di prestazione; b) quelli che hanno la funzione di tutelare la persona e i beni della controparte contrattuale.

Più nel dettaglio, è proprio a partire dal principio di buona fede che si fa riferimento alle "obbligazioni integrative" come a quelle derivate da quella principale, ampliando così "lo spettro del rapporto obbligatorio"³⁵.

Tuttavia, a proposito dell'"obbligazione generale di sicurezza", si è già avuto modo di rilevare come il tentativo di "contrattualizzare" una fattispecie che – nel nostro sistema – è extracontrattuale, dia luogo a una forzatura abbastanza evidente³⁶.

Resta inteso che "i doveri di protezione non fanno parte solo dei doveri legali che discendono dalla clausola generale di buona fede, ma anche del dovere di proteggere la dignità dei soggetti in base al principio che discende dalla norma costituzionale"³⁷. È stato poi affermato che "il codice civile peruviano del 1984 accoglie espressamente la categoria generale dei doveri di protezione. In primo luogo, esiste una norma generale che contiene la disciplina del comportamento delle parti prima e durante l'esecuzione di un contratto, in virtù dell'articolo 1362 del codice civile. In secondo luogo, all'interno della normativa speciale dei singoli contratti contenuta nello stesso codice, possiamo trovare la consacrazione dei doveri, contenuti in norme espresse che mirano alla tutela della sfera giuridica patrimoniale altrui. Infine, va sottolineato come il rapporto obbligatorio non debba essere concepito come un semplice rapporto giuridico comprendente solo la prestazione e i soggetti dell'obbligazione, ma piuttosto come una relazione complessa integrata da de-

³⁵ Juan ESPINOZA ESPINOZA, *El principio de buena fe*, in *Advocatus*, n. 24, Lima, 2012, p. 253.

³⁶ Juan ESPINOZA ESPINOZA, *¿Obligación o deber de seguridad? (...o sobre los intentos de contractualizar el deber genérico de no dañar)*, in *Actualidad Jurídica*, Tomo 145, Gaceta Jurídica Editores, Lima, dicembre 2005, p. 28.

³⁷ Rómulo MORALES HERVIAS, *Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil*, *Derecho PUCP*, n. 71, Lima, 2013, p. 121.

terminati doveri, provenienti sia dalla legge che dalle circostanze di ogni singolo contratto”³⁸.

In senso contrario, è invece sostenuto categoricamente che “al di fuori di quelle ipotesi in cui la possibilità di incidere sull’altrui sfera giuridica non rientri nella prestazione deducibile dall’obbligazione, ogni tentativo di convertire il danno aquiliano in contrattuale può avere solo conseguenze forzate e insostenibili”³⁹.

Sulla stessa linea, è stato inoltre affermato che “i doveri di protezione, in quanto doveri accessori, servono a comprendere il contenuto del rapporto obbligatorio, ma la loro regolamentazione non è necessaria, tenuto conto che il codice civile stabilisce che l’obbligazione si intende adempiuta quando è pienamente eseguita, comprendendo con ciò sia l’ambito qualitativo che quantitativo dell’adempimento”⁴⁰.

Appare condivisibile la posizione di chi ritiene che “il problema dei doveri di protezione non riguarda la loro legittimità come patti secondari o supplementari rispetto alle prestazioni essenziali, a seconda delle caratteristiche dello specifico rapporto di obbligazione, ma piuttosto il procedimento che si dovrebbe seguire per dedurli, nell’amministrazione della giustizia”⁴¹.

È curioso notare che lo stesso fondamento teorico su cui la nostra dottrina accoglie i doveri di protezione – cioè assumendo come cornice concettuale il principio di buona fede, contenuto nell’art. 1362 c.c. – è

³⁸ Eduardo BUENDÍA DE LOS SANTOS, *Panorama general sobre la categoría de los deberes de protección y su aplicación en el Código Civil peruano. A propósito de los contratos singulares*, in *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n. 83, Gaceta Jurídica, Lima, 2020, p. 121.

³⁹ César MORENO MORE, *Apreciaciones críticas sobre el fundamento de los deberes de protección en el ordenamiento jurídico peruano*, in *Ius et Veritas*, n. 49, Lima, 2014, p. 239.

⁴⁰ Carlos ZAMUDIO ESPINAL, *¿Es necesaria la codificación de los deberes de protección en materia de obligaciones? A propósito de la reforma del Código Civil*, in *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n. 50, Gaceta Jurídica, Lima, 2017, p. 238.

⁴¹ Leysser LEÓN HILARIO, *Comentario al art. 1362 c.c., Cláusula normativa general de buena fe contractual*, *Nuevo Comentario del Código Civil Peruano*, diretto da Juan Espinoza Espinoza, Tomo VIII, Derecho de Obligaciones (tercera parte) – Fuentes de las Obligaciones (primera parte), Instituto Pacífico, Lima, 2022, p. 1026.

la stessa base su cui altri ritengono che il suo riconoscimento sia quantomeno superfluo. In particolar modo quando il dovere di protezione (o l'obbligo tacito di sicurezza) – in certi casi – potrebbe ben essere tutelato dalle regole della responsabilità extracontrattuale.

Che si può dire della tutela contrattuale dei terzi? Enrique García Sayán, pionieristicamente, già parlava di tutela contrattuale dei terzi quando riteneva che “con la tecnica verso cui si sta muovendo la giurisprudenza francese, vale la pena chiedersi se non si debba presumere che qualsiasi stipula contrattuale sia stata fatta non solo a beneficio del contraente, ma anche di tutti coloro che hanno un interesse speciale e legittimo a vederne l'esecuzione. Va notato, tuttavia, che lo sviluppo di questo percorso è molto più facile in materia di obbligazioni di fare che in materia di obbligazioni di dare e, in particolare, di dare una somma di denaro”⁴². Prendendo come elemento di differenziazione la vicinanza del danneggiato alla prestazione contrattuale, possiamo individuare all'interno di questa categoria il caso dell'acquisto di un pacchetto turistico quando l'utente lo stipula per sé e per la propria famiglia.

Ritengo che i criteri per ammettere la protezione contrattuale dei terzi, nell'esperienza giuridica peruviana, debbano essere i seguenti:

a) la **prossimità con la prestazione**, il terzo deve essere esposto ai rischi derivanti dalla prestazione, in modo simile al creditore. Ciò è chiaramente visibile nel caso oggetto del presente commento: anche i parenti godono dei servizi offerti dal *tour operator*, così come delle conseguenze (positive o negative) che derivano dagli stessi, alle medesime condizioni rispetto al contraente.

b) Le tutele del consumatore e del *partner* contrattuale, riconosciute nell'art. 65 cost.⁴³, risultano sufficienti per giustificare l'**eccezione al principio di relatività** dei diritti e delle obbligazioni contrattuali,

⁴² Enrique Enrique GARCÍA SAYÁN, *Las Nuevas Tendencias en el Derecho Contractual y en la Legislación Peruana*, cit., p. 184.

⁴³ Dove si sancisce che: “Lo Stato difende gli interessi dei consumatori e degli utenti. A tal fine, garantisce il diritto all'informazione sui beni e servizi disponibili sul mercato. Vigila inoltre, in particolare, sulla salute e sulla sicurezza della popolazione”.

contenuto nell'art. 1363 c.c.⁴⁴. Si tenga presente che il co. 1 dell'art. III del *Título Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor* stabilisce che: “*Il presente Codice tutela il consumatore, sia esso direttamente o indirettamente esposto o coinvolto in un rapporto di consumo o in una fase preliminare ad esso*”.

In effetti, attraverso un'interpretazione sistematica di questo inciso, si arriva alla conclusione che l'art. 65 cost. protegge (anche) il “*consumatore equiparato*”, cioè chi si trova esposto o compreso in un rapporto di consumo⁴⁵.

c) Il debitore deve **conoscere** (o avere la possibilità oggettiva di conoscere) **la cerchia di persone tutelate dal contratto**, al fine di sapere di fronte a chi potrà essere chiamato a rispondere.

Se è vero che si potrebbe pensare che la disciplina della responsabilità extracontrattuale sia più favorevole al terzo, occorre tenere presente due aspetti:

a) nell'ambito della responsabilità contrattuale la colpa lieve si presume (art. 1329); mentre devono essere provati sia la colpa grave che il dolo (art. 1329 c.c.). Tuttavia, in base al principio della *res ipsa loquitur* (“i fatti parlano da soli”, che implica un'inversione dell'*onus probandi* in situazioni di svantaggio per l'attore-danneggiato) la distanza tra la responsabilità civile contrattuale ed extracontrattuale, con riguardo all'onere della prova della colpa grave, si riduce sempre più.

b) Il termine di prescrizione della responsabilità contrattuale è di dieci anni (art. 2001, comma 1, c.c.), mentre quello della responsabilità extracontrattuale è di due anni (art. 2001, comma 4, c.c.).

Sembra quindi opportuno effettuare un inquadramento giuridico del caso nel modo che segue:

⁴⁴ La norma dispone che: “I contratti hanno effetto solo tra le parti e i loro eredi, tranne che per questi ultimi nel caso di diritti e obblighi non trasferibili”.

⁴⁵ Juan ESPINOZA ESPINOZA, *Hacia la protección del “eslabón perdido”. El reconocimiento de la categoría del consumidor equiparado*, in *Actualidad Jurídica*, Tomo 188, Gaceta Jurídica Editores, Lima, luglio 2009, p. 315.

a) agire nei confronti del *tour operator* al fine di far valere la responsabilità derivante dall'inadempimento contrattuale, invocando l'art. 1325 c.c., in quanto l'ordinamento giuridico peruviano manca di una espresa disciplina della responsabilità civile delle persone giuridiche.

b) Tanto i contraenti come i familiari che hanno usufruito (e hanno patito le vicissitudini) del pacchetto turistico sono legittimati all'azione, trattandosi di tutela contrattuale dei terzi.

c) Occorre tenere presente che possono presentarsi due situazioni: 1) che il *tour operator* sia a conoscenza o si trovi nella possibilità oggettiva di conoscere della presenza del sargasso durante il periodo di viaggio: in tal caso, non avendo il *tour operator* informato i contraenti della presenza dello stesso, si riscontra una violazione dell'obbligo informativo, applicando l'art. 1362 c.c. che regola il principio di buona fede, nel quale sono inclusi i doveri di protezione; 2) che la presenza del sargasso sia stata assolutamente imprevedibile: si applica l'art. 1316, ult. comma, c.c.

d) In nessuno dei due casi si dovrebbe riconoscere un rimborso totale in quanto – a parte il fatto non si era stabilito espressamente che la ragione determinante del viaggio fosse l'accesso alla spiaggia, il quale era uno dei vari servizi presenti nella struttura alberghiera (vitto, alloggio, piscina e attività ricreative) – all'interno del pacchetto erano inclusi i trasferimenti aerei e tra l'hotel e l'aeroporto.

e) Con riferimento al danno economico (danno emergente) occorre considerare che i consumatori hanno usufruito di tutto il pacchetto turistico, ad eccezione della possibilità di fare il bagno in mare a causa della presenza del sargasso. Andrebbe quindi applicata una riduzione proporzionale, tenendo conto del costo di un pacchetto turistico con un hotel senza accesso alla spiaggia, ma della stessa categoria.

f) Andrebbe applicato un risarcimento per danno morale *ex art.* 1322 c.c.⁴⁶. Tuttavia, ritengo che non possa essere ricavabile *in re ipsa*,

⁴⁶ Il quale prevede che: "Anche i danni morali, qualora siano stati subiti, sono risarcibili".

quanto piuttosto che debba essere provato il turbamento psicologico derivante... dal non poter fare il bagno in spiaggia⁴⁷.

g) Potrebbe sembrare iniquo, a livello di responsabilità civile, il medesimo trattamento del *tour operator* che inganna, da quello che incorre in un fatto imprevedibile. Tuttavia, la differenza la fa la tutela amministrativa che, oltre a imporre una misura correttiva, può riconoscere una sanzione in capo al fornitore che agisce con dolo. Nel caso oggetto del presente commento, si tratterebbe di una *Unidad Impositiva Tributaria*⁴⁸.

⁴⁷ A parere di chi scrive, se non vi è certezza dei danni invocati, il giudice non dovrebbe determinare alcun risarcimento. In tal senso si è pronunciato il Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil, nella città di Chiclayo (dal 3 al 4 novembre del 2017). Infatti, nel Tema 3, “Danni morali, prove e criteri per la loro quantificazione”, è stato posto il seguente quesito: nei procedimenti per il risarcimento di danni morali, per tutelare una richiesta di danni morali, devono essere accreditati gli elementi di responsabilità, nonché i mezzi di prova diretti e indiretti? La decisione a maggioranza è stata la seguente: “Deve essere soggetta alle regole dell’onere della prova dell’attore e gli elementi della responsabilità devono essere valutati con mezzi di prova diretti e indiretti, e non è sufficiente la presunzione; e i criteri di quantificazione devono essere oggettivi”. Come osservato da autorevole dottrina, i punti contenuti in questa decisione (tranne l’oggettività dei criteri di quantificazione) “sono criteri che esistono già in modo chiaro nella legge (onere della prova per chi allega i fatti. Art. 196 del c.p.c.)” (Guillermo CHANG HERNÁNDEZ, *Un intento fallido respecto al desarrollo jurisprudencial del daño moral con ocasión del Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil*, *Gaceta Civil & Procesal Civil*, Tomo 54, Gaceta Jurídica, Lima, dicembre 2017, p. 96). Pertanto, il fatto che il danno morale (come il danno alla persona e tutti i tipi gli altri tipi di danno) debba essere provato, non impedisce che l’operatore giuridico possa ricorrere a presunzioni e sostituzioni (art. 282 c.p.c.), al fine determinare la prova che esso si sia verificato.

⁴⁸ Nel 2021 ammontava a 4.400,00 soles peruviani, equivalenti a circa 1.000 euro.

Abstract

A propósito de un reciente caso, el autor explica los distintos niveles de protección diseñados por el legislador peruano a favor del consumidor, cuestionando la decisión final de la autoridad administrativa que resolvió la controversia, para lo cual – partiendo desde el principio de la buena fe –, el autor aborda cuidadosamente los conceptos de imprevisibilidad, deberes de protección y tutela contractual de los terceros, logrando delinear para esta última criterios de aplicación coherentes con nuestras coordenadas legislativas, para, luego, finalizar planteando su formulación normativa del caso.

Regarding a recent case, the author explains the different levels of protection designed by the Peruvian legislator in favor of consumer, questioning the final decision of the administrative authority that resolved the dispute, for which – starting from the principle of good faith –, the author carefully addresses the concepts of unpredictability, duties of protection and contractual protection of third parties, been able to delineate for the last concept (contractual protection of third parties) application criteria consistent with our legislative coordinates, to end by proposing his own normative formulation of the case.

Con riferimento a un caso recente, l'autore illustra i diversi livelli di tutela predisposti dal legislatore peruviano a tutela del consumatore, interrogandosi sulla decisione finale dell'autorità amministrativa che ha risolto la controversia. A tal riguardo – partendo dal principio di buona fede – sono indagati nel dettaglio i concetti di imprevedibilità, doveri di protezione e tutela contrattuale dei terzi, riuscendo a delineare per quest'ultimo dei criteri di applicazione coerenti con le coordinate legislative del Perù, presentando infine la propria soluzione normativa del caso.

Genova, giugno 2023

ROBIN ANSTÖTZ*

DIE ANWENDUNG DER ZIVILRECHTLICHEN
GENERALKLAUSELN (§§ 242, 138 BGB)
DURCH DIE RECHTSPRECHUNG IM
NATIONALSOZIALISMUS. ‚EINFALLTORE‘ FÜR DIE
NATIONALSOZIALISTISCHE WELTANSCHAUUNG?**

INHALT: I. Rechtsquellen und Richterbild des Nationalsozialismus. – 1. Rechtsquellen des Nationalsozialismus. – 2. Richterbild des Nationalsozialismus. – II. Die Anwendung der §§ 138, 242 BGB unter dem Einfluss der nationalsozialistischen Weltanschauung. – 1. Charakteristika einer Generalklausel. – 2. §§ 138, 242 BGB als Generalklauseln. – 3. Generalklauseln als ‚Einbruchstellen‘ nationalsozialistischen Rechtsdenkens. – 4. Rechtsprechung zu §§ 138, 242 BGB im Nationalsozialismus. – a) Rassenideologie. – aa) Sittenwidrigkeit eines Kindesannahmevertrags. – bb) Führung ‚arischer‘ Firmenbezeichnungen durch Juden. – b) Gemeinschaftsgedanke. – aa) Allgemeine Lieferbedingungen eines Überlandwerks. – bb) Herabsetzung übermäßig hoher Ruhe- und Versorgungsbezüge. – III. Fazit. – Rechtsprechungsverzeichnis. – Literaturverzeichnis. – Redenverzeichnis.

Das BGB hat als zentrale Kodifikation des deutschen Zivilrechts

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand bei Prof. Dr. Julian Krüper am Institut für Glücksspiel und Gesellschaft der Ruhr-Universität Bochum. Der vorliegende Beitrag ist im Rahmen eines rechtshistorischen Grundlagenseminars zum Thema „Recht und Juristen im Nationalsozialismus“ von Prof. Dr. Arndt Kiehnle und Prof. Dr. Fabian Klinck (beide Ruhr-Universität Bochum) im Sommersemester 2023 entstanden.

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.*

seit seinem Inkrafttreten am 01.01.1900 verschiedene politische Systeme überlebt. So begleitete es nicht nur den Übergang vom Deutschen Kaiserreich in die Weimarer Republik, sondern überstand außerdem den Untergang der ersten parlamentarischen Demokratie Deutschlands durch die ‚Machtergreifung‘ der NSDAP und galt auch nach Kriegsende im geteilten Deutschland fort. Bemerkenswert ist dabei vor allem, dass das BGB während der Herrschaft der Nationalsozialisten textlich weitestgehend – Ausnahmen bilden sein viertes und fünftes Buch – unverändert blieb, obwohl sich die nationalsozialistische Weltanschauung gerade als Gegenentwurf zur liberal-individualistischen Ausrichtung verstand. Die naturrechtliche Rechtsauffassung des Nationalsozialismus und das damit einhergehende veränderte Verständnis von den Rechtsquellen (I. 1.) ermöglichte der Richterschaft (I. 2.) jedoch insbesondere über die Generalklauseln der „vorrevolutionären Gesetze“, die nationalsozialistische Rechtsidee zu realisieren (II.).

I. Rechtsquellen und Richterbild des Nationalsozialismus

Bevor sich diese Arbeit der Frage zuwenden kann, ob und wie die zivilrechtlichen Generalklauseln in der Rechtsprechung als „Einfalltore“ für die nationalsozialistische Weltanschauung dienstbar gemacht wurden, müssen die in rechtstheoretischer und rechtspraktischer Hinsicht relevanten Veränderungen, die sich mit dem nationalsozialistischen Staat ab 1933 einstellten, beleuchtet werden. Für die hier interessierende Frage sind dafür insbesondere die veränderte Rechtsquellenlehre und das Richterbild von Bedeutung.

1. Rechtsquellen des Nationalsozialismus

Das Staatsrecht des späten 19. und frühen 20. Jahrhunderts war entsprechend der vorherrschenden Auffassung in der allgemeinen

Rechtstheorie von einem positivistischen Rechtsbegriff geprägt¹. Recht ist danach nur das im dafür vorgesehenen Verfahren gesetzte und änderbare Recht. Der Rechtspositivismus geht von der Selbstherrlichkeit des Gesetzgebers aus, der nur an die sich selbst gesetzten Schranken – insbesondere in der Verfassung – und nicht an irgendein außerrechtliches, sozusagen vorpositives Moral- oder Gerechtigkeitsideal gebunden ist². Für die Rechtsanwendung bedeutet dies, dass sie Recht nur aus der Quelle des gesetzten Rechts erkennen darf, sie also nur an das (verfassungsgemäße) Gesetz gebunden und vice versa zu seiner Anwendung verpflichtet ist. Das geltende Recht ist dabei nur nach dem ihm bei seiner Setzung gegebenen Telos, nicht nach anderen Idealen auszulegen.

Erschüttert vom Ersten Weltkrieg, der Weltwirtschaftskrise der 1920er und 1930er Jahre und den damit verbundenen sozialen Härten geriet der positivistische Rechtsbegriff, der auf das Vertrauen in die Sittlichkeit und Stabilität der staatlichen Verhältnisse baut, in eine Krise³. Hierin fand die nationalsozialistische Bewegung den Nährboden ihrer programmatisch zentralen antipositivistischen, stattdessen idealistisch-natürlichen Rechtsauffassung⁴. Sie rügte den bloß formalen und wertlosen Charakter des überkommenen Rechts, welches lediglich einer „liberalistischen wertlosen Lebenstechnik“⁵ diene, indem es den Staat als Hüter des Volksgeistes unterdrücke⁶, und plädierte daher für

¹ Als zentrale Werke des Rechtspositivismus sind hier nur diejenigen von *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914, S. 332 ff. et passim; *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1. Aufl. 1934, S. 12 ff. et passim, zu nennen.

² So deutlich RGZ 118, 325 (327).

³ Eingehend und m.w.N. *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 9. Aufl. 2022, S. 95 ff.

⁴ Zutreffend belegt *Maus*, »Gesetzesbindung« der Justiz und die Struktur der nationalsozialistischen Rechtsnormen, in: *Dreier/Sellert* (Hrsg.), Recht und Justiz im »Dritten Reich«, 1989, S. 80 (88 ff.), den Antipositivismus der nationalsozialistischen Rechtsdoktrin. Insoweit auch folgerichtig gegen die These einer Mitschuld des Rechtspositivismus an der NS-Diktatur *Dreier*, Naturrecht und Rechtspositivismus, in: *Härle/Vogel* (Hrsg.), »Vom Rechte, das mit uns geboren ist«, 2007, S. 127 (137 ff.).

⁵ *Lange*, Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat, 1934, S. 20.

⁶ So konstatiert *Huber*, DJZ 1934, 950 (952), zum Gesetzesbegriff des liberalen

ein materiell vom Volksgeist her zu verstehendes Lebensrecht⁷. Im nationalsozialistischen Staat ist die Urquelle des Rechts deshalb nicht das Gesetz. Stattdessen „wurzelt [es] als Lebensordnung des Volkes im Volke, ist Ausfluß und Ausdruck des Geistes des deutschen Volkes“⁸. Dort bilde es mit der Sittlichkeit eine Einheit⁹. Diesem Recht habe sich auch jeder Akt der Staatsgewalt zu beugen¹⁰. Nach *Maunz* setze die Führung folglich zwar die Gesetze, aber nicht das Recht; sie forme die Gesetze aus

Bürgertums kritisch: „Das Gesetz wird ein Werkzeug, die individuellen gesellschaftlichen Interessen gegen jede politische Einwirkung zu schützen; es wird ein Schutzwall für die staatsfreie, unpolitische Sphäre des einzelnen gegen die politische Macht des Staates.“ S. ebd. auch S. 952: „Die geschichtliche Ironie liegt darin, daß das Gesetz, in dem nach der liberalen Theorie die Einheit der politischen Gewalt zum Ausdruck kommen soll, im liberalen Staat ein Instrument ist, um eben diese Staatsgewalt auf ein Minimum zu beschränken; das Gesetz ist „unpolitisch“, und die von ihm bewirkte Einheit der Staatsgewalt besteht im Nichts!“ *Neumann*, der 1933 nach England emigrierte, hat die mit dieser Weltanschauung implizierte Qualifizierung des liberalen Staates als schwach zutreffend als „Geschichtstäuschung“ bezeichnet, s. *Neumann*, Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft, in: *Zeitschrift für Sozialforschung* 6 (1937), 542 (542).

⁷ S. dahingehend Punkt 19 des Parteiprogramms der NSDAP: „Wir fordern Ersatz für das der materialistischen Weltordnung dienende römische Recht durch ein deutsches Gemeinrecht.“ S. auch statt vieler Reichsjustizkommissar *Frank* zur Gründung des Rechtsphilosophischen Ausschusses der Akademie für Deutsches Recht am 03.05.1934, abgedruckt in *DR* 1934, 231 (232). Dort heißt es auch: „Der Positivismus unserer Rechtslehre soll die Firmung des Lebens bedeuten und nicht Befriedigung suchen in einem Positivismus, der sich wiederum aufbaut auf mittelbar gefundenen Sätzen.“ Wenig später, am 09.09.1934, erklärte *Frank* auf den Parteikongreß in Nürnberg deutlich: „Die Gesetzgebung und Rechtsprechung vollzog sich, entsprechend dem allgemeinen Verfall unserer damaligen sozialen, kulturellen und staatlichen Ordnung nicht mehr in innerer Beziehung zu den Notwendigkeiten der Volksgemeinschaft, sondern erschöpfte sich in der starren Anwendung lebensfremd gewordener formaler Rechtsätze“, abgedruckt in *DJZ* 1934, 1169 (1169 f.).

⁸ *Lange* (Fn. 5), S. 22. So auch mit besonderer Deutlichkeit LG Königsberg, Beschl. v. 26.08.1935, 3 T 687/35, abgedruckt in *DJ* 1935, 1387.

⁹ *Müller*, *DJZ* 1935, 269 (274); *Oegg*, in: *Bessau/Lobe/Oegg* (Hrsg.), *RGRK*, 9. Aufl. 1939, § 138 S. 283.

¹⁰ *Frank*, *JW* 1936, 1517 (1518).

dem Recht und bringe sie in Übereinstimmung mit dem Recht¹¹. Jedes Gesetz und jedes richterliche Urteil enthalte nur so viel Recht, wie ihm aus dieser Quelle zufließt¹². *Schmitt* bezeichnete dieses naturrechtliche Rechtsverständnis, in welchem sich Rechtsnormen aus der Wirklichkeit des völkischen Gemeinschaftslebens ableiten ließen, als konkretes Ordnungsdenken¹³. Danach seien „Sinn und Zweck des Gesetzes und das ihm übergeordnete immanente Recht aus dem völkischen Rechtsempfinden zu schöpfen“¹⁴. Der Richter war kraft dieses materiell-naturrechtlichen Rechtsdenkens von einem „Mund der Gesetze“ zu einem Repräsentanten des deutschen Rechtswissens geworden¹⁵.

In der nationalsozialistischen Staatsidee wurde der Volksgeist somit zur Rechtsurquelle erklärt. Es handelte sich deshalb bei jedem Gesetz und jedem Führerbefehl lediglich um abgeleitete Rechtsquellen, die sich nach *Rothenberger* „als Formulierungen des Rechtsempfindens der Volksgemeinschaft darstellen“¹⁶. Gesetze waren deshalb nach dem völkischen Rechtsempfinden auszulegen¹⁷. Doch handelte es sich bei dem Begriff des völkischen Rechtsempfindens und ähnlichen Leerformeln in Wirklichkeit um nichts anderes als um einen Platzhalter für den Führerwillen und die von ihm propagierte nationalsozialistische Weltanschauung; *Hitler* beanspruchte für sich als Führer des deutschen Volkes die Determinationshoheit bezüglich eben dieses gesunden Volksempfin-

¹¹ *Maunz*, Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts, 1934, S. 17.

¹² S. *Schmitt*, DJZ 1934, 945 (947). Danach sei das „Uebrige [...] kein Recht, sondern ein „positives Zwangsnormengeflecht“, dessen ein geschickter Verbrecher spottet.“

¹³ *Schmitt*, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 3. Aufl. 2006, S. 11 ff.

¹⁴ *Rothenberger*, DJZ 1936, 22 (23).

¹⁵ *Drost*, DJZ 1936, 934 (935).

¹⁶ *Rothenberger*, DJZ 1936, 22 (22).

¹⁷ Vgl. *Drost*, DJZ 1936, 934 (934). Wenn *Herschel*, DJZ 1933, 1008 (1009 f.), meint, der Richter habe den im Gesetz niedergelegten staatlichen Befehls unter anderem aus der „Gesamtidee und der weltanschaulichen Grundlage des deutschen Rechts“ zu ermitteln, bezieht er sich damit auf nichts anderes als das Volkstum und Volkswohl. S. ferner *Rothenberger*, DJZ 1936, 22 (23).

dens¹⁸. Der Rekurs auf das unbestimmte und ideologisch überfrachtete Volksempfinden diene damit lediglich als legitimatorische Grundlage des erklärten Führerwillens¹⁹. Erst die Fiktion von der „Artgleichheit von Führer und Geführten“²⁰ verschaffte dem Führer die Fähigkeit und Legitimation, das Volksempfinden zu artikulieren. Unverkennbar kommt dies in der Anweisung *Franks* an die ‚Rechtswahrer‘ auf dem Deutschen Juristentag 1936 zum Ausdruck, wenn er fordert: „Sagt euch bei jeder Entscheidung, die ihr trefft: Wie würde der Führer an meiner Stelle entscheiden?“²¹ Widersprüche zwischen dem Führerwillen und dem Recht der Volksgemeinschaft waren kraft der fingierten Kongruenz von Führerwillen und völkischem Rechtsempfinden ausgeschlossen²². Gesetze waren demnach – auch wenn der Volksgeist als Rechtsurquelle behandelt wurde – anhand der nationalsozialistischen Weltanschauung auszulegen, wie sie vorrangig im Führerwillen und Parteiprogramm der NSDAP zum Ausdruck kam²³.

¹⁸ Vgl. nur *Frank*, DJZ 1934, 1169 (1174); *ders.*, DJZ 1936, 401 (401); *Huber*, DJZ 1934, 950 (955, 959); *Schmitt*, DJZ 1935, 919 (924).

¹⁹ Erkennbar bei *Lange* (Fn. 5), S. 24 f.: „Der Volksgeist ist König, nicht Kärner, er verkörpert die Grundwerte in Wertungen, pfundet sie aber nicht aus. Das Recht wird so vom Volksgeiste getragen, und ausgerichtet, nicht aber von ihm gesetzt.“

²⁰ *Rüthers* (Fn. 3), S. 128 (Hervorhebung im Original).

²¹ Zitiert aus JW 1936, 1517 (1518).

²² Vgl. *Drost*, DJZ 1936, 934 (934).

²³ Vgl. *Frank*, DJZ 1934, 1169 (1171); *Hubernagel*, Nationalsozialistische Rechtsauffassung und Generalklausel, in: *Frank* (Hrsg.), Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, 2. Aufl. 1935, S. 970 (971); *Nassauer*, DJZ 1934, 336 (336 f.). So hält *Rüthers* (Fn. 3), S. 134, treffend fest: „Die nationalsozialistische Rechtsquellen-theorie hat weder einen klaren Begriff der Rechtsquelle noch eine Rangfolge der vielen Quellgebiete der Rechtsschöpfung, die in ihr beschrieben wurden, hervorgebracht. Bei aller quellentheoretischen Unsicherheit stand allerdings eines fest: der absolute Vorrang des eindeutig verlautbarten Führerwillens.“

2. Richterbild des Nationalsozialismus

Die nationalsozialistische Vorstellung von den dem Richter obliegenden Aufgaben und seiner Bindung an das Gesetz wandelte sich notwendigerweise mit dem Wechsel der Rechtsquellen. So war er mit der ‚Machtergreifung‘ der Nationalsozialisten zwar grundsätzlich weiterhin an das Gesetz gebunden. Entsprechend der nunmehr erklärten Missbilligung gegenüber dem noch immer gültigen ‚vorrevolutionären Gesetzesrecht‘ und der stattdessen propagierten neuen Rechtsquellenlehre stellte sich ab 1933 aber eine nach dem zeitlichen Ursprung des Gesetzes differenzierende ambivalente Gesetzesbindung des Richters ein. Hinsichtlich Gesetzen aus der Zeit vor 1933 sollte dem Richter danach ein umfangreicheres Prüfungs- und Ablehnungsrecht zustehen als gegenüber Gesetzen aus der Zeit nach 1933.

Soweit ein Gesetz aus der Zeit vor 1933 in deutlichem Widerspruch zur nationalsozialistischen Weltanschauung stand und der Richter diesen Widerspruch „nicht im Wege einer als Auslegung bezeichneten methodischen Operation“²⁴ auflösen konnte, sollte das Gesetz nach überwiegender Auffassung nicht angewendet werden dürfen²⁵. Die Rechtsprechung erwies sich im Hinblick auf die An-

²⁴ Rüthers (Fn. 3), S. 183.

²⁵ Besonders deutlich kommt dies im vierten der von Eckhardt, Frank, Ritterbusch, Dahm, Siebert und Höhn erarbeiteten fünf Leitsätze zum Ausdruck, welche Eckhardt am 14.01.1936 auf der Arbeitstagung der Reichsfachgruppe Richter und Staatsanwälte und Rechtspfleger in Berlin verkündeten (abgedruckt in DJZ 1936, 197 (180)). Dort heißt es: „Gesetzliche Bestimmungen, die vor der nationalsozialistischen Revolution erlassen sind, dürfen nicht angewandt werden, wenn ihre Anwendung dem heutigen gesunden Volksempfinden ins Gesicht schlagen würde.“ S. ferner Larenz, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, 1934, S. 34 f. Trotz der Betonung des Führerprinzips erklärt Rothenberger, DJZ 1936, 22 (25): „Hüten wir uns davor, auf solche Weise das trojanische Pferd in unsere neue Rechtsordnung zu schieben, aus dem der durch die Berufung auf das Führerprinzip getarnte Positivismus wieder zutage tritt und die totale Rechtserneuerung verhindert.“ Teile des Rechts seien nach Herschel, DJZ 1933, 1008 (1011), sogar im formlosen Akt revolutionärer Aufhebung kraft der Rechtshoheit des Volkes vollständig oder teilweise aufgehoben worden. So wie hier Schröder, »... aber im

passung der überkommenen Gesetze an das neue Recht als deutlich schneller und flexibler als die Gesetzgebung²⁶. Beispielhaft hierfür steht ein Beschluss des LG Königsberg²⁷, in welchem es noch vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15.09.1935, welches in § 1 die Eheschließung zwischen „Juden und Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes“ verbot, einen Antrag auf Anordnung des Aufgebots zum Zwecke einer entsprechenden Eheschließung mit deutlichen Worten ablehnte. Dem Gericht zufolge bedurfte es schon keiner Erörterung der Frage, ob ein Eheschließungshindernis nach §§ 1303 ff., 1349 BGB a.F. vorlag, da mit einer „Eheschließung zwischen einer Deutschen und einem Juden gegen das Grundgesetz nationalsozialistischer Staatsauffassung – die Reinerhaltung der Rasse – verstoßen wird“²⁸, weshalb sich die Bestimmungen nur auf solche „Eheschließungen beziehen, die ihrem Wesen nach dem Ideengehalt unserer völkischen Rechtsordnung entsprechen“.

Hinsichtlich solcher Gesetze, die hingegen aus der Zeit nach 1933 stammten oder die sich der nationalsozialistische Staat zu eigen machte, sollte dem Richter dagegen kein Ablehnungsrecht zustehen²⁹. Obwohl das Gesetz nicht Rechtsurquelle des nationalsozialistischen Staates war, sollte es, sofern in ihm der vom Führer gesprochene Gemeinwille Ausdruck fand, nicht zur Disposition der Justiz stehen. So hat etwa das Reichsarbeitsgericht die Frage, ob die Kürzung oder voll-

Zivilrecht sind die Richter standhaft geblieben!“, 1988, S. 87. Gegen ein richterliches Ablehnungsrecht waren hingegen Schmitt, DR 1933, 201 (201); Wunderlich, DJZ 1934, 10 (10 f.).

²⁶ In diesem Sinne heißt es bei Lange, Lage und Aufgabe der Deutschen Privatrechtswissenschaft, 1937, S. 17: „Was in ruhigen Zeiten der Gesetzgebungskommission oblag, müssen jetzt in weitem Umfange Rechtswissenschaft und Praxis durchführen.“ S. zu dieser Feststellung auch schon Stolleis, Recht im Unrecht, 1994, S. 22 f.

²⁷ LG Königsberg, Beschl. v. 26.08.1935, abgedruckt in DJ 1935, 1387 f.

²⁸ Hierzu und zum Folgenden ebd., S. 1387.

²⁹ Vgl. Herschel, DJZ 1933, 1008 (1011); Huber, DJZ 1934, 950 (959).

ständige Versagung des Ruhegehalts eines jüdischen³⁰ Angestellten, der bereits vor dem Inkrafttreten der Verordnung zur Ausschaltung der Juden aus dem deutschen Wirtschaftsleben vom 12.11.1938 in den Ruhestand versetzt wurde, auf die Verordnung gestützt werden kann, sowohl nach dem Wortlaut als auch dem Sinn und Zweck der Verordnung verneint³¹. Seiner Darlegung zufolge habe der „Gesetzgeber, in dessen Willen die Volksmeinung zum Ausdruck kommt“³², bisher nicht zu erkennen gegeben, die in Frage stehende Verpflichtung nicht mehr anzuerkennen. Die Aufgabe des Gerichts, zu prüfen, „inwieweit die Fortgewährung des Ruhegehalts noch mit dem nationalsozialistisch ausgerichteten Volks- und Rechtsempfinden vereinbar ist“³³, beschränkt das Reichsarbeitsgericht deshalb noch auf wenige besondere Ausnahmefälle. Wie *Rüthers* ausführlich gezeigt hat, wurden diese Ausnahmen in der Folgezeit jedoch zunehmend zur Regel³⁴.

Dass das Gesetz im nationalsozialistischen Staat nicht nur einen anderen Stellenwert sondern auch eine andere Funktion und damit „eine andere innere Struktur als das Gesetz anderer Verfassungslagen“³⁵ aufwies, blieb für dessen Auslegung durch den Richter nicht ohne Bedeutung³⁶. *Hitler* selbst erblickte diese Struktur in der durch das Gesetz

³⁰ Wenn hier und im Folgenden eine Person als Jude oder jüdisch bezeichnet wird, so beruht diese Zuschreibung auf § 5 der Ersten Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 14.11.1935.

³¹ RAG, Urt. v. 09.01.1940, RAG 207/39, abgedruckt in ARS 38, 262.

³² Ebd., S. 274.

³³ Ebd., 2. Leitsatz.

³⁴ *Rüthers* (Fn. 3), S. 224 ff.

³⁵ *Schmitt*, DJZ 1935, 919 (925), stellt fest: „Die Vorschriften des BGB. bestehen noch, aber sie erhalten durch die ‚zentrale Rechtsidee‘ der siegreichen Bewegung eine neue Zielsetzung.“

³⁶ In seiner Habilitationsschrift hat sich *Rüthers* unter anderem eingehend dem darauf aufbauenden „*Methodendualismus*“ gewidmet, s. *Rüthers* (Fn. 3), S. 176 ff. S. dort auch zur Ergebnisgleichheit der subjektiv-teleologischen Auslegung mit der objektiven Auslegung, was *Rüthers* auf den Vorrang der Rechtserneuerung gegenüber der Methodentreue im nationalsozialistischen Staat zurückführt.

verliehenen „Elastizität der Urteilsfindung zum Zweck der Erhaltung der Gesellschaft“³⁷. Diese Elastizität fand ihren Grund und ihre Grenze im nationalsozialistischen Gemeinschaftsgedanken und somit in den oben bezeichneten Rechtsquellen, anhand derer der Richter das Gesetz auszulegen habe. Für die rechtserkennende Tätigkeit des Richters bedeutete dies nach dem bisher Gesagten, dass dieser das Gesetz „im Geiste des Führers, gemäß dem gegenwärtigen Rechtswillen, der konkreten Rechtsidee der Gemeinschaft“³⁸ auszulegen und anzuwenden hatte. Daraus sollte ihm die Stellung eines „Mitarbeiter[s] am Recht“³⁹ zuteil werden⁴⁰, was jedoch voraussetzte, dass der Richter – wie es vielfach zum Ausdruck gebracht wurde – als „Schützer der Werte eines Volkes [...] sich nicht sklavisch der Krücken des Gesetzes bedienen[...], sondern verantwortungsfreudig im Rahmen des Gesetzes die Entscheidung finden [wird], die für die Volksgemeinschaft die beste Ordnung des Lebensvorgangs ist“⁴¹.

³⁷ Hitler, Regierungserklärung zur 2. Sitzung des Reichstags am 23.03.1933, abgedruckt in Verhandlungen des Reichstags, VIII. Wahlperiode 1933, Bd. 457, 1934, S. 25 (28).

³⁸ Larenz (Fn. 25), S. 36 et passim (Hervorhebung im Original).

³⁹ Schmitt, DJZ 1935, 919 (925).

⁴⁰ So im Ergebnis auch Larenz (Fn. 25), S. 32: „Diese Spannung [zwischen dem als dauernd gesetzten und dem sich immer wieder fortentwickelnden Rechtswillen der Gemeinschaft] dadurch zu überwinden, daß er [lies: der Richter] unbeschadet seiner Bindung das Gesetz immer wieder auf den lebendigen Gemeinwillen bezieht und aus ihm heraus auslegt, ist die nicht zu entbehrende Leistung des Richters für die Volksgemeinschaft, um derentwillen seine Tätigkeit nicht geringer zu werten ist als die des Gesetzgebers.“ Und auch Lange (Fn. 26), S. 16, nach welchem das Gesetz lebende Entwicklung ist, dessen Pflege als Dienste am deutschen Volke unter anderem der Rechtsprechung als Dienerin des Rechts obliegt.

⁴¹ So eine Mitteilung des Reichsministers der Justiz in einem Richterbrief vom 01.10.1942, abgedruckt in Boberach, Richterbriefe, 1975, S. 5 f.

II. Die Anwendung der §§ 138, 242 BGB unter dem Einfluss der nationalsozialistischen Weltanschauung

1. Charakteristika einer Generalklausel

Wenn in der rechtswissenschaftlichen Literatur des nationalsozialistischen Staates oder der Nachkriegszeit von sog. Generalklauseln die Rede war und ist, werden damit zum Teil übereinstimmende, zum Teil aber auch unterschiedliche Charakteristika einer Rechtsnorm bezeichnet. Im Zentrum der Betrachtung steht dabei zumeist das qualitative Charakteristikum der Generalklausel: *Hedemann* – der 1933 noch vor einer Flucht in die Generalklauseln warnte, danach gleichwohl an der nationalsozialistischen Rechtserneuerung mit deren Hilfe nichts auszusetzen hatte – erblickte das Besondere der Generalklauseln in ihrer Auflockerung des Wortlauts, d.h. ihrer Unbestimmtheit im Gegensatz zu festumrissenen Einzelsätzen⁴². Statt einen besonderen Tatbestand enthalten sie nach *Hubernagel* Richtlinien für die Auslegung, insbesondere um das Recht lückenfüllend, kulturschützend und gerecht anwenden zu können⁴³. Die zentrale Eigenschaft der Generalklausel liegt danach in der qualifizierten Unbestimmtheit, die sich auf ihren gesamten Tatbestand oder ihre Rechtsfolge erstreckt. Diese qualifizierte Unbestimmtheit zeichnet sich wegen ihres typischen Verweises auf außergesetzliche Wertmaßstäbe oder Begriffe insbesondere durch die Erforderlichkeit einer daran zu orientierenden Ausfüllung – besser gesagt: Rechtsschöpfung – durch den Rechtsanwender aus⁴⁴.

Engisch konzentriert sich im Rahmen seiner ausführlichen Betrachtung der Generalklausel und ihrer Abgrenzung von anderen Formen der Lockerung der Gesetzesbindung dagegen auf ihren quantitativen

⁴² *Hedemann*, Die Flucht in die Generalklauseln, 1933, S. 2 f.

⁴³ *Hubernagel* (Fn. 23), S. 970.

⁴⁴ Vgl. *Rüthers* (Fn. 3), S. 210 ff.; *Werner*, Zum Verhältnis von gesetzlichen Generalklauseln und Richterrecht, 1966, S. 7.

Aspekt⁴⁵. Dabei stellt er der Generalklausel zunächst die kasuistische Tatbestandsbildung gegenüber, welche besondere Fallgruppen umschreibe. Weil dies bei einer Generalklausel ausbleibe, bestünde ihre Besonderheit insbesondere darin, dass sie „mit großer Allgemeinheit einen Fallbereich umfasst und der rechtlichen Behandlung zuführt“⁴⁶. In dieser Allgemeinheit, die es ihnen ermögliche, „eine größere Gruppe von Sachverhalten lückenlos und anpassungsfähig einer Rechtsfolge zu unterwerfen“⁴⁷ liege die wahre Besonderheit der Generalklauseln, die ansonsten gegenüber den unbestimmten und normativen Begriffen und Ermessensklauseln keine eigentümliche Struktur aufweisen würden. In praktischer Hinsicht, und so nähert sich *Engisch* dem qualitativen Charakteristikum der Generalklauseln, kämen fast nur solche Generalklauseln in Betracht, die wenigstens zugleich unbestimmt und normativ sind⁴⁸.

Generalklauseln zeichnen sich damit in der Regel durch eine Kombination qualitativer (besondere Wertausfüllungsbedürftigkeit und Unbestimmtheit kraft Anknüpfung an außerrechtliche Maßstäbe) und quantitativer (tatbestandliche Weite) Charakteristika aus⁴⁹. Beide Aspekte bedingen einander in gewissem Umfang. Die Abgrenzung zu anderen Normen mit ‚bloß‘ hohem Allgemeineits- und Unbestimmtheitsgrad ist dabei aber fließend⁵⁰. Entscheidend ist letzten Endes, dass

⁴⁵ S. hierzu und zum Folgenden *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018 (erste Aufl. 1956), S. 157 ff.

⁴⁶ Ebd., S. 176.

⁴⁷ Ebd., S. 180.

⁴⁸ Ebd., S. 179. Ähnlich fasst *Rüthers* (Fn. 3), S. 212, zusammen: „Aus dem Vorstehenden wird deutlich, daß unbestimmte Wertbegriffe und Generalklauseln benachbarte Kategorien sind. Ihr Verhältnis zueinander ist dadurch gekennzeichnet, daß in allen Generalklauseln normativ-unbestimmte Begriffe der bezeichneten Art auftreten.“

⁴⁹ S. auch *Börner*, Die Bedeutung der Generalklauseln für die Umgestaltung der Rechtsordnung in der nationalsozialistischen Zeit, 1989, S. 4; *Weber*, Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, in: AcP 192 (1992), 516 (517 f., 522 ff.).

⁵⁰ So zutreffend *Auer*, Generalklausel, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatlexikon, Bd. 2, 8. Aufl. 2018.

Generalklauseln dem Rechtsanwender wegen ihrer besonders stark ausgeprägten sprachlichen und normativen Offenheit und Vagheit, mehr als es Rechtsnormen wegen ihrer abstrakt-generellen Fassung naturgemäß tun, einen Spielraum zukommen lassen, der es ihm ermöglicht und auch abverlangt, in verschiedenen gelagerten Fällen nach verschiedenen außerrechtlichen Wertmaßstäben zu entscheiden.

2. §§ 138, 242 BGB als Generalklauseln

Dass es sich bei §§ 138, 242 BGB um Generalklauseln handelt, ist unbestritten⁵¹. Hier ist – bevor im Folgenden auf deren Indienstnahme zur Einkleidung der nationalsozialistischen Weltanschauung in das positive Recht und die entsprechende Ausfüllung ihres Tatbestands durch die Rechtsprechung im Nationalsozialismus an konkreten Beispielen eingegangen werden kann – kurz dasjenige zu benennen, was die in Rede stehenden Rechtsnormen zu Generalklauseln macht.

Nach § 138 Abs. 1 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, nichtig. Der klaren und eindeutigen Rechtsfolge der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts stehen die umso vagieren und wertungs-offenen „guten Sitten“ gegenüber. In den Motiven zum ersten Entwurf des BGB wurde deshalb richtigerweise erkannt, dass sich die Vorschrift „als ein bedeutsamer gesetzgeberischer Schritt dar[stellt], der vielleicht nicht ohne Bedenken ist. Dem richterlichen Ermessen wird ein Spielraum gewährt, wie ein solcher großen Rechtsgebieten bisher unbekannt ist. Fehlgriffe sind nicht ausgeschlossen“⁵². Damit jedoch nicht allein

⁵¹ Vgl. nur Börner (Fn. 49), S. 43 ff., 81 ff.; Ellenberger, in: Grüneberg (Hrsg.), BGB, 81. Aufl. 2022, § 138 Rn. 1; Grüneberg, in: ders. (Hrsg.), BGB, 81. Aufl. 2022, § 242 Rn. 2; Hedemann (Fn. 42), S. 6 f.; Hubernagel (Fn. 23), S. 971 ff.; Rüthers (Fn. 3), S. 213; Weber, Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, in: AcP 192 (1992), 516 (524).

⁵² Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 1888, S. 211. Man vertraute jedoch auf die „Gewissenhaftigkeit des deutschen Richterstandes“, ebd., S. 211 f. Ob dieser dem richterlichen

das Sittlichkeitsgefühl des entscheidenden Richters als Entscheidungsmaßstab herangezogen wird, hat das Reichsgericht das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zum bis heute anerkannten Maßstab der guten Sitten erklärt⁵³. Auch die Kommentarliteratur aus der Zeit vor der ‚Machtergreifung‘ erklärte aus diesem Grund das im Volk herrschende Sittlichkeitsgefühl und somit eine außerrechtliche Sittenordnung zum verbindlichen Auslegungsmaßstab⁵⁴. Welche sittlichen und moralischen Vorstellungen der Richter hierbei als diejenigen der billig und gerecht Denkenden qualifizierte, die nicht besonders ‚lax‘ oder übertrieben sind⁵⁵, verblieb in weiten Teilen allerdings seinen sittlich-moralischen Vorstellungen überlassen. Der Maßstab der Entscheidung war damit zwar von den außerrechtlichen und in der Gemeinschaft herrschenden sittlich-moralischen Vorstellungen geprägt, deren Identifizierung gleichwohl ein Werturteil des Richters erforderlich machten⁵⁶. Der Entscheidungsmaßstab war in inhaltlicher Hinsicht

Ermessen gewährte Freiraum tatsächlich „bisher unbekannt“ war, ist dagegen historisch sehr fragwürdig.

⁵³ RGZ 48, 114 (124); 120, 144 (148). Diese Formel wurde mit den guten Sitten bereits in den Motiven zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse, 1888, S. 727, in Verbindung gebracht. Zur Rezeption durch den BGH s. *Armbrüster*, in: Sackner/Rixecker/Oetker et al. (Hrsg.), *MüKoBGB*, 9. Aufl. 2021, § 138 Rn. 26. Heute sind für die Auslegung von Generalklauseln im Allgemeinen und der guten Sitten im Speziellen – insbesondere wegen der aus der nationalsozialistischen Perversion der Rechtsordnung gezogenen Lehren – auch und vor allem rechtsethische Werte und Prinzipien, wie sie insbesondere in der Werteordnung des GG zum Ausdruck kommen, maßstabsbildend, vgl. *Ellenberger* (Fn. 51), § 138 Rn. 3; *van Look*, JR 2000, 89 (97); *Wendtland*, in: Hau/Poseck (Hrsg.), *BeckOK BGB*, 65. EL 01.02.2023, § 138 Rn. 17 f.

⁵⁴ Vgl. hierzu *Kiehl*, in: Busch (Hrsg.), *RGRK*, 5. Aufl. 1923, § 138 Rn. 204 f.; *Warneyer*, in: *ders.* (Hrsg.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, 2. Aufl. 1930, § 138 S. 243.

⁵⁵ Besonders ‚laxe‘ moralisch-sittliche Anschauungen (zu denen beispielsweise diejenigen im Krieg oder der Nachkriegszeit zählen sollten) sollten keine Beachtung verdienen, vgl. *Warneyer* (Fn. 54), § 138 S. 244.

⁵⁶ Vgl. hierzu auch *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4. Aufl. 1979, S. 273.

aber jedenfalls nicht durch § 138 Abs. 1 BGB bestimmt und folglich außerrechtlichen Umständen, nämlich den gesellschaftlichen Wandlungen der Sittenordnung unterworfen⁵⁷.

Ähnlich verhält es sich bei § 242 BGB, welcher den Schuldner dazu verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Der Vorschrift wurde schon damals eine besondere tatbestandliche Weite zugemessen, sei es als eine das gesamte Gebiet der Schuldverhältnisse⁵⁸ oder gar die gesamte Rechtsordnung⁵⁹ beherrschende Bestimmung. Den Begriffen von „Treu und Glauben“ und der „Verkehrssitte“ wohnt aber – wie auch den „guten Sitten“ – kein genuiner Begriffs- und Erkenntniswert inne. Sie sind stattdessen höchst unbestimmt und wertausfüllungsbedürftig⁶⁰. Deshalb bedarf es zu ihrer Präzisierung ebenfalls des Rückgriffs auf außergesetzliche Rechts- und Wertvorstellungen, welche die vom Schuldner gebotene Treue einerseits und das spiegelbildlich vom Gläubiger gebildete schutzwürdige Vertrauen auf die Leistung, d.h. seinen Glauben, andererseits unter Rücksicht auf die Regeln der Verkehrssitte inhaltlich ausfüllen. Die Paarformel von „Treu und Glauben“ verweist auf die in einer Gemeinschaft herrschenden sittlich-ethischen Vorstellungen und Grundlagen, die auf diese Weise Eingang in das Recht erhalten⁶¹. Weniger ethisch-moralisch geprägt, gleichwohl als tatsächliche Übung durch intersubjektive außerrechtliche Normativitätsvorstellun-

⁵⁷ Eingehend dazu *Eckert*, Sittenwidrigkeit und Wertungswandel, in: *AcP* 199 (1999), 337 (344 ff.).

⁵⁸ So *Kiehl*, in: *Busch* (Hrsg.), *RGRK*, 5. Aufl. 1923, § 242 S. 339. So auch in der 9. Aufl. *Michaelis*, in: *Bessau/Oegg/Sayn et al.* (Hrsg.), *RGRK*, 8. Aufl. 1934, § 242 S. 367.

⁵⁹ Vgl. dazu die (kritisch kommentierten) Nachweise bei *Hedemann* (Fn. 42), S. 26, 34 et passim.

⁶⁰ *Schubert*, in: *Säcker/Rixecker/Oetker et al.* (Hrsg.), *MüKoBGB*, 9. Aufl. 2021, § 242 Rn. 3.

⁶¹ Vgl. *Warneyer*, in: *ders.* (Hrsg.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, 2. Aufl. 1930, § 157 S. 301 f. Davon geht auch die gegenwärtige Dogmatik des § 242 BGB aus; allerdings werden nunmehr rechtsethische Werte und Prinzipien stärker berücksichtigt, vgl. *Busche*, in: *Säcker/Rixecker/Oetker et al.* (Hrsg.), *MüKoBGB*, 9. Aufl. 2021, § 157 Rn. 10; *Schubert* (Fn. 60), § 242 Rn. 10.

gen und Verhaltenserwartungen bestärkt, findet auch die Verkehrssitte kraft der rechtspositivistischen Öffnung und damit letzten Endes durch das richterliche Urteil Eingang in die Rechtsordnung.

3. *Generalklauseln als ‚Einbruchstellen‘ nationalsozialistischen Rechtsdenkens*

Nach der ‚Machtergreifung‘ der NSDAP im Jahr 1933, mit welcher die Umgestaltung des Staates nach der nationalsozialistischen Weltanschauung angestrebt wurde, galten die meisten der ‚vorrevolutionären‘ Gesetze – so auch §§ 138, 242 BGB – noch immer unverändert fort, obwohl diese überwiegend wegen ihrer liberal-individualistischen Ausrichtung von den Nationalsozialisten verachtet wurden, weil sie nicht ihrer Vorstellung eines deutschen Gemeinrechts entsprachen⁶². Der Grund für diesen Zustand lag darin, dass der Gesetzgeber – als solcher galt wegen des Ermächtigungsgesetzes vom 24.03.1933 nicht mehr nur der Reichstag, sondern auch die Reichsregierung – nicht in der Lage war, von heute auf morgen eine völlig neue, am Gemeinschaftsgedanken und der Rassenideologie der NSDAP ausgerichtete Rechtsordnung in Gesetzesform zu schaffen und es deshalb (übergangsweise) der Mithilfe der Rechtsanwendung bedurfte⁶³. Das war angesichts der neuen Rechtsquellenlehre und dem neuen Richterbild im nationalsozialistischen Staat aber auch nicht zwingend erforderlich. Insbesondere die Generalklauseln wurden aufgrund ihrer Wertoffenheit und Tatbestandsweite – wie im Folgenden zu zeigen sein wird – in den Dienst der neuen Rechtsidee gestellt und das neue Rechtsdenken damit in den positiven Rechtstext der alten Gesetze gekleidet, um die überkommenen Kodifikationen an die nationalsozialistische Weltanschauung anzupassen. Die damit verbundene Gefahr der willkürlichen Überdehnung und

⁶² S. dazu schon die Nachweise in den Fn. 5, 6 und 7.

⁶³ So – wenn auch mit zurückhaltender Kritik im Hinblick auf die damit verbundenen Schwierigkeiten der Rechtsfindung – Lange (Fn. 26), S. 17.

Verweichlichung – vor welcher *Hedemann*⁶⁴ noch warnte⁶⁵ und die als krasses Beispiel des von *Teubner* geprägten Dilemmas der „Übersozialisierung des Rechts“⁶⁶ wegen seiner Eroberung durch die Politik qualifiziert werden kann – war und ist gerade bei Generalklauseln besonders hoch, weil der dem Rechtsanwender im Rahmen ihrer Anwendung zukommende Wertungs- und Auslegungsspielraum mangels konkreter gesetzlicher Maßstäbe und Entscheidungskriterien besonders weitreichend ist, sodass die Auslegungsmethode faktisch zur Kompetenz, die Rechtsanwendung mithin zur Rechtsschöpfung avanciert⁶⁷. So konnten sie jeglicher Rechtsauffassung und Weltanschauung, auch der nationalsozialistischen, mächtig gemacht werden. Die damit verbundene Perversion der Rechtsordnung, die den „Vorteil pseudo-juristischer“⁶⁸ Begründung in sich trug, setzte die Rechtsordnung „im Bedarfsfalle für sich selber ein[...], obwohl man ihr in der Sache nach Belieben ständig zuwiderhandelt“, weil man in sprachlicher und wertender Umkehr „das Lamm zum Wolf macht und den Wolf zum Lamm“.

Ausgehend davon erfolgte über die Anwendung der Generalklauseln in der Rechtsprechung des Nationalsozialismus eine Korrektur der alten Rechtslage am Maßstab der beschriebenen neuen Rechtsquellen⁶⁹. Von Beginn an

⁶⁴ *Hedemann* (Fn. 42), S. 66 ff.

⁶⁵ Sie war für den nationalsozialistischen Staat deshalb mehr nützlicher Hinweis als Warnung, so zutreffend *Börner* (Fn. 49), S. 23 f.

⁶⁶ *Teubner*, Das regulatorische Trilemma, in: *Quaderni Fiorentini* 13 (1984), 109 (129 f.).

⁶⁷ Vgl. zu diesem Ergebnis auch *Ritter*, Justiz und innere Verwaltung, in: *Benz/Graml, Hermann, Weiß, Hermann* (Hrsg.), *Enzyklopädie des Nationalsozialismus*, 1. Aufl. 1997, S. 85 (94); *Rüthers* (Fn. 3), S. 215; *Stolleis*, Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, 1974, S. 87 f.; *Weber*, Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, in: *AcP* 192 (1992), 516 (520 f.).

⁶⁸ S. hierzu und zum Folgenden von *Hippel*, Die Perversion von Rechtsordnungen, 1955, S. 56. Und speziell auch *Rüthers* (Fn. 3), S. 215 ff., 227 et passim.

⁶⁹ Aus der Rechtsprechung RGZ 150, 1 (4); RAG, Urt. v. 07.03.1936, RAG 218/35, abgedruckt in *ARS* 26 (1936), 125 (Leitsatz). S. zu entsprechenden Forderungen aus der Literatur *Herschel*, DJZ 1933, 1008 (1010 f.); *Huber*, DJZ 1934, 950 (958); *Hubernagel* (Fn. 23), S. 970; *Müller*, DJZ 1935, 269 (269 f.); *Rothenberger*, DJZ 1936, 22 (24 f.).

lagen die Generalklauseln deshalb im Fokus der an einer Rechtserneuerung interessierten nationalsozialistischen Juristen, wie *Schmitt* 1933 im vierten von insgesamt fünf Leitsätzen für die Rechtspraxis stellvertretend für seine Zunft zum Ausdruck brachte: „Von ihren [lies: der nationalsozialistischen Bewegung] Grundsätzen aus muß daher bestimmt werden, was gute Sitten, Treu und Glauben, zumutbare Anforderungen, öffentliche Sicherheit und Ordnung usw. sind. Jeder einzelne Anwendungsfall dieser Begriffe hat sich daher an der Hand nationalsozialistischer Grundsätze auszuweisen und ist unter nationalsozialistischen Gesichtspunkten zu prüfen“⁷⁰. Hinter den zahlreichen Veröffentlichungen *Schmitts* und anderer Wegbereiter der nationalsozialistischen Rechtsidee in juristischen Fachzeitschriften stand der Zweck der Indoktrinierung der Richter und Verwaltungsbeamten des in der Umgestaltung befindlichen Staates im Sinne der nationalsozialistischen Rechtsidee⁷¹.

Beispielhaft dafür, dass auch die juristische Kommentarliteratur vordringlich die zivilrechtlichen Generalklauseln, insbesondere solche, die auf Treu und Glauben und die guten Sitten rekurrierten, dazu nutzte, um die ‚vorrevolutionäre‘ Kodifikation des BGB der neuen Rechtsidee lediglich auf dem Wege der Rechtsprechung anzupassen, ist das Vorwort der Herausgeber zur achten, wesentlich umgearbeiteten Auflage des Reichsgerichtsräte-Kommentars zum BGB von 1934: „Jetzt erobert der Gemeinschaftsgedanke wieder mehr und mehr auch das Privatrecht, ein neues Gemeinschaftsleben ist im Werden begriffen. [...] In der neuen Auflage ist versucht worden, diese Rechtsgedanken von Treu und Glauben im Verkehr und Billigkeit noch besonders scharf herauszustellen. [...] Ferner sei auf die Ausführungen zu §§ 138, 157, 242, 826 hingewiesen. [...] Wir hoffen daher, daß die neue Auflage dieses Kommentars, die durchaus im Rahmen der neuen Bestrebungen liegt, diese zu fördern geeignet ist“⁷². Noch deutlicher trat die Fokussierung auf die Generalklauseln in der 9. Aufl. zutage: „Entscheidend ist demgemäß heute das auf der nationalsozialistischen Weltanschauung beruhende

⁷⁰ *Schmitt*, DR 1933, 201 (202).

⁷¹ So zutreffend *Stolleis* (Fn. 67), S. 88.

⁷² *Bessau/Oegg/Sayn u.a.*, in: *dies.* (Hrsg.), RGRK, 8. Aufl. 1934 III ff.

Volksempfinden. So bildet § 138 BGB (vgl. auch § 826) in Verbindung mit dem allgemeinen Gebot von Treu und Glauben (§§ 157, 242) auch die besonders geeignete Grundlage, dem durch den Gedanken der Gemeinschaft, der Volksverbundenheit, geläuterten Rechts- und Sittlichkeitsbewußtsein des gesamten deutschen Volkes auf dem Gebiete des rechtsgeschäftlichen Verkehrs Geltung zu verschaffen⁷³. Die zivilrechtlichen Generalklauseln wurden damit zu den „tonangebenden Vorschriften“ des BGB, mit deren Hilfe „dem Richter die wesentlich ungehemmte Ausfüllung des gesetzlichen bloßen Blanketts“⁷⁴ anhand der gewandelten Bedürfnisse und Anschauungen des Nationalsozialismus überlassen war.

4. *Rechtsprechung zu §§ 138, 242 BGB im Nationalsozialismus*

Im Folgen soll anhand ausgewählter Entscheidungen von Zivilgerichten unterschiedlicher Instanzen gezeigt werden, wie dem ursprünglich liberal-individualistisch geprägten BGB über die ‚Einfalltore‘ der §§ 138, 242 BGB eine an der Weltanschauung des Nationalsozialismus ausgerichtete Zielrichtung gegeben wurde. Insbesondere die Vertragsverhältnisse, die nach der ursprünglichen Konzeption des BGB eigentlich primär Ausdruck und Gegenstand der privatautonomen Gestaltungsfreiheit der Vertragsparteien waren, sollten zu diesem Zweck nach den Regeln von Treu und Glauben (neu) beurteilt werden, wodurch es der Rechtsprechung auf dem Gebiet des Vertragsrechts „am leichtesten“ werden sollte, „einem Rechtsempfinden Eingang zu verschaffen, das durchaus nicht immer mit der Grundeinstellung des Gesetzes übereinstimmt“⁷⁵. Dieses Rechtsempfinden, die neue Rechtsidee, baute im Wesentlichen auf zwei Grundgedanken auf: Dem Gemeinschaftsge-

⁷³ Oegg (Fn. 9), § 138 S. 283.

⁷⁴ Hierzu und zum Vorherigen Oertmann, DJZ 1931, 266 (266), allerdings noch vor der ‚Machtergreifung‘.

⁷⁵ Hierzu und zum Vorherigen Müller, DJZ 1935, 269 (269 f.).

danken einerseits und der Rassenideologie andererseits⁷⁶. Der Einfluss dieser beiden Grundgedanken der nationalsozialistischen Weltanschauung auf die Auslegung und Anwendung von §§ 138, 242 BGB soll im Folgenden erörtert werden.

a) *Rassenideologie*

Zentraler Bestandteil der nationalsozialistischen Weltanschauung war die antisemitische Rassenideologie. So erklärte der vierte Punkt des Parteiprogramms der NSDAP: „Staatsbürger kann nur sein, wer Volksgenosse ist. Volksgenosse kann nur sein, wer deutschen Blutes ist, ohne Rücksichtnahme auf Konfession. Kein Jude kann daher Volksgenosse sein.“ Der fünfte Punkt legte außerdem fest, dass diejenigen, die nicht Staatsbürger sind, nur als Gast in Deutschland leben können sollten und unter Fremden-Gesetzgebung stehen müssen. Besondere Form und massive Verstärkung erfuhr diese Zielsetzung der ‚Rassentrennung und -reinhaltung‘ in den Nürnberger Rassegesetzen vom 15.09.1935. Ziel war der Ausschluss ‚nichtarischer‘, insbesondere jüdischer Menschen in umfassender, vor allem gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Hinsicht. Aber schon vor ihrer Positivierung in besonderen Gesetzen und Verordnungen wurde die Rassenideologie mithilfe der Generalklauseln als deren ‚Einfallstore‘ zum Gesetzesrecht.

aa) *Sittenwidrigkeit eines Kindesannahmevertrags*

Bereits im Jahr der ‚Machtergreifung‘ hat das LG Berlin⁷⁷ einer Entscheidung über die Beschwerde gegen die Zurückweisung eines Antrags auf Bestätigung eines Kindesannahmevertrags durch das zuständige AG die nationalsozialistische Rassenideologie als Auslegungsmaxime der guten Sitten zugrunde gelegt. Mit dem in Rede stehenden Vertrag vom 08.07.1933 hatte der Beschwerdeführer zu 1 (mit dem Nachnamen „Günther“) den Beschwerdeführer zu 2 (mit dem Nachnamen

⁷⁶ So deutlich erklärt von Stoll, DJZ 1933, 1229 (1231 f.).

⁷⁷ LG Berlin, Beschl. v. 25.09.1933, 238 T 13996/33, abgedruckt in JW 1934, 442.

„Manasse“) unter der Vereinbarung, dass dieser künftig ausschließlich den Familiennamen „Günther“ führen solle, an Kindes statt angenommen. Gegenüber dem AG haben die Beschwerdeführer erklärt, sie wollten durch die Adoption erreichen, „daß der Erschienene zu 2, der evangelisch getauft, ein guter Deutscher und Frontkämpfer ist, einen deutsch klingenden Namen bekommt“⁷⁸. Das AG wies die Anträge der Beschwerdeführer zurück, weil der Vertrag nur zum Schein geschlossen worden sei. Ob der Annahmevertrag tatsächlich zum Schein abgeschlossen worden ist, ließ das LG dagegen offen. Dieser Frage hat es keine Bedeutung zugemessen, weil es den Vertrag schon wegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 Abs. 1 BGB als nichtig qualifizierte. Denn der Abschluss eines Annahmevertrags mit dem vornehmlichen Zweck der Namensänderung stelle sich als Missbrauch der Rechtseinrichtung dar. Den Beschwerdeführern sei es nämlich nicht darum gegangen, ein seelisches Bedürfnis nach Begründung inniger Familienbande durch Herstellung eines wirklichen Kindesverhältnisses zu befriedigen, sondern lediglich um „die Erlangung eines sozialen Vorteils für den Angenommenen durch Ablegung des einem Fortkommen hinderlichen, nichtarischen Namens“⁷⁹. Im streitigen Annahmevertrag erblickte das LG deshalb eine Verschleierung der ‚nichtarischen‘ Herkunft des Beschwerdeführers zu 2; ein entsprechendes Rechtsgeschäft sei „mit der Grundauffassung des neuen Staates, der gerade umgekehrt auf Klarlegung der Herkunftsverhältnisse dringt und sich die Scheidung der Fremdrassigen von den Ariern [...] zum Ziel gesetzt hat, unvereinbar und widerspricht dem Sittlichkeitsgefühl und Rechtsempfinden des Volkes“⁸⁰. In seiner Entscheidung war das LG Berlin offensichtlich davon angeleitet, dem seit der Machtergreifung zur Rechtsquelle erhobenen Parteiprogramm und seinem Ziel der Rassentrennung zur Verwirklichung zu helfen, indem es einer Verschleierung der erklärten Rassenunterschiede entgegentrat. Zu diesem Zweck stützte es seine Er-

⁷⁸ LG Berlin, a.a.O.

⁷⁹ LG Berlin, a.a.O.

⁸⁰ LG Berlin, a.a.O.

wägungen auf einen nicht näher begründeten, sondern bloß behaupteten Rechtsmissbrauch. Dabei handelt es sich letztlich nur um einen Vorwand zur Begründung der eigentlich an der Rassenideologie ausgerichtet Entscheidung.

bb) *Führung ‚arischer‘ Firmenbezeichnungen durch Juden*

Die von den Nationalsozialisten angestrebte Ausschaltung der Juden aus dem deutschen Wirtschaftsleben⁸¹ führte auch zu der Frage, ob und unter welcher Firma Juden am Handel und geschäftlichen Verkehr teilnehmen dürfen. So hatte das KG⁸² über einen Fall zu entscheiden, in welchem das zuständige Registergericht einen Antrag auf Firmenänderung von „Deutsche Lederindustrie Gebr. F“ zu „Deutsche Lederindustrie, Inh. Gebr. G. GmbH. & Co.“ mit der Begründung ablehnte, die Firma sei zur Täuschung der Allgemeinheit geeignet, da sie den Eindruck erwecke, dass die Geschäftsinhaber arischer Abstammung seien. Dem schloss sich das KG an: Der Zusatz „deutsch“ in der Firma sei im konkreten Fall schon deshalb unzulässig, weil er in tatsächlicher Weise mindestens die Rassenangehörigkeit der Inhaber verdecke. Wenngleich das Gericht seine Entscheidung im Wesentlichen auf § 18 Abs. 2 HGB stützte, merkte es darüber hinaus an, dass die Firmenbezeichnung auch ohne das Vorliegen einer Täuschung i.S.v. § 18 Abs. 2 HGB „wegen der nach allgemeiner Anschauung ungehörigen Art der Verwendung des Wortes ‚deutsch‘ im Handelsverkehr gegen die guten Sitten verstoßen“⁸³ kann. Im Hinblick auf die neue Firmenbezeichnung ging das Gericht angesichts der ‚nichtarischen‘ Inhaber deshalb vom Vorliegen einer Täuschungsgefahr aus, weil die „Bezeichnung ‚deutsch‘ [...] immer mehr in der Bedeutung von arisch im Gegensatz zu nichtarisch (jüdisch) verstanden“⁸⁴ werde. Die alte Firmenbezeichnung habe die Täu-

⁸¹ So der Titel einer entsprechenden Verordnung vom 12.11.1938.

⁸² KG, Beschl. v. 25.10.1934, 1 b X 491/34, abgedruckt in JW 1935, 436 ff.

⁸³ Ebd., S. 438.

⁸⁴ Ebd., S. 438.

schungsgefahr dagegen mit ihrem Zusatz „Gebr. F.“ ausgeschlossen, da sich aus dem Namenszusatz die nichtarische Abstammung der Inhaber für jedermann klar und deutlich ergebe. Ob die bisherige Firma jedoch abseits von § 18 Abs. 2 HGB wegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten dennoch rechtlich zu beanstanden ist, ließ das Gericht wegen eines Verfahrensfehlers des eingeleiteten Löschungsverfahrens offen. Interessant an der Entscheidung ist, dass sie – zumindest im Hinblick auf die neue Firmenbezeichnung – auch Ausführungen zur Zulässigkeit einer Firmenbezeichnung am Maßstab der guten Sitten tätigt, obwohl diese zur Lösung des Falls angesichts § 18 Abs. 2 HGB als speziellere Rechtsnorm nicht angezeigt waren.

Über die Frage der Führung einer Firma unter „offensichtlich arischem Namen“ durch einen Juden hatte auch das OLG Hamburg⁸⁵ zu entscheiden. Nachdem der ‚arische‘ Antragsgegner dem jüdischen Antragsteller sein Geschäft unter der Firma „E. K. Kaffeeversand“ verkaufte und die Firma umschreiben ließ, erwirkte der Antragsteller gegen den Antragsgegner eine einstweilige Verfügung, durch welche diesem bei gerichtlicher Strafe entsprechend einer vertraglich übernommenen Verpflichtung verboten worden ist, unmittelbar oder mittelbar ein Kaffeeversandgeschäft zu betreiben oder betreiben zu lassen. Im gerichtlichen Verfahren gegen diese einstweilige Verfügung wendete der Antragsgegner die Nichtigkeit der Verträge ein. Anders als noch das LG folgte das OLG der Rechtsauffassung des Antragsgegners. Dabei stellte es zunächst fest, dass die Frage, ob ein Jude ein Handelsgeschäft eines Ariers „unter dessen offensichtlich arischem Namen weiterführen darf [...] bisher durch keine besondere gesetzliche Bestimmung geregelt“⁸⁶ sei. Eine entsprechende Vereinbarung müsse jedoch schon jetzt nach § 138 Abs. 1 BGB wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sein. „Die nationalsozialistische Weltanschauung, welche für die Rechtsfindung maßgebend ist, steht dem Judentum ablehnend gegenüber. Die

⁸⁵ OLG Hamburg, Beschl. v. 27.11.1935, 1 U 225/35, abgedruckt in DJ 1936, 775 f.

⁸⁶ Ebd., S. 775.

Mehrzahl der Volksgenossen vermeidet es deshalb grundsätzlich bei Juden, jedenfalls bei Volljuden zu kaufen“⁸⁷. Für Parteigenossen bestünde außerdem das Verbot, bei Juden einzukaufen. Es sei daher glaubhaft, dass viele Kunden des Antragstellers nicht bei ihm einkaufen würden, wüssten sie, dass er Jude ist. Wegen der arischen Firmenbezeichnung bleibe dieser Umstand aber unerkannt. Die Vereinbarung der Firmenfortführung sei wegen eben dieser Eignung, eine Täuschung über die Rassenzugehörigkeit des Firmeninhabers herbeizuführen, nach der heutigen deutschen Rechtsanschauung objektiv unsittlich und deshalb nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig.

Es ist bemerkenswert, dass das Gericht in seiner Entscheidung an keiner Stelle auf § 18 Abs. 2 HGB einging, der irreführende Firmenbezeichnungen verbietet. Das mag daran liegen, dass in dem zu entscheidenden Fall – anders als im zuvor geschilderten Fall vor dem KG – nicht primär die Zulässigkeit der Firmenbezeichnung als solcher, sondern die Rechtmäßigkeit des Kaufvertrags über das Kaffeeversandunternehmen samt der Vereinbarung über die Fortführung der Firma in Frage stand und § 18 Abs. 2 HGB selbst nicht auf rechtsgeschäftliche Vereinbarungen anwendbar ist. Gleichwohl warf das Gericht zur Klärung dieser Frage ausdrücklich die (Vor-)Frage auf, ob nämlich ein Jude das Geschäft unter dem arischen Namen weiterführen darf, und stellte damit einen rechtlichen Konnex zwischen der Zulässigkeit der Firmenfortführung einerseits und der Rechtmäßigkeit der darauf gerichteten Vereinbarung andererseits her. Anders als das Gericht meinte, kann eine Antwort auf eben diese (Vor-)Frage jedoch – legt man die zuvor dargestellte Rechtsauffassung des KG zugrunde – § 18 Abs. 2 HGB entnommen werden, wonach die Firmen(fort)führung zumindest für den konkreten Fall wegen ihres irreführenden Charakters unzulässig gewesen wäre. Das Gericht hätte seine Einwände gegen die Zulässigkeit einer solchen Firmen(fort)führung somit auf § 18 Abs. 2 HGB stützen können, statt sie losgelöst von einem gesetzlichen Anknüpfungspunkt bloß an der nationalsozialistischen Weltanschauung festzumachen. Mit dem Ergeb-

⁸⁷ Ebd., S. 775

nis der Unzulässigkeit der Firmen(fort)führung nach § 18 Abs. 2 HGB hätte das Gericht zumindest erwägen können, ob sich die Nichtigkeit einer darauf gerichteten rechtsgeschäftlichen Vereinbarung aus § 134 BGB ergibt, was vor dem Hintergrund des von ihm hergestellten rechtlichen Konnex beider Vorgänge nahegelegen hätte. Alternativ erklärt *Spindler* in seiner Anmerkung zum Beschluss des OLG Hamburg, dass die Vereinbarung in entsprechender Anwendung von § 779 BGB wegen mangelnder Geschäftsgrundlage unwirksam gewesen sei, weil der Registerrichter im Wege des Firmenmissbrauchsverfahrens nach § 140 FGG a.F. i.V.m. §§ 18 Abs. 2, 37 Abs. 1 HGB habe einschreiten müssen und die Firmenumschreibung hätte nicht vornehmen dürfen, die Vereinbarung dies aber gerade zum Gegenstand gehabt habe⁸⁸. Ohne die Entscheidung des OLG Hamburg hier weiter rechtsdogmatisch beurteilen zu wollen, verdeutlichen sich an ihr zwei Aspekte der damaligen Rechtsprechung deutlich: Zum Ersten, dass im Eifer der Entscheidung rechtlicher Fragen mithilfe der Generalklauseln die Gefahr bestand, spezialgesetzliche Bestimmungen (bewusst oder unbewusst) zu missachten. Und darauf aufbauend zum Zweiten, wie die Generalklauseln in den Dienst genommen wurden, um ein politisch vorbestimmtes Ergebnis positiv-rechtlich zu verkleiden. Das Ergebnis der Entscheidung stand über ihrer methodischen Begründung.

b) Gemeinschaftsgedanke

Die nationalsozialistische Weltanschauung propagierte neben der Rassenideologie die Abkehr von der liberal-individualistischen Auslegung und Anwendung des Rechts im Allgemeinen und der Generalklauseln im Besonderen; sie seien stattdessen an überindividualistischen, gemeinschaftlichen Interessen zu deuten, in denen die Gesetze, subjektiven Rechte und relativen Schuldverhältnisse ihre Grenzen fänden⁸⁹. In diesem Sinne formulierte das Reichsgericht: „Die heutige Auf-

⁸⁸ S. *Spindler*, DJ 1936, 776 (776 f.).

⁸⁹ Vgl. *Hubermagel* (Fn. 23), S. 971 f.; *Stoll*, DJZ 1936, 414 (416).

fassung des Staats- und Wirtschaftslebens wendet sich besonders gegen einen dem Ganzen nachteiligen Eigennutz des einzelnen Volksgenossen; sie fordert die Bekämpfung einer derartigen Gesinnung mit allen zu Gebote stehenden Mitteln, und zwar sowohl auf dem Gebiete des Strafrechts wie auch auf dem des bürgerlichen Rechts⁹⁰. Der Einzelne habe sich deshalb auch rechtlich in jeder Hinsicht dem Wohl und der Erhaltung des Gesamtvolks zu beugen⁹¹. Das Recht und der Staat bauten auf dem Grundsatz „Gemeinnutz geht vor Eigennutz“⁹². Schon früh wurde dieser Grundsatz von den Zivilgerichten ihrer Entscheidungsfindung zugrunde gelegt. Wie es in einer Entscheidung des KG über die Frage der Rechtmäßigkeit eines Vertrags zur Steuerhinterziehung heißt, „haben sich in Deutschland die Anschauungen der Volksgenossen über die Verwerflichkeit der Steuerhinterziehung und der Kapitalflucht derartig verschärft, daß es mit der *Aufgabe eines deutschen Gerichts* unvereinbar wäre, wenn es einem Verträge mit solchem Zweck Gültigkeit zuerkennen wollte“⁹³. Das Reichsgericht erklärte den Grundsatz sodann zum Grundgedanken der §§ 138, 242 BGB, mit welchen die Ausübung eines Gründerbezugsrechts „als rücksichtslose, grob eigennützige, sachlich nicht gerechtfertigte Interessenwahrnehmung der Gründer“⁹⁴ deshalb unvereinbar wäre.

aa) *Allgemeine Lieferbedingungen eines Überlandwerks*

Ausgehend davon hatte das LG Gera⁹⁵ über die Zulässigkeit einer Allgemeinen Lieferungsbedingung eines Überlandwerks zu entschei-

⁹⁰ RG, Beschl. v. 13.03.1936, V 184/35, abgedruckt in RGZ, 150, 1 (6).

⁹¹ Frank, DJZ 1934, 1169 (1171); Lange (Fn. 5), S. 20.

⁹² So schon die Überschrift vor dem 25. Punkt des Parteiprogramms der NSDAP. Vgl. hierzu außerdem Frank, DJZ 1934, 1169 (1171); ders., DR 1934, 231 (232 f.); Huber-nagel (Fn. 23), S. 971.

⁹³ KG, Urt. v. 20.11.1933, 3 U 6499/33, abgedruckt in JW 1934, 436 (Hervorhebung nicht im Original).

⁹⁴ RG, Urt. v. 07.02.1936, II 182/35, abgedruckt in DJ 1936, 614 (616).

⁹⁵ LG Gera, Urt. v. 07.03.1934, 2 S 198/33, abgedruckt in JW 1934, 1259.

den, in welcher es seine Stromabnehmer dazu verpflichtete, Hochspannungsleitungen und sonstige Anlage unentgeltlich auf ihren Grundstücken zu dulden. In seiner Entscheidung hält das Gericht fest, dass jeder einzelne Stromabnehmer auf die Volksgenossen Rücksicht nehmen müsse. Weil Hochspannungsleitungen erforderlich seien, um Strom über große Landstrecken zu leiten, wäre die geregelte Stromversorgung in Frage gestellt, wenn sich jeder Stromabnehmer gegen Hochspannungsleitungen und -anlagen auf seinem Grund und Boden sperren könnte. Damit also andere Volksgenossen mit Strom versorgt werden könnten, sei der einzelne Stromabnehmer in Anwendung des Grundsatzes „Gemeinnutz geht vor Eigennutz“ zulässigerweise verpflichtet, zu dulden, dass über sein Grundstück eine Hochspannungsleitung hinweggeht und dass sich dazu nötige Anlagen auf seinem Grundstück befinden. Einen Verstoß gegen die guten Sitten erkannte das Gericht in der in Rede stehenden Lieferungsbedingung deshalb nicht. Einschränkend führt das Gericht allerdings aus, dass das Überlandwerk nach dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht jede beliebige, sondern nur die wirklich notwendigen Anlagen unter Wahrung der berechtigten Belange des Grundeigentümers errichten dürfe.

bb) Herabsetzung übermäßig hoher Ruhe- und Versorgungsbezüge

In einem Verfahren vor dem Reichsgericht⁹⁶ klagte die Witwe eines verstorbenen höherrangigen Angestellten der Beklagten auf Zahlung von Versorgungsbezügen. Nachdem diese bereits nach dem Inkrafttreten der Dritten Notverordnung des Reichspräsidenten zu Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zur Bekämpfung politischer Ausschreitungen vom 06.10.1931 auf der Grundlage eines Abkommens vom 26.02.1932 zwischen den Parteien neu geregelt wurden, beschloss die Beklagte am 27.03.1933 eine Herabsetzung auch dieses vereinbarten Ruhegehalts. Sie begründete dies unter anderem mit ihrer veränderten wirtschaftlichen Lage. Dem Vorbringen der Klägerin, eine erneute Her-

⁹⁶ RG, Urt. v. 30.04.1935, II 291/34, abgedruckt in RGZ 148, 81 ff.

absetzung sei nach der bereits erfolgten Anwendung der Dritten Notverordnung durch das Abkommen zwischen den Parteien ausgeschlossen, schloss sich das Gericht nicht an. Weil die Dritte Notverordnung die Frage nach der Zulässigkeit der Herabsetzung von Ruhe- und Versorgungsbezügen nicht abschließend regelt, stehe der Anwendung der allgemeinen Vorschriften und damit § 242 BGB kein Hindernis entgegen⁹⁷. Weil die Herabsetzung bzw. Kürzung ihre Grundlage in § 242 BGB habe, sei sie bereits „das Ergebnis der Ermittlung des Inhalts der Verpflichtung“⁹⁸ und müsse deshalb nicht erklärt werden.

Zwar erklärte das Gericht an keiner Stelle ausdrücklich, seine Entscheidung am Grundsatz „Gemeinnutz geht vor Eigennutz“ ausgerichtet zu haben. Es gab jedoch im Rahmen der Anwendung von § 242 BGB mehrfach zu erkennen, „daß die Auffassung darüber, was Treu und Glauben gebieten, dem Wandel unterliegt, ebenso wie es sich bei der Frage verhält, was gegen die guten Sitten verstößt“⁹⁹. Dass es seine Entscheidung dabei auf die nationalsozialistische Weltanschauung stützte, wird zum einen dadurch erkennbar, dass es erklärte, auch die heutige Wirtschaft stünde auf dem Leistungsgrundsatz und wolle durch außerordentliche Vergütung einen Ansporn zur Spitzenleitung geben, um dadurch die deutsche Volkswirtschaft und damit das deutsche Volk zu fördern. Bestätigt wird diese Annahme zudem, wenn es heißt: „Wohl aber können die geläuterten Anschauungen über das, was Treu und Glauben erfordern, dazu führen, daß von denen, die bisher besonders hohe Vergütungen bezogen haben, ein größeres Opfer erwartet wird, namentlich, wenn dies einem größeren Kreise von Volksgenossen zum Vorteil dient und zum Wiederaufbau der deutschen Wirtschaft beiträgt. Auch die seit Anfang des Jahres 1933 durchgedrungene Erkenntnis von der Wichtigkeit der Führung in Staat und Wirtschaft kann den Um-

⁹⁷ Es erklärt damit ausdrücklich, nicht mehr an der noch in RGZ 141, 151 (153) vertretenen Rechtsauffassung festhalten zu wollen, RGZ, 148, 81 (87).

⁹⁸ Ebd., S. 93.

⁹⁹ Ebd., S. 93 et passim.

fang des Opfers bestimmen“¹⁰⁰. In dieser Aussage tritt unzweifelhaft die Ausfüllung von § 242 BGB mit dem nationalsozialistischen Gemeinschaftsgedanken zutage, die hier dem Ziel dient, die Funktionsfähigkeit der Gesamtwirtschaft zulasten der Bezugsansprüche des Einzelnen zu erhalten. Dazu müssten Einzelne zugunsten der Gemeinschaft ein Opfer erbringen, was dem Grundsatz „Gemeinnutz geht vor Eigennutz“ gleichsteht.

III. Fazit

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass §§ 138, 242 BGB als wertausfüllungsbedürftige Rechtsnormen von der Rechtsprechung in Nationalsozialismus dazu benutzt wurden, um die Rechtsordnung an die neuen Rechtsquellen der nationalsozialistischen Weltanschauung anzupassen. Die operative Vorgehensweise der in den Dienst politischer Ziele gestellten Justiz legte dabei keinen Wert auf Methodentreue. Sie zog die Generalklauseln daher vor allem zur Behauptung einer rechtspositivistischen Einkleidung bereits vorbestimmter politischer Ergebnisse heran. Dabei wurden die Generalklauseln nur in den Dienst der nationalsozialistischen Weltanschauung gestellt. Widersprüche zum ‚vorrevolutionären‘ Recht waren nicht von Bedeutung, weil die über die Generalklauseln in die Rechtsordnung eingefallene Weltanschauung maßstabsgebend war. Konträre vertragliche und gesetzliche Bestimmungen wurden korrigiert.

Bochum, luglio 2023

¹⁰⁰ Ebd., S. 94.

Abstract

Der Beitrag beleuchtet die Anwendung der zivilrechtlichen Generalklauseln §§ 138, 242 BGB in der Rechtsprechung des Nationalsozialismus unter der Fragestellung, ob diese als ‚Einfalltore‘ für die nationalsozialistische Weltanschauung fungierten. Dazu wird zunächst auf die Rechtsquellen und das Richterbild des Nationalsozialismus eingegangen. Aufbauend darauf wird gezeigt, dass sich Generalklauseln im Allgemeinen und §§ 138, 242 BGB im Speziellen aufgrund ihrer Charakteristika besonders eigneten, um die nationalsozialistische Weltanschauung in das Gewandt des Gesetzes ohne Gesetzesänderung einzukleiden. Anhand ausgewählter Gerichtsentscheidungen wird sodann der Einfluss der Rassenideologie und des Gemeinschaftsgedankens auf die Rechtsprechung exemplifiziert.

This article examines the application of the general clauses of civil law, §§ 138, 242 BGB, in the jurisprudence of National Socialism under the question of whether they functioned as a ‚gateway‘ for the National Socialist ideology. To this end, the sources of law and the judicial image of National Socialism will first be discussed. Based on this, it will be shown that general clauses in general and §§ 138, 242 BGB in particular were ideal for dressing up the National Socialist ideology in the garb of law without changing the law. The influence of racial ideology and the idea of community on jurisprudence is then exemplified on the basis of selected court decisions.

Il contributo analizza l'applicazione civilistica delle clausole generali dei §§ 138 e 242 BGB nella giurisprudenza del nazionalsocialismo, interrogandosi se queste fungessero da “vie di accesso” per l'ideologia nazista. A tal fine vengono in primo luogo esaminate le fonti del diritto e l'immagine del giudice nel nazionalsocialismo. Partendo da queste basi viene dimostrato come le clausole generali, e segnatamente i §§

138 e 242 BGB, per le loro caratteristiche fossero particolarmente adatte a rivestire la visione del mondo nazionalsocialista con l'abito della legge, senza mutarne il testo. Una serie di decisioni giudiziarie scelte costituisce l'esempio dell'influenza dell'ideologia razziale e dell'idea di comunità sulla giurisprudenza.

Rechtsprechungsverzeichnis

Reichsarbeitsgericht

- RAG, Urt. v. 07.03.1936, RAG 218/35, abgedruckt in ARS 26 (1936), 125 ff.
- RAG, Urt. v. 09.01.1940, RAG 207/39, abgedruckt in ARS 38, 262 ff.

Reichsgericht

- RG, Urt. v. 11.04.1901, VI 443/00, abgedruckt in RGZ 48, 114 ff.
- RG, Urt. v. 09.02.1928, VI 261/27, abgedruckt in RGZ 120, 144 ff.
- RG, Urt. v. 13.06.1933, II 51/33, abgedruckt in RGZ 141, 151 ff.
- RG, Urt. v. 30.04.1935, II 291/34, abgedruckt in RGZ 148, 81 ff.
- RG, Urt. v. 07.02.1936, II 182/35, abgedruckt in DJ 1936, 614 ff.
- RG, Beschl. v. 13.03.1936, V 184/35, abgedruckt in RGZ, 150, 1 ff.

Oberlandesgerichte und Kammergericht

- KG, Urt. v. 20.11.1933, 3 U 6499/33, abgedruckt in JW 1934, 436 ff.
- KG, Beschl. v. 25.10.1934, 1 b X 491/34, abgedruckt in JW 1935, 436 ff.
- OLG Hamburg, Beschl. v. 27.11.1935, 1 U 225/35, abgedruckt in DJ 1936, 775 f.

Landgerichte

- LG Berlin, Beschl. v. 25.09.1933, 238 T 13996/33, abgedruckt in JW 1934, 442.
- LG Gera, Urt. v. 07.03.1934, 2 S 198/33, abgedruckt in JW 1934, 1259.

- LG Königsberg, Beschl. v. 26.08.1935, 3 T 687/35, abgedruckt in DJ 1935, 1387 f.

Literaturverzeichnis

- Auer, Marietta*, Generalklausel, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon, Bd. 2, Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, 8. Aufl., Freiburg/Basel/Wien 2018.
- Bessau, Willy/Lobe, Adolf/Oegg, Friedrich* (Hrsg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch, Mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 9. Aufl., Berlin 1939, Einleitung, Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil).
- Bessau, Willy/Oegg, Friedrich/Sayn, Otto u. a.* (Hrsg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch, Mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 8. Aufl., Berlin/Leipzig 1934, Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse I (Allgemeiner Teil).
- Boberach, Heinz*, Richterbriefe, Dokumente zur Beeinflussung der deutschen Rechtsprechung 1942 - 1944, Boppard am Rhein 1975.
- Börner, Fritjof*, Die Bedeutung der Generalklauseln für die Umgestaltung der Rechtsordnung in der nationalsozialistischen Zeit, Frankfurt am Main 1989.
- Busch, Eduard Louis* (Hrsg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl., Berlin/Leipzig 1923.
- Dreier, Horst*, Naturrecht und Rechtspositivismus, Pauschalurteile, Vorurteile, Fehltritte, in: Härle, Wilfried/Vogel, Bernhard (Hrsg.), „Vom Rechte, das mit uns geboren ist“, Aktuelle Probleme des Naturrechts, Freiburg im Breisgau/Basel/Wien 2007, S. 127 ff.
- Drost, Heinrich*, Die Quellen des nationalen und internationalen Rechts, DJZ 1936, 934 ff.
- Eckert, Jörn*, Sittenwidrigkeit und Wertungswandel, Archiv für die civilistische Praxis 199 (1999), S. 337 ff.
- Engisch, Karl*, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl., Stuttgart 2018 (erste Aufl. 1956).
- Frank, Hans*, Die Einwirkung des nationalsozialistischen Ideenguts auf das deutsche Rechtsleben, DJZ 1934, 1169 ff.

- Frank, Hans, Lebensrecht, nicht Formalrecht, DR 1934, 231 ff.
- Frank, Hans, An die deutschen Rechtswahrer!, DJZ 1936, 401
- Frank, Hans, Einheit der Rechtsidee, Reichsrechtsführer Dr. Frank auf der Schlußkundgebung des Deutschen Juristentages 1936, JW 1936, 1517 f.
- Grüneberg, Christian (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 81. Aufl., München 2022.
- Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.), BeckOK BGB, München
- Hedemann, Justus Wilhelm, Die Flucht in die Generalklauseln, Eine Gefahr für Recht und Staat, Tübingen 1933.
- Herschel, Wilhelm, Staatlicher Befehl und richterliches Ermessen im neuen Reich, DJZ 1933, 1008 ff.
- Hippel, Fritz von, Die Perversion von Rechtsordnungen, Tübingen 1955.
- Huber, Ernst Rudolf, Die Einheit der Staatsgewalt, DJZ 1934, 950 ff.
- Hubermagel, Gerhard, Nationalsozialistische Rechtsauffassung und Generalklausel, in: Frank, Hans (Hrsg.), Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, 2. Aufl., München 1935, S. 970 ff.
- Jellinek, Georg, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin 1914.
- Kelsen, Hans, Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, 1. Aufl., Leipzig, Wien 1934.
- Lange, Heinrich, Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat, Tübingen 1934.
- Lange, Heinrich, Lage und Aufgabe der Deutschen Privatrechtswissenschaft, Tübingen 1937.
- Larenz, Karl, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, Tübingen 1934.
- Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., Berlin 1979.
- Maunz, Theodor, Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts, Hamburg 1934.
- Maus, Ingeborg, »Gesetzesbindung« der Justiz und die Struktur der nationalsozialistischen Rechtsnormen, in: Dreier, Ralf/Sellert, Wolfgang (Hrsg.), Recht und Justiz im »Dritten Reich«, Frankfurt am Main 1989, S. 80 ff.
- Müller, Ulrich, Die Treupflicht im Bürgerlichen Recht, DJZ 1935, 269 ff.

- Nassauer, Erich*, Gewaltenteilung im nationalsozialistischen Staate?, DJZ 1934, 336 f.
- Neumann, Franz*, Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft, Zeitschrift für Sozialforschung 6 (1937), S. 542 ff.
- Oertmann, Paul*, Bürgerliches Vermögensrecht, DJZ 1931, 266 ff.
- Ritter, Ernst*, Justiz und innere Verwaltung, in: Benz, Wolfgang/Graml, Hermann, Weiß, Hermann (Hrsg.), Enzyklopädie des Nationalsozialismus, 1. Aufl., Stuttgart 1997, S. 85 ff.
- Rothenberger, Curt*, Die Rechtsquellen im neuen Staat, DJZ 1936, 22 ff.
- Rüthers, Bernd*, Die unbegrenzte Auslegung, Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 9. Aufl., Tübingen 2022.
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut u. a.* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl., München 2021.
- Schmitt, Carl*, Fünf Leitsätze für die Rechtspraxis, DR 1933, 201 f.
- Schmitt, Carl*, Der Führer schützt das Recht, DJZ 1934, 945 ff.
- Schmitt, Carl*, Kodifikation oder Novelle?, Über die Aufgabe und Methode der heutigen Gesetzgebung, DJZ 1935, 919 ff.
- Schmitt, Carl*, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 3. Aufl., 2006.
- Schröder, Rainer*, »... aber im Zivilrecht sind die Richter standhaft geblieben!«, Die Urteile des OLG Celle aus dem Dritten Reich, Baden-Baden 1988.
- Spindler*, Anmerkung zu OLG Hamburg, Beschl. v. 27.11.1935, 1 U 225/35, DJ 1936, 776 f.
- Stoll, Heinrich*, Die nationale Revolution und das bürgerliche Recht, DJZ 1933, 1229 ff.
- Stoll, Heinrich*, Gemeinschaftsgedanke und Schuldvertrag, DJZ 1936, 414 ff.
- Stolleis, Michael*, Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, Berlin 1974.
- Stolleis, Michael*, Recht im Unrecht, Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus, Frankfurt am Main 1994.

- Teubner, Gunter*, Das regulatorische Trilemma, Zur Diskussion um post-instrumentale Rechtsmodelle, Quaderni Fiorentini 13 (1984), S. 109 ff.
- van Look, Frank*, Die zivilrechtlichen Generalklauseln in der Rechtsprechung des Reichsgerichts 1933-1945, JR 2000, 89 ff.
- Warneyer, Otto* (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Aufl., Tübingen 1930.
- Weber, Ralph*, Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, Archiv für die civilistische Praxis 192 (1992), S. 516 ff.
- Werner, Fritz*, Zum Verhältnis von gesetzlichen Generalklauseln und Richterrecht, Karlsruhe 1966.
- Wunderlich, Johannes*, Der Königliche Richter und das Gesetz, DJZ 1934, 10 ff.

Redenverzeichnis

- Eckhardt, Karl August*, Verkündung von Leitsätzen auf der Arbeitstagung der Reichsfachgruppen Richter und Staatsanwälte und Rechtspfleger in Berlin am 14.01.1936, in Zusammenarbeit mit *Dahm, Frank, Höhn, Ritterbusch* und *Siebert*, abgedruckt in DJZ 1936, 179 f.
- Frank, Hans*, Lebensrecht, nicht Formalrecht, Rede zur Gründung des rechtsphilosophischen Ausschusses der Akademie für Deutsches Recht am 03.05.1934, abgedruckt in DR 1934, 231 ff.
- Frank, Hans*, Die Einwirkung des nationalsozialistischen Ideengutes auf das deutsche Rechtsleben, Rede auf dem Parteikongress in Nürnberg am 09.09.1934, abgedruckt in DJZ 1934, 1169 ff.
- Frank, Hans*, Einheit der Rechtsidee, Rede auf der Schlusskundgebung des Deutschen Juristentages 1936, abgedruckt in JW 1936, 1517 f.
- Hitler, Adolf*, Regierungserklärung zur 2. Sitzung des Reichstags am

23.03.1933, abgedruckt in Verhandlungen des Reichstags, VIII. Wahlperiode 1933, Bd. 457, 1934, S. 25 ff.

FLORIAN STRÜBIG*

NATIONALSOZIALISTISCHE GESETZGEBUNG AUF DEM GEBIET DES ARBEITSRECHTS**

INHALT: I. Einführung. – 1. Arbeitsrecht bis zur „Machtergreifung“. – 2. Das Verständnis von Arbeit im Nationalsozialismus. – a) Abkehr vom Arbeitsrecht der Weimarer Republik. – b) Neue politische Ziele in Bezug auf die Arbeitswelt. – II. Arbeitsgesetzgebung in der NS-Zeit. – 1. Der „Gesetzgeber“ im Nationalsozialismus. – a) Das „Ermächtigungsgesetz“ als Grundlage. – b) Der Einfluss von Staatsterrorismus auf die Arbeitswelt. – 2. Erste Maßnahmen zur Umsetzung der Ziele nach der „Machtergreifung“. – a) Die Entfernung von Betriebsräten und Auflösung von Gewerkschaften. – b) Die Einrichtung der „Deutschen Arbeitsfront (DAF)“. – c) Die Ernennung von „Treuhändern der Arbeit“. – d) Die Bekämpfung der Massenarbeitslosigkeit. – 3. Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit (AOG) als Arbeitsverfassung. – a) Die „Betriebsgemeinschaft“ als Grundlage der Betriebsverfassung. – aa) Unternehmer als „Führer des Betriebs“. – bb) Arbeitnehmer als „Gefolgschaft“. – b) „Betriebsordnung“ und „Tarifordnung“. – aa) „Betriebsordnung“ statt Betriebsvereinbarung. – bb) „Tarifordnung“ statt Tarifvertrag. – c) Die Installation eines „Vertrauensrats“. – d) Die Einrichtung der „sozialen Ehrengerichtbarkeit“. – e) Der Kün-

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand bei Prof. Dr. Katharina Uffmann am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Unternehmensrecht und Recht der Familienunternehmen der Ruhr-Universität Bochum. Der vorliegende Beitrag ist im Rahmen eines rechtshistorischen Grundlagenseminars zum Thema „Recht und Juristen im Nationalsozialismus“ von Prof. Dr. Fabian Klinck und Prof. Dr. Arndt Kiehle (bei der Ruhr-Universität Bochum) im Sommersemester 2023 entstanden.

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.*

digungsschutz unter dem AOG. – f) Die Auswirkungen des AOG auf das Individualarbeitsrecht. – 4. Maßnahmen zum „Vierjahresplan“ und Kriegsarbeitsrecht. – a) Arbeitsrechtliche NS-Gesetzgebung zum „Vierjahresplan“. – b) Nationalsozialistisches Kriegsarbeitsrecht. – III. Fazit. – 1. Die Abschaffung des kollektiven Arbeitsrechts. – 2. Ein neues Kollektiv: „die Gemeinschaft“.

I. Einführung

Die nachfolgende Arbeit widmet sich einem Ausschnitt der nationalsozialistischen Gesetzgebung: dem Arbeitsrecht, welches in der NS-Zeit erheblich verändert wurde¹.

1. Arbeitsrecht bis zur „Machtergreifung“

Das moderne Arbeitsrecht entstand Ende des 19. Jahrhunderts². Die Entwicklungen der wirtschaftlichen, politischen und juristischen Landschaft im 18. und 19. Jahrhundert im Zusammenhang mit der Industrialisierung und Entwicklung des Handels mündeten in der Bildung des eigenständigen Rechtsgebiets³.

War es bis zum Ersten Weltkrieg vorwiegend individualistisch geprägt, kam es danach vor allem zum Durchbruch des kollektiven Arbeitsrechts⁴.

In der Weimarer Republik nahmen die Arbeitnehmer an der poli-

¹ Hähnchen, Rechtsgeschichte. 6. Aufl., Heidelberg 2021, Rn. 873. Nach Auffassung von Ramm, Nationalsozialismus und Arbeitsrecht, in: Kritische Justiz 1968, S. 108-120 reicht dessen Bedeutung fast an die des Verfassungsrechts heran.

² Vgl. Hähnchen, Rechtsgeschichte. 6. Aufl., Heidelberg 2021, Rn. 800 ff., die einen Überblick über die Anfänge des modernen Arbeitsrechts im 19. Jahrhundert liefert.

³ Hähnchen, Rechtsgeschichte. 6. Aufl., Heidelberg 2021, Rn. 803.

⁴ Laufs, Rechtsentwicklungen in Deutschland. 6. Aufl., Berlin 2006, S. 375.

tischen Macht teil⁵. Dies taten sie insbesondere durch groß angelegte Streiks⁶.

Ihnen standen die Unternehmer gegenüber in der Absicht gegenüber, für sie nachteilige Forderungen von Arbeitnehmerseite abzuwenden⁷. Zu diesem Zweck koalierten sie mit den Gewerkschaften⁸. Letztendlich fanden sich dadurch politische Mehrheiten, die die erforderlichen sozialpolitischen Reformen durch die am 14.08.1919 in Kraft getretene Weimarer Reichsverfassung (WRV)⁹ umsetzten¹⁰. Darin entwickelte sich das Arbeitsrecht fort und schlug sich vor allem in den Art. 151 bis 165 WRV, dem Abschnitt über das Wirtschaftsleben, nieder. Dabei hervorzuheben ist Art. 157 WRV, wonach die Arbeitskraft unter dem besonderen Schutz des Reichs stand und das Reich ein einheitliches Arbeitsrecht schaffen wird. Die WRV strebte damals eine einheitliche Kodifikation des gesamten Arbeitsrechts an¹¹. Daneben sah Art. 159 WRV die Vereinigungsfreiheit zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen für jedermann und für alle Berufe vor.

⁵ Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 16 f.; Richardi, Arbeitsrecht im Wandel der Zeit. Chronik des deutschen Arbeitsrechts. München 2019, S. 47 ff.; Eisenhardt, Deutsche Rechtsgeschichte. 7. Aufl., München 2019, Rn. 817; Hähnchen, Rechtsgeschichte. 6. Aufl., Heidelberg 2021, Rn. 805.

⁶ Hähnchen, Rechtsgeschichte. 6. Aufl., Heidelberg 2021, Rn. 749.

⁷ Hähnchen, Rechtsgeschichte. 6. Aufl., Heidelberg 2021, Rn. 805.

⁸ Richardi, Arbeitsrecht im Wandel der Zeit. Chronik des deutschen Arbeitsrechts. München 2019, S. 47 ff.; Hähnchen, Rechtsgeschichte. 6. Aufl., Heidelberg 2021, Rn. 805; Ramm, Die Arbeitsverfassung der Weimarer Republik, in: Gamillscheg, Franz/de Givry, Jean/Hepple, Bob/Verdier, Jean-Maurice, In memoriam Sir Otto Kahn-Freund. München 1980, S. 225-246 (232), der das Stinnes-Legien-Abkommen vom 18.11.1918 als „Magna Charta des Arbeitsrechts der Weimarer Republik“ bezeichnete.

⁹ Verfassung des Deutschen Reichs, RGBl. S. 1383.

¹⁰ Becker, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis während der Weimarer Republik und in der Zeit des Nationalsozialismus. Frankfurt a. M. 2005, S. 158.

¹¹ Hähnchen, Rechtsgeschichte. 6. Aufl., Heidelberg 2021, Rn. 805; zu den Bemühungen um ein deutsches Arbeitsgesetzbuch siehe Bohle, Einheitliches Arbeitsrecht in der Weimarer Republik. Bemühungen um ein deutsches Arbeitsgesetzbuch. Tübingen 1990.

Zudem wurden Arbeitnehmer und Arbeitgeber zusammen und gleichberechtigt dazu berufen, an der Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie an der gesamten wirtschaftlichen Entwicklung der produktiven Kräfte mitzuwirken.

Beiderseitige Organisationen und ihre Vereinbarungen wurden dafür anerkannt (Art. 165 WRV). Das Streikrecht und die Tarifaufonomie galten trotz fehlender Nennung im Verfassungstext, da sie die Basis der Koalitionsgarantie bildeten¹².

Mit der Tarifvertragsordnung vom 23.12.1918¹³ wurde die Kollektivaufonomie bestätigt¹⁴. Außerdem wurde 1918 das Reichsarbeitsamt errichtet¹⁵ und 1920 das Betriebsrätegesetz¹⁶ erlassen. Schließlich führte das Arbeitsgerichtsgesetz¹⁷ 1926 eine eigenständige Gerichtsbarkeit ein.

Die WRV hob die Arbeiterschaft annähernd auf das soziale Niveau der Unternehmer¹⁸. Jedoch stiegen die Arbeitslosenzahlen im Jahr 1928 rasant, während es den Gewerkschaften nicht gelang, dies zu verhindern¹⁹.

Diese Gemengelage von starker betrieblicher Mitbestimmung und einer sehr angespannten wirtschaftlichen Lage fanden die Nationalsozialisten bei der „Machtergreifung“ vor.

¹² Wahsner, Faschismus und Arbeitsrecht, in: Reifner, Udo (Hrsg.), Das Recht des Unrechtsstaates. Arbeitsrecht und Staatswissenschaften im Faschismus. Frankfurt a. M./New York 1981, S. 86-129 (88).

¹³ Verordnung über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestelltenausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten, RGBl. S. 1456.

¹⁴ Hähnchen, Rechtsgeschichte. 6. Aufl., Heidelberg 2021, Rn. 806.

¹⁵ Hähnchen, Rechtsgeschichte. 6. Aufl., Heidelberg 2021, Rn. 806.

¹⁶ RGBl., S. 147.

¹⁷ RGBl. I, S. 507.

¹⁸ Vgl. Becker, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis während der Weimarer Republik und in der Zeit des Nationalsozialismus. Frankfurt a. M. 2005, S. 159.

¹⁹ Wahsner, Faschismus und Arbeitsrecht, in: Reifner, Udo (Hrsg.), Das Recht des Unrechtsstaates. Arbeitsrecht und Staatswissenschaften im Faschismus. Frankfurt a. M./New York 1981, S. 86-129 (89).

2. *Das Verständnis von Arbeit im Nationalsozialismus*

Der Begriff der Arbeit spielte in der rassistischen und antisemitischen Weltanschauung Hitlers eine zentrale Rolle²⁰. So finden sich zentrale politische Forderungen im Hinblick auf die Arbeitswelt bereits bei der Gründung der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei (NSDAP).

Der mittels eines Propagandaplakats veröffentlichte Auszug aus ihrem Gründungsprogramm²¹ nahm in mehreren Punkten Stellung zu ihrer Vorstellung der Arbeitswelt. Unter anderem sei gemäß Ziffer 7 der Staat verpflichtet, für die Erwerbs- und Lebensmöglichkeit der Staatsbürger zu sorgen. Gegebenenfalls müsse der Staat dafür Nicht-Staatsbürger ausweisen.

Wiederum sei es nach Ziffer 10 die Pflicht eines jeden Staatsbürgers, geistig oder körperlich zu schaffen und die Tätigkeit des Einzelnen müsse „im Rahmen des Gesamten und zum Nutzen aller erfolgen“. Nach dem Reichsminister und Präsidenten der Akademie für deutsches Recht *Hans Frank* habe Adolf Hitler als „Gesetzgeber“ die Arbeit als einen „Substanzwert des Volks“ hervorgehoben, der ein Element des Grundbaus eines Volks darstelle²². Es gebe „kein heiligeres Amt, [als] sein volksgenössisches Ich in den Dienst [der] Gemeinschaft bringen zu können“²³. Dem Ar-

²⁰ Wildt, Der Begriff der Arbeit bei Hitler, in: Buggeln, Marc/Wildt, Michael (Hrsg.), Arbeit im Nationalsozialismus. München 2014, S. 3-24 (3), wonach Hitlers Verständnis von Arbeit zum einen zu seiner Weltanschauung geführt habe und andererseits seine Weltanschauung wesentlich den Begriff von Arbeit im Nationalsozialismus geprägt habe.

²¹ NSDAP, Plakat vom 24.02.1920 mit Auszug aus dem Gründungsprogramm der NSDAP, abrufbar unter: <https://www.dhm.de/lemo/bestand/objekt/gruendungsprogramm-der-nsdap-1920.html> (zuletzt abgerufen am 06.06.2023).

²² Frank, Rechtsgrundlegung des nationalsozialistischen Führerstaates. München 1938, S. 17.

²³ Frank, Rechtsgrundlegung des nationalsozialistischen Führerstaates. München 1938, S. 31.

beitsrecht komme daher im Vergleich zum sonstigen Recht eine deutlich hervorgehobene Rolle zu²⁴.

Das Ziel nationalsozialistischer Arbeitsgesetzgebung sei die „Herstellung des Ehrbegriffes völkischen Arbeitertums als Zusammenfassung aller schaffenden Volksgenossen“ sowie eine „Steigerung der gesamten Arbeitsleistung des deutschen Volkes“²⁵. Dies setzte voraus, dass „Arbeitsfrieden“ herrschte²⁶.

a) *Abkehr vom Arbeitsrecht der Weimarer Republik*

Diese Ziele könnten nur durch eine Abkehr vom „liberalistischen Gedankengut der Erkämpfung der Arbeitsbedingungen im freien Wettbewerb“ erreicht werden²⁷. Nach Auffassung des NS-Verfassungsrechtlers *Ernst Rudolf Huber* seien das gewerkschaftliche System sowie die Arbeitgeberverbände während der Weimarer Republik für die „Zerstörung der Gemeinschaft des Volkes“ und der „Zersetzung der politischen Ordnung des Staates“ verantwortlich²⁸. Dem „Volksganzen“ sei in der Weimarer Zeit durch die gegensätzlichen Interessen von Unternehmern und Arbeitnehmern schwerer Schaden zugefügt worden²⁹. Die Gesinnung, mit der die vom Gesetzgeber der Weimarer Republik zur Verfügung gestellten Rechtsformen gehandhabt wurden, habe zur Verschärfung der Gegensätze, zur Schürung des Klassenkampfes, geführt³⁰.

²⁴ Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 12.

²⁵ Frank, Rechtsgrundlegung des nationalsozialistischen Führerstaates. München 1938, S. 26 f.

²⁶ Kranig, Arbeitsrecht im NS-Staat. Köln 1984, S. 69 f.

²⁷ Frank, Rechtsgrundlegung des nationalsozialistischen Führerstaates. München 1938, S. 27.

²⁸ Huber, Die Arbeitsverfassung des völkischen Reichs, in: Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 1937, S. 73-77 (74).

²⁹ Joerges, Führer und Gefolgschaft. Erfurt 1934, S. 3.

³⁰ Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 31.

b) *Neue politische Ziele in Bezug auf die Arbeitswelt*

Die Stellung der abhängigen Arbeit als Teil der politischen Grundordnung sei zu einem eminent politischen Problem geworden, sodass eine „Arbeitsverfassung“ notwendig geworden sei³¹. Aus ihren Erfahrungen der Weimarer Republik zogen die Nationalsozialisten daher mehrere Schlussfolgerungen: Die Gemeinschaft aller im Betrieb Arbeitenden ohne Rücksicht auf ihre Stellung wurde betont, das „Führerprinzip“ wurde in den Betrieb und in das gesamte Arbeitsrecht übertragen und „Arbeit“ wurde als „Dienst an Volk und Staat“ gewertet³². Alle Einzelmaßnahmen der Nationalsozialisten sollten zur „Überwindung des Klassenkampfgedankens durch echten Gemeinschaftsgeist“ führen³³. Nach der „Machtergreifung“ sollte deswegen ein vollkommen neues Arbeitsrecht geschaffen werden³⁴.

Das Arbeitsverhältnis sei als Zusammenwirken mehrerer Personen zwecks Herstellung von Gütern zu betrachten³⁵. Ein entscheidender Unterschied zum vorherigen Verständnis bestehe darin, dass sich das Wesen des Arbeitsverhältnisses in der Arbeit in einer Gemeinschaft ausdrücke³⁶. Im liberalistischen Individualismus stehe der Einzelmensch im Mittelpunkt, während der Staat als Ganzes nur eine nebensächliche Rolle spielte³⁷. Im Nationalsozialismus hingegen sei der

³¹ Huber, Die Arbeitsverfassung des völkischen Reichs, in: Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 1937, S. 73-77.

³² Dietz, Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. Januar 1934. Textausgabe mit Einleitung, Erläuterungen und Sachverzeichnis. München/Berlin 1934, Einleitung, S. 2 f.; Richardi, Arbeitsrecht im Wandel der Zeit. Chronik des deutschen Arbeitsrechts. München 2019, S. 61.

³³ Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 31.

³⁴ Vor dem Nürnberger Tribunal gab Werner Mansfeld an, als Ministerialdirektor im Reichsarbeitsministerium ab Mai 1933 damit betraut gewesen zu sein, vgl. Milert/Tschirbs, Die andere Demokratie. Betriebliche Interessenvertretung in Deutschland, 1848 bis 2008. Essen 2012, S. 246; Däubler/Kittner, Geschichte und Zukunft der Betriebsverfassung. Frankfurt a. M. 2020, S. 259.

³⁵ Joerges, Führer und Gefolgschaft. Erfurt 1934, S. 4.

³⁶ Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 13.

³⁷ Dersch, Werdendes Arbeitsrecht, in: Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 1935, S. 368-372 (368).

Einzel mensch lediglich ein „unselbständiges Glied des großen Ganzen“³⁸.

Die Gemeinschaft im Betrieb drücke sich dadurch aus, dass „der eine der Führer ist, während der oder die andern zur Arbeit unter seiner Oberleitung verpflichtet sind“³⁹. Zwar könnten die Interessengegensätze von Unternehmern und Arbeitnehmern nicht verleugnet werden, jedoch müsse der Schwerpunkt auf den gemeinsamen Interessen liegen⁴⁰.

II. Arbeitsgesetzgebung in der NS-Zeit

1. Der „Gesetzgeber“ im Nationalsozialismus

a) Das „Ermächtigungsgesetz“ vom 24.03.1933 als Grundlage

Am 24.03.1933 wurde ein „Ermächtigungsgesetz“ erlassen⁴¹. Es löste das Notverordnungsrecht des Reichspräsidenten nach Art. 48 WRV ab⁴². Dieses „Ermächtigungsgesetz“ gewährte der Reichsregierung umfassende Vollmacht⁴³. Die Reichsregierung konnte als Exekutive Reichsgesetze beschließen (Art. 1), ohne auf bestimmte Sachgebiete beschränkt zu sein und ohne Bindung an die Reichsverfassung, soweit sie nicht die Einrichtung des Reichstags und des Reichsrats als solche zum Gegenstand hatten (Art. 2 S. 1)⁴⁴. Das „Ermächtigungsgesetz“ führte dazu,

³⁸ Dersch, *Werdendes Arbeitsrecht*, in: *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht* 1935, S. 368-372 (368).

³⁹ Hueck, *Deutsches Arbeitsrecht*. Berlin 1938, S. 13.

⁴⁰ Hueck, *Deutsches Arbeitsrecht*. Berlin 1938, S. 31.

⁴¹ Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich, RGBl. I, S. 141.

⁴² Brintzinger, *Die Gesetzgebung auf Grund des „Ermächtigungsgesetzes“*, in: *Deutsche Rundschau* 1934, S. 349-355 (349 f.), der zudem den Gesetzgebungsweg der Weimarer Republik dem des NS-Regimes gegenüberstellt.

⁴³ Frehse, *Ermächtigungsgesetzgebung im Deutschen Reich 1914-1933*. Pfaffenweiler 1985, S. 168.

⁴⁴ Frehse, *Ermächtigungsgesetzgebung im Deutschen Reich 1914-1933*. Pfaffenweiler 1985, S. 168.

dass Hitler sich vom Reichstag und vom Reichspräsidenten unabhängig machte⁴⁵. Auf diesem „Ermächtigungsgesetz“ basierte von 1933 bis 1945 beinahe die gesamte Gesetzgebung durch die Reichsregierung⁴⁶. Es wurde zur Grundlage allen staatlichen Handelns⁴⁷.

Hintergrund des „Ermächtigungsgesetzes“ war das „Prinzip des absoluten Führertums“ als Grundlage und Ausgangspunkt der nationalsozialistischen Ideologie⁴⁸. Der „Führer“ repräsentierte das gesamte Volk und besaß unumschränkte Gewalt in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht⁴⁹.

Traditionelle Arbeitsrechtsquellen, wie das parlamentarische Gesetz, Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen oder Arbeitsvertrag hindernten das NS-Regime an der beabsichtigten Rechtserneuerung⁵⁰. Dem entsprechend wurden neben gesetzgeberischen Maßnahmen wurden der „Führerwille“, die „nationalistische Weltanschauung“, das „gesunde Volksempfinden“ sowie das Parteiprogramm der NSDAP als Rechtsquellen etabliert⁵¹. Dies resultierte in einer gesteigerten emotional-po-

⁴⁵ Bracher, Stufen der Machtergreifung, in: Bracher, Karl Dietrich/Sauer, Wolfgang/Schulz, Gerhard (Hrsg.), Die nationalsozialistische Machtergreifung. Frankfurt/Berlin/Wien 1974, S. 29-368 (169).

⁴⁶ Frehse, Ermächtigungsgesetzgebung im Deutschen Reich 1914-1933. Pfaffenweiler 1985, S. 176. Siehe auch die Statistik bei Brintzinger, Die Gesetzgebung auf Grund des „Ermächtigungsgesetzes“, in: Deutsche Rundschau 1954, S. 349-355 (352).

⁴⁷ Frehse, Ermächtigungsgesetzgebung im Deutschen Reich 1914-1933. Pfaffenweiler 1985, S. 177.

⁴⁸ Majer, Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems. Stuttgart 1987, S. 77; Becker, Die Betriebs- und die Volksgemeinschaft als Grundlage des „neuen“ NS-Arbeitsrechts, in: Buggeln, Marc/Wildt, Michael (Hrsg.), Arbeit im Nationalsozialismus. München 2014, S. 107-121 (108).

⁴⁹ Frank, Rechtsgrundlegung des nationalsozialistischen Führerstaates. München 1938, S. 16; Majer, Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems. Stuttgart 1987, S. 77.

⁵⁰ Becker, Die Betriebs- und die Volksgemeinschaft als Grundlage des „neuen“ NS-Arbeitsrechts, in: Buggeln, Marc/Wildt, Michael (Hrsg.), Arbeit im Nationalsozialismus. München 2014, S. 107-121 (119).

⁵¹ Becker, Die Betriebs- und die Volksgemeinschaft als Grundlage des „neuen“ NS-Arbeitsrechts, in: Buggeln, Marc/Wildt, Michael (Hrsg.), Arbeit im Nationalsoziali-

litierten richterlichen Entscheidungsfindung statt auf allgemeinen, festen, klaren Begriffen basierend⁵².

b) *Der Einfluss von Staatsterrorismus auf die Arbeitswelt*

Es darf nicht unerwähnt bleiben, dass auch geheime Befehle und Erlasse einen starken Einfluss auf die tatsächliche Arbeitswelt hatten⁵³. Insbesondere gegenüber der Arbeiterbewegung agierten die Nationalsozialisten auch mithilfe krimineller bis hin zu staatsterroristischen Massnahmen⁵⁴.

Wegen dieser Kombination von rechtlich definiertem Handeln und staatsterroristischer Methoden ist die nationalsozialistische Arbeitsgesetzgebung vor dem Hintergrund zu betrachten, dass die Arbeitsverfassung des NS-Rechts in einem autoritären Staat normiert wurde, der nur vordergründig legal handelte⁵⁵. Der Staatsterrorismus drückte sich insbesondere im Handeln von Geheimer Staatspolizei (Gestapo), Sturmabteilung (SA) und Schutzstaffel (SS) im gesetzesfreien Raum aus⁵⁶.

smus. München 2014, S. 107-121 (120); Eisenhardt, Deutsche Rechtsgeschichte. 7. Aufl., München 2019, Rn. 852.

⁵² Becker, Die Betriebs- und die Volksgemeinschaft als Grundlage des „neuen“ NS-Arbeitsrechts, in: Buggeln, Marc/Wildt, Michael (Hrsg.), Arbeit im Nationalsozialismus. München 2014, S. 107-121 (121).

⁵³ Vgl. Kranig, Lockung und Zwang. Zur Arbeitsverfassung im Dritten Reich. Stuttgart 1983, S. 20; Becker, Die Betriebs- und die Volksgemeinschaft als Grundlage des „neuen“ NS-Arbeitsrechts, in: Buggeln, Marc/Wildt, Michael (Hrsg.), Arbeit im Nationalsozialismus. München 2014, S. 107-121 (108).

⁵⁴ Däubler/Kittner, Geschichte und Zukunft der Betriebsverfassung. Frankfurt a. M. 2020, S. 259.

⁵⁵ Däubler/Kittner, Geschichte und Zukunft der Betriebsverfassung. Frankfurt a. M. 2020, S. 260.

⁵⁶ Deventer, Arbeitsrecht im Nationalsozialismus, in: Juristische Schulung 1988, S. 13-20 (14).

2. Erste Maßnahmen zur Umsetzung der Ziele nach der „Machtergreifung“

Direkt im Anschluss an die „Machtergreifung“ der Nationalsozialisten wurden sie sowohl formal-gesetzgeberisch als auch mit faktischen Maßnahmen in Bezug auf das Arbeitsrecht und in Umsetzung ihrer Ziele tätig⁵⁷.

a) Die Entfernung von Betriebsräten und Auflösung von Gewerkschaften

Mit Gesetz vom 04.04.1933⁵⁸ wurden zunächst die Landesbehörden ermächtigt, Betriebsratswahlen auszusetzen und die Entlassung „staats- oder wirtschaftsfeindlicher“ Betriebsvertretungsmitglieder anzuordnen. Der Kündigungsschutz wurde aufgehoben, „wenn die Kündigung mit dem Verdacht staatsfeindlicher Einstellung begründet“ wurde. Anfang Mai 1933 wurden dann die Gewerkschaften durch „Zugriff“ auf Personen und Vermögen de facto aufgelöst, als die SA ins staatsterroristische Weise die Gewerkschaftshäuser in ganz Deutschland besetzte⁵⁹.

Durch die Auflösung der Gewerkschaften und Arbeiterverbände wurde das gesamte kollektive Arbeitsrecht beseitigt⁶⁰. Dies sollte dem Ziel der Herstellung einer echten Gemeinschaft von Unternehmern

⁵⁷ Einen chronologischen Gesamtüberblick über nationalsozialistische Gesetzgebung auf dem Gebiet des Arbeitsrechts zwischen 1939 und 1945 bietet *Kranig*, Arbeitsrecht im NS-Staat. Köln 1984, S. 191 ff.

⁵⁸ Gesetz über Betriebsvertretungen und über wirtschaftliche Vereinigungen, RGBl. I, S. 161.

⁵⁹ *Wahsner*, Faschismus und Arbeitsrecht, in: *Reifner*, Udo (Hrsg.), Das Recht des Unrechtsstaates. Arbeitsrecht und Staatswissenschaften im Faschismus. Frankfurt a. M./New York 1981, S. 86-129 (91).

⁶⁰ *Richardi*, Arbeitsrecht im Wandel der Zeit. Chronik des deutschen Arbeitsrechts. München 2019, S. 60; *Däubler/Kittner*, Geschichte und Zukunft der Betriebsverfassung. Frankfurt a. M. 2020, S. 267 ff.; *Rieble*, in: *Staudinger/Fischinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 611-613 (Dienstvertrag und Arbeitsvertrag). Neubearbeitung 2022. Berlin, Vorbemerkung zu § 611a BGB, Rn. 21.

und Arbeitnehmern dienen⁶¹. Das angebliche „Gewerkschaftsmonopol“ habe durchbrochen werden müssen⁶². Außerdem seien Gewerkschaften „durch die marxistischen Grundsätze und volksfremde sozialdemokratische Führer in ihrem Wesen verfälscht“, sodass „eine Eingliederung verseuchter Organe in einen neuen Volkskörper“ unmöglich sei⁶³.

b) *Die Einrichtung der „Deutschen Arbeitsfront (DAF)“*

Am 10.05.1933 wurde die DAF installiert, in der Arbeiter- und Angestelltenverbände „als eine Art Einheitsgewerkschaft“ zusammengefasst wurden, ohne dass sie kollektivrechtliche Funktionen erfüllte⁶⁴. Als Ersatzorganisation für die zerschlagenen Gewerkschaften sollte sie in einem zentralistisch organisierten „Harmonieverband“ arbeitskämpferische Konflikte unterdrücken⁶⁵. Sie war bewusst nicht gewerkschaftlich, organisiert⁶⁶. In ihr trafen Arbeitgeber und Arbeitnehmer wirtschaftsfriedlich und harmonistisch zusammen⁶⁷. Nach Auffassung des NS-Gesetzgebers lasse eine einseitige Interessenvertretung der Arbeitnehmer in Gewerkschaften den Klassenkampf wieder entstehen⁶⁸. Die DAF gewährleiste hingegen das Ziel einer „wirklichen Volks- und Leistungsgemeinschaft“⁶⁹.

Am 24.10.1934 wurden auch die Arbeitgeber in die DAF aufgenommen und somit Arbeitgeber und Arbeitnehmer in einer Organisation zusammengefasst⁷⁰. Die DAF sei gerade „kein einseitiger Kampfver-

⁶¹ Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 32.

⁶² Brauweiler, Vom Arbeitsrecht zur Ordnung der nationalen Arbeit, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1936, S. 149-175 (152).

⁶³ Mansfeld/Pohl/Steinmann/Krause, Die Ordnung der nationalen Arbeit. Kommentar. Berlin/Leipzig/Mannheim/München 1934, S. 2.

⁶⁴ Ramm, Nationalsozialismus und Arbeitsrecht, in: Kritische Justiz 1968, S. 108-120 (111).

⁶⁵ Hähnchen, Rechtsgeschichte. 6. Aufl., Heidelberg 2021, Rn. 873.

⁶⁶ Kranig, Arbeitsrecht im NS-Staat. Köln 1984, S. 44 f.

⁶⁷ Kranig, Arbeitsrecht im NS-Staat. Köln 1984, S. 44 f.

⁶⁸ Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 33.

⁶⁹ Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 225.

⁷⁰ Ramm, Nationalsozialismus und Arbeitsrecht, in: Kritische Justiz 1968, S. 108-

band, sondern die Gemeinschaft [von Arbeitgebern und Arbeitnehmern]⁷¹. Sie wurde zur „Organisation der schaffenden Deutschen der Stirn und der Faust“⁷². Der Verband war der NSDAP angeschlossen und wurde von dessen Reichsorganisationsleiter geführt⁷³. Damit war sie in die „völkische Gesamtordnung gliedhaft eingefügt“⁷⁴.

Der DAF kamen u.a. erzieherische (z.B. Schulung von Mitgliedern bezüglich ihrer Weltanschauung) sowie soziale (Trägerin der NS-Gemeinschaft „Kraft durch Freude“) Aufgaben zu⁷⁵. Ihre Funktionen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts waren kaum mehr wahrnehmbar, da die „Treuhänder der Arbeit“ das kollektive Arbeitsrecht übernahmen⁷⁶.

c) *Die Ernennung von „Treuhändern der Arbeit“*

Die Treuhänder der Arbeit waren am 19.05.1933 durch Gesetz⁷⁷ von Hitler ernannt worden und standen unter der Dienstaufsicht des Reichsarbeitsministeriums⁷⁸. Sie waren dementsprechend an Weisungen der Reichsregierung gebunden⁷⁹. Die Installation der „Treuhänder

120 (111); Rieble, in: Staudinger/Fischinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 611-613 (Dienstvertrag und Arbeitsvertrag). Neubearbeitung 2022. Berlin, Vorbemerkung zu § 611a BGB, Rn. 21.

⁷¹ Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 33.

⁷² Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 225.

⁷³ Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 226. Die NSDAP gab die Ausrichtung im Hinblick auf die politischen Ziele vor, Huber, Die Arbeitsverfassung des völkischen Reichs, in: Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 1937, S. 73-77 (77).

⁷⁴ Huber, Die Arbeitsverfassung des völkischen Reichs, in: Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 1937, S. 73-77 (75).

⁷⁵ Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 228.

⁷⁶ Ramm, Nationalsozialismus und Arbeitsrecht, in: Kritische Justiz 1968, S. 108-120 (111).

⁷⁷ Gesetz über Treuhänder der Arbeit, RGBl. I, S. 285.

⁷⁸ Dersch, Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Berlin 1934, Einleitung, S. 16.

⁷⁹ Dersch, Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Berlin 1934, Einleitung, S. 16.

der Arbeit“ für größere Wirtschaftsgebiete⁸⁰ war ein Ausdruck der nach Auffassung des NS-Regimes erforderlichen starken staatlichen Kontrolle⁸¹. Sie verkörperten die Staatsgewalt auf sozialpolitischem Gebiet⁸².

Ihre Hauptaufgabe war es, für Arbeitsfrieden, also für eine durch kollektive personelle Spannungen ungestörte Produktion, zu sorgen⁸³. Dabei waren sie zuständig für die Überwachung der Betriebe, die Entscheidung der Streitigkeiten auf dem Gebiet der Betriebsverfassung, die Anklage bei den „sozialen Ehrengerichten“ und vor allem den Erlass der „Tarifordnungen“⁸⁴. Durch „Tarifordnungen“ entzogen sie den Arbeitnehmern und Arbeitgebern die Tarifautonomie⁸⁵. In gewissem Maße lösten sie die kollektivrechtlichen Schlichtungsbehörden ab⁸⁶. Tatsächlich gingen ihre Aufgaben jedoch weit darüber hinaus, da sie eine weitgehende Rechtssetzungsbefugnis besaßen⁸⁷. Zudem waren ihre Anordnungen gemäß § 22 AOG strafbewehrt⁸⁸.

d) Die Bekämpfung der Massenarbeitslosigkeit

Im Anschluss an die „Machtergreifung“ erließen die Nationalsozialisten noch am 01.06.1933⁸⁹ sowie am 21.09.1933⁹⁰ Gesetze zur Verminderung der Arbeitslosigkeit. Der Kampf gegen die Massenarbeits-

⁸⁰ Die Bezeichnung „Reichstreuhänder der Arbeit“ wurde erst am 01.04.1937 eingeführt, Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 196.

⁸¹ Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 34.

⁸² Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 34.

⁸³ Rüthers, Die Betriebsverfassung im Nationalsozialismus, in: Arbeit und Recht 1970, S. 97-109 (100).

⁸⁴ Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 34, Deventer, Arbeitsrecht im Nationalsozialismus, in: Juristische Schulung 1988, S. 13-20 (16).

⁸⁵ Ramm, Nationalsozialismus und Arbeitsrecht, in: Kritische Justiz 1968, S. 108-120 (111); Hähnchen, Rechtsgeschichte. 6. Aufl., Heidelberg 2021, Rn. 873.

⁸⁶ Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 196.

⁸⁷ Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 197.

⁸⁸ Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 200.

⁸⁹ Gesetz zur Verminderung der Arbeitslosigkeit, RGBl. I, S. 323.

⁹⁰ Zweites Gesetz zur Verminderung der Arbeitslosigkeit, RGBl. I, S. 651.

losigkeit war eine der ersten und für sie wichtigsten Maßnahmen des NS-Regimes nach der „Machtergreifung“⁹¹.

3. *Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit (AOG) als Arbeitsverfassung*

Wesentlich in der nationalsozialistischen Arbeitsgesetzgebung war das „Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit“ vom 20.01.1934⁹², das am deutlichsten von nationalsozialistischer Ideologie geprägt war⁹³. Die damalige juristische Literatur bezeichnete das AOG als „die Grundlage des neuen deutschen Arbeitsrechts“⁹⁴. Ganz im Sinne der Ziele des NS-Regimes baue das AOG eine neue Betriebsverfassung auf⁹⁵. Der Gesetzgeber habe dabei bewusst nur die wesentlichen Grundzüge der neuen Sozialverfassung festgelegt und nicht alle Einzelheiten darin geregelt⁹⁶. Im Folgenden werden daher die normativen Grundlagen des Gesetzes dargestellt.

a) *Die „Betriebsgemeinschaft“ als Grundlage der Betriebsverfassung*

In der neuen Betriebsverfassung wurde durch das AOG die „Betriebsgemeinschaft“ zum Kern der rechtlichen Ordnung des Arbeitsverhältnisses⁹⁷.

⁹¹ Bulla, Die Beschränkung des Arbeitsplatzwechsels. Kommentar zur Verordnung über die Beschränkung des Arbeitsplatzwechsels vom 1. September 1939 nebst Durchführungs-Verordnungen und Ministerial-Erlassen. Berlin 1942, S. 8.

⁹² RGBl. I, S. 45.

⁹³ Mayer-Maly, Arbeitsrecht, Arbeitsgerichtsbarkeit und Nationalsozialismus, in: Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.), Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus. Baden-Baden 1992, S. 125-140 (125).

⁹⁴ Hueck/Nipperdey/Dietz, Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Kommentar. 4. Aufl., München 1943, Aus dem Vorwort zur ersten Auflage.

⁹⁵ Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 34.

⁹⁶ Hueck/Nipperdey/Dietz, Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Kommentar. 4. Aufl., München 1943, Aus dem Vorwort zur ersten Auflage.

⁹⁷ Rieble, in: Staudinger/Fischinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 611-

Gemäß § 1 AOG arbeiteten im Betrieb der Unternehmer als „Führer des Betriebs“, die Angestellten und Arbeiter als „Gefolgschaft“ gemeinsam zur Förderung der Betriebszwecke und zum gemeinen Nutzen von Volk und Staat.

Die Vorschrift wurde gleichsam als Präambel des Gesetzes verstanden, die Sinn, Inhalt und Ethos des Gesetzes umschreibe⁹⁸. Das gesamte Arbeitsrecht müsse unter diesem Grundsatz betrachtet werden⁹⁹. Insbesondere § 1 AOG bezwecke, die liberalistischen Gedanken des Individuums als Zentrum des Arbeitsrechts und die gegensätzlichen Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu beseitigen¹⁰⁰. Im Unterschied zur Weimarer Zeit stünden die Interessengegensätze nicht im Vordergrund, sondern der Fokus werde auf die gemeinsamen Interessen gelegt.

Das AOG gehe von der „Gemeinschaftlichkeit der Aufgaben und des Zieles aller Werktätigen“ aus und stelle daher den Betrieb in den Mittelpunkt¹⁰¹. Hier sollten der Unternehmer und seine Mitarbeiter unter Aufsicht des Staates ihre Belange selbst ordnen¹⁰².

Der Begriff sei aber bewusst nicht näher kasuistisch reglementiert worden, sondern das AOG beinhalte nur allgemeine Richtlinien, da die Einzelausgestaltung der „verantwortungsbewussten und verantwortungsfreudigen Entscheidung des einzelnen dazu Berufenen“ obliege¹⁰³.

613 (Dienstvertrag und Arbeitsvertrag). Neubearbeitung 2022. Berlin, Vorbemerkung zu § 611a BGB, Rn. 21.

⁹⁸ Dietz, in: Hueck/Nipperdey/Dietz, Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Kommentar. 4. Aufl., München 1943, § 1 Rn. 1.

⁹⁹ Dietz, in: Hueck/Nipperdey/Dietz, Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Kommentar. 4. Aufl., München 1943, § 1 Rn. 1; Mansfeld/Pohl/Steinmann/Krause, Die Ordnung der nationalen Arbeit. Kommentar. Berlin/Leipzig/Mannheim/München 1934, S. 74.

¹⁰⁰ Vgl. Dersch, *Werdendes Arbeitsrecht*, in: Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 1935, S. 368-372 (368 f.).

¹⁰¹ Mansfeld/Pohl/Steinmann/Krause, Die Ordnung der nationalen Arbeit. Kommentar. Berlin/Leipzig/Mannheim/München 1934, S. 73.

¹⁰² Mansfeld/Pohl/Steinmann/Krause, Die Ordnung der nationalen Arbeit. Kommentar. Berlin/Leipzig/Mannheim/München 1934, S. 73 f.

¹⁰³ Dietz, in: Hueck/Nipperdey/Dietz, Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit.

aa) *Unternehmer als „Führer des Betriebs“*

Mit § 1 AOG wurde auch das „Führerprinzip“ innerhalb der „Betriebsgemeinschaft“ etabliert¹⁰⁴. Der Unternehmer wurde zum „Führer des Betriebs“ bestimmt. Diese Stellung folge aus der leitenden Arbeit in der Gemeinschaft¹⁰⁵. Eine „Führerstellung“ setze voraus, dass er der Gemeinschaft auch selbst angehörte und mit der „Gefolgschaft“ zusammen an den Aufgaben des Betriebs arbeitete¹⁰⁶. Ansonsten müsse er einen Vertreter bestellen¹⁰⁷. Ein solcher Fall war beispielsweise gegeben, wenn es sich wegen der räumlichen Entfernung zum Hauptbetrieb gemäß § 4 Abs. 2 AOG um einen selbstständigen Betrieb handelte. Dem „Führer des Betriebs“ würden eine höchstpersönliche Verantwortung sowie besondere Charakterstärke und Willenskraft abverlangt¹⁰⁸.

Gemäß § 2 Abs. 1 AOG entschied der „Führer des Betriebs“ gegenüber der „Gefolgschaft“ in allen betrieblichen Angelegenheiten, soweit die durch das AOG geregelt wurden. Außer in Streitigkeiten aus den Einzelarbeitsverhältnissen war er in keiner Weise gebunden¹⁰⁹. In seiner Eigenschaft als „Betriebsführer“ übte der Unternehmer ein öffentliches

Kommentar. 4. Aufl., München 1943, § 1 Rn. 4a; Dersch, *Werdendes Arbeitsrecht*, in: *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht* 1935, S. 368-372 (369).

¹⁰⁴ Rieble, in: Staudinger/Fischinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 611-613 (Dienstvertrag und Arbeitsvertrag). Neubearbeitung 2022. Berlin, Vorbemerkung zu § 611a BGB, Rn. 21.

¹⁰⁵ Dietz, in: Hueck/Nipperdey/Dietz, *Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit*. Kommentar. 4. Aufl., München 1943, § 1 Rn. 4a.

¹⁰⁶ Dietz, in: Hueck/Nipperdey/Dietz, *Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit*. Kommentar. 4. Aufl., München 1943, § 1 Rn. 4a.

¹⁰⁷ Dietz, in: Hueck/Nipperdey/Dietz, *Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit*. Kommentar. 4. Aufl., München 1943, § 1 Rn. 4a.

¹⁰⁸ Dietz, in: Hueck/Nipperdey/Dietz, *Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit*. Kommentar. 4. Aufl., München 1943, § 3 Rn. 1.

¹⁰⁹ Hueck, *Deutsches Arbeitsrecht*. Berlin 1938, S. 186 f; Dietz, in: Hueck/Nipperdey/Dietz, *Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit*. Kommentar. 4. Aufl., München 1943, § 1 Rn. 7e.

Amt aus, während er als Eigentümer des Unternehmens privatrechtliches Subjekt blieb¹¹⁰.

Der „Führer des Betriebs“ musste nach § 2 Abs. 2 AOG für das Wohl der „Gefolgschaft“ sorgen. Er habe sich dabei an den „Geist der Gemeinschaft“, an die „Führerverantwortlichkeit“ und der „Richtschnur der sozialen Ehre“ zu halten¹¹¹. Die Anwendungsfälle der Fürsorgepflicht des Unternehmers könnten nicht erschöpfend dargestellt werden¹¹². Es handele sich um einen „aus dem inneren Wesen der Betriebsgemeinschaft als Treu- und Vertrauensverhältnis“ ergebenden Grundsatz¹¹³.

bb) Arbeitnehmer als „Gefolgschaft“

§ 1 AOG spricht von „Arbeitern und Angestellten“ in einem Unternehmen, die die „Gefolgschaft“ bildeten. Das Gefolgschaftsverhältnis baute auf dem Beschäftigungsverhältnis auf, sodass jeder der aufgrund eines Arbeitsvertrages im Dienste eines anderen zur Arbeit verpflichtet war, auch der „Gefolgschaft“ angehörte¹¹⁴. Nicht zur „Gefolgschaft“ gehörten polnische und jüdische Arbeitnehmer sowie „Zigeuner“ und „fremdstämmige Arbeitskräfte“ aus den besetzten Ostgebieten¹¹⁵. Sie wurden somit auch nicht als Teil der „Betriebsgemeinschaft“ angesehen. „Jüdische“ Arbeitnehmer standen „in einem Beschäftigungsverhältnis

¹¹⁰ Hachtmann, Die rechtliche Regelung der Arbeitsbeziehungen im Dritten Reich, in: Gosewinkel, Dieter, Wirtschaftskontrolle und Recht in der nationalsozialistischen Diktatur. Das Europa der Diktatur. Frankfurt a. M. 2005, S. 135-155 (137).

¹¹¹ Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 181.

¹¹² Dersch, Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Berlin 1934, § 3 Rn. 4a.

¹¹³ Dersch, Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Berlin 1934, § 3 Rn. 4a.

¹¹⁴ Dietz, in: Hueck/Nipperdey/Dietz, Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Kommentar. 4. Aufl., München 1943, § 1 Rn. 8. Dies galt nicht für den stellvertretenden *Führer des Betriebs*.

¹¹⁵ Dietz, in: Hueck/Nipperdey/Dietz, Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Kommentar. 4. Aufl., München 1943, § 5 Rn. 7. Eine Gesamtaufstellung der zur „Gefolgschaft“ gehörenden Arbeitnehmer findet sich bei Dietz, in: Hueck/Nipperdey/Dietz, Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Kommentar. 4. Aufl., München 1943, § 1 Rn. 20.

eigener Art“ und waren somit ebenfalls nicht Teil der „Gefolgschaft“¹¹⁶. Für den Begriff des „jüdischen“ Arbeitnehmers wurde auf die Definition des Reichsbürgergesetzes vom 15.09.1935¹¹⁷ und der nachfolgenden Verordnungen zum Reichsbürgergesetz abgestellt.

Die „Gefolgschaft“ wurde lediglich als Teil der „Betriebsgemeinschaft“ verstanden¹¹⁸. Da sie keine eigene juristische Person bildete, standen ihr keine selbständigen Rechte und Pflichten zu¹¹⁹.

Die „Gefolgschaft“ war gemäß § 2 Abs. 2 S. 2 AOG gegenüber dem „Führer des Betriebs“ zur aus der „Betriebsgemeinschaft“ folgenden Treue verpflichtet. Diese Pflicht bestand neben der aus dem einzelnen Arbeitsverhältnis folgenden Treuepflicht des Arbeitnehmers¹²⁰. Die Verletzung der Treuepflicht aus dem Arbeitsverhältnis, löste privatrechtliche Folgen aus, während die Verletzung der Treuepflicht aus der „Betriebsgemeinschaft“ eine „ehrengerichtliche Bestrafung“ nach sich zog¹²¹.

Die Fürsorgepflicht des Unternehmers und die Treuepflicht der „Gefolgschaft“ standen sich nicht gleichberechtigt gegenüber¹²². Letztere war eine Konstante, die vorab einseitig durch den Unternehmer festgelegt war und nicht zur Disposition gestellt wurde¹²³. Die Erfüllung der Fürsorgepflicht hingegen konnte vom Unternehmer vom Verhalten der Beschäftigten abhängig gemacht werden¹²⁴. So minderte sich die

¹¹⁶ Dietz, in: Hueck/Nipperdey/Dietz, Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Kommentar. 4. Aufl., München 1943, § 5 Rn. 7.

¹¹⁷ RGBl. I, S. 1146.

¹¹⁸ Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 195.

¹¹⁹ Dersch, Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Berlin 1934, § 1 Rn. 64.

¹²⁰ Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 195.

¹²¹ Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 195.

¹²² Spohn, Zur „Betriebsverfassung“ im nationalsozialistischen Deutschland, Gewerkschaftliche Monatshefte 1984, S. 545-555 (549).

¹²³ Spohn, Zur „Betriebsverfassung“ im nationalsozialistischen Deutschland, Gewerkschaftliche Monatshefte 1984, S. 545-555 (549).

¹²⁴ Spohn, Zur „Betriebsverfassung“ im nationalsozialistischen Deutschland, Gewerkschaftliche Monatshefte 1984, S. 545-555 (549 f.).

Fürsorgepflicht des Unternehmers, wenn der Beschäftigte nach Auffassung des Unternehmers gegen die Treuepflicht verstoßen hatte¹²⁵.

b) „Betriebsordnung“ und „Tarifordnung“

Auf betrieblicher Ebene waren in der Zeit des kollektiven Arbeitsrechts zur betrieblichen Mitbestimmung Betriebsvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsvertretung getroffen worden¹²⁶. Überbetrieblich waren dafür die Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände zuständig, indem sie Tarifverträge vereinbarten¹²⁷. Beide Rechtsinstitute sind unter dem NS-Regime mehr oder minder vollständig beseitigt worden, mindestens aber grundlegend verändert worden.

aa) „Betriebsordnung“ statt Betriebsvereinbarung

In Betrieben mit in der Regel mehr als 20 Beschäftigten war gemäß § 26 AOG vom „Betriebsführer“ eine „Betriebsordnung“ für die „Gefolgschaft“ zu erlassen. Die aufzunehmenden Regelungsgegenstände zu den Arbeitsbedingungen waren in § 27 AOG aufgelistet.

Bei der „Betriebsordnung“ handelte es sich um eine einseitig vom „Betriebsführer“ geschaffene autonome Satzung des Betriebs¹²⁸. Sie diente als „Gesetz“ für den Arbeitnehmer, während der Arbeitsvertrag in den Hintergrund rückte¹²⁹. Durch diesen erklärte er lediglich seine Einwilligung, unter jenem „Gesetz“ leben zu wollen¹³⁰. Die „Betriebs-

¹²⁵ Spohn, Zur „Betriebsverfassung“ im nationalsozialistischen Deutschland, Gewerkschaftliche Monatshefte 1984, S. 545-555 (549 f.), wonach Unternehmer die betrieblichen Sozialleistungen kürzten oder ganz strichen, wenn ein vermeintlicher Verstoß gegen die Treuepflicht vorlag.

¹²⁶ Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 80.

¹²⁷ Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 80.

¹²⁸ Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 151, 170. Ein Beispiel für eine Betriebsordnung einer Betriebsgemeinschaft findet sich bei Kranig, Arbeitsrecht im NS-Staat. Köln 1984, S. 52 f.

¹²⁹ Brauweiler, Vom Arbeitsrecht zur Ordnung der nationalen Arbeit, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1936, S. 149-175 (174).

¹³⁰ Vom Arbeitsrecht zur Ordnung der nationalen Arbeit, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 1936, S. 149-175 (174).

ordnung“ hatte sich als „schwächere Rechtsquelle im Rahmen der zwingenden gesetzlichen Vorschriften und der Tarifnormen halten“¹³¹.

bb) „*Tarifordnung*“ statt *Tarifvertrag*

Gemäß § 32 Abs. 2 AOG konnten die „Treuhänder der Arbeit“ Mindestbedingungen zur Regelung der Arbeitsverhältnisse schriftlich als „Tarifordnung“ erlassen.

Sie traten zwar an die Stelle von Tarifverträgen¹³², aber waren mit ihnen insofern wegen grundsätzlicher Unterschiede nicht mehr vergleichbar¹³³. Wegen des „Fortfalls“ der Tarifparteien war keine schuldrechtliche Vereinbarung mehr möglich¹³⁴ und der „Treuhänder der Arbeit“ hatte freies Ermessen beim Erlass, das gerichtlich nicht überprüfbar war¹³⁵. Eine „Tarifordnung“ war außerdem eine staatliche Rechtsverordnung und somit öffentlich-rechtlicher Rechtsnatur¹³⁶.

Die „Tarifordnung“ konnte alles beinhalten, was der Regelung der Arbeitsverhältnisse diente¹³⁷. Die Vorschriften wirkten unmittelbar, unabdingbar und ihre Verletzung war strafbewehrt¹³⁸. Sie wurde zu einem der bedeutsamsten arbeitsrechtlichen Gestaltungsmittel der Arbeitsbeziehung¹³⁹.

¹³¹ Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 173.

¹³² Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 80.

¹³³ Mansfeld/Pohl/Steinmann/Krause, Die Ordnung der nationalen Arbeit. Kommentar. Berlin/Leipzig/Mannheim/München 1934, S. 358.

¹³⁴ Mansfeld/Pohl/Steinmann/Krause, Die Ordnung der nationalen Arbeit. Kommentar. Berlin/Leipzig/Mannheim/München 1934, S. 358.

¹³⁵ Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 153.

¹³⁶ Dersch, Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Berlin 1934, § 32 Rn. 4b.

¹³⁷ Crone, Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit nebst Parallelvorschriften und das bisherige Recht. München/Berlin/Leipzig 1934, S. 60.

¹³⁸ Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 162 f.

¹³⁹ Becker, Die Betriebs- und die Volksgemeinschaft als Grundlage des „neuen“ NS-Arbeitsrechts, in: Buggeln, Marc/Wildt, Michael (Hrsg.), Arbeit im Nationalsozialismus. München 2014, S. 107-121 (117).

c) *Die Installation eines „Vertrauensrats“*

Nach § 5 AOG traten in Betrieben mit in der Regel mindestens 20 Beschäftigten „Vertrauensmänner“ dem „Führer des Betriebs“ beratend zur Seite. Gemeinsam bildeten sie den „Vertrauensrat“. Die rechtlich bindenden Entscheidungen traf der „Führer des Betriebs“, während er sich dabei mithilfe der „Vertrauensmänner“ ein umfassendes Bild von der Auswirkung der geplanten Maßnahmen und von den Bedürfnissen machte, die eine Regelung notwendig erscheinen ließen¹⁴⁰. Im „Vertrauensrat“ musste lediglich dazu beraten werden, ohne dass eine Bindung an dessen Ratschläge gegeben war¹⁴¹. Der „Vertrauensrat“ war gerade nicht wie der Betriebsrat ein Organ der „Gefolgschaft“ zu Vertretung gegenüber dem Unternehmer¹⁴². Die Installation bezweckte vielmehr, auch in größeren Betrieben den „Geist einer wahren Betriebsgemeinschaft“ zu gewährleisten¹⁴³.

d) *Die Einrichtung der „sozialen Ehrengleichheit“*

§ 35 AOG bestimmte, dass jeder Angehörige einer „Betriebsgemeinschaft“ die Verantwortung für die gewissenhafte Erfüllung der ihm nach seiner Stellung innerhalb dessen obliegenden Pflichten trägt. Im steten Bewusstsein seiner Verantwortung sollte er seine volle Kraft dem Dienst des Betriebs widmen und sich dem gemeinen Wohle unterordnen. Die „Betriebsgemeinschaft“ setze einen Gemeinschaftsgeist voraus, der nach „langen Jahren des Klassenkampfes nicht gleich überall vorhanden“ sei¹⁴⁴. Der Staat habe daher die Aufgabe, alle Beteiligten

¹⁴⁰ Dietz, in: Hueck/Nipperdey/Dietz, Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Kommentar. 4. Aufl., München 1943, § 5 Rn. 1.

¹⁴¹ Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 170 f.

¹⁴² Dietz, in: Hueck/Nipperdey/Dietz, Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Kommentar. 4. Aufl., München 1943, § 5 Rn. 16.

¹⁴³ Dietz, in: Hueck/Nipperdey/Dietz, Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Kommentar. 4. Aufl., München 1943, § 5 Rn. 1, 16.

¹⁴⁴ Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 206.

zu dieser Gesinnung zu erziehen und dazu gehöre auch die Sanktion grober Verstöße¹⁴⁵.

Daher wurden gemäß § 41 AOG „soziale Ehrengerichte“ eingerichtet. Es handele sich um eine Disziplinargerichtsbarkeit, auf die zwar die StPO anwendbar war, die aber unabhängig vom Strafverfahren bestand¹⁴⁶. Bei der „sozialen Ehrengerichtsbarkeit“ sei die Nichterfüllung besonderer, sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden Pflichten Gegenstand der Bestrafung¹⁴⁷. Der „Treuhänder der Arbeit“ fungierte, ähnlich der Stellung eines Staatsanwalts im ordentlichen Verfahren, als Anklagebehörde (§ 43 AOG)¹⁴⁸.

Neben der „sozialen Ehrengerichtsbarkeit“ für Verletzungen innerhalb der „Betriebsgemeinschaft“, bestanden die Arbeitsgerichte für alle arbeitsrechtlichen Streitigkeiten privatrechtlicher Natur fort¹⁴⁹. Die Streitfälle dort gingen jedoch kontinuierlich zurück¹⁵⁰.

e) *Der Kündigungsschutz unter dem AOG*

Den Kündigungsschutz regelten die §§ 56 ff. AOG. Gemäß § 56 Abs. 1 AOG konnte dieser beantragt werden, wenn die Kündigung „unbillig hart und nicht durch die Verhältnisse des Betriebs bedingt“ war. Außerordentliche Kündigungen fielen nicht in den Anwendungsbereich der Vorschriften¹⁵¹.

¹⁴⁵ Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 206.

¹⁴⁶ Dietz, Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. Januar 1934. Textausgabe mit Einleitung, Erläuterungen und Sachverzeichnis. München/Berlin 1934, Einleitung, S. 26 f.

¹⁴⁷ Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 207.

¹⁴⁸ Dietz, Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. Januar 1934. Textausgabe mit Einleitung, Erläuterungen und Sachverzeichnis. München/Berlin 1934, Einleitung, S. 28.

¹⁴⁹ Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 216.

¹⁵⁰ Siehe die Statistik bei Hachtmann, Die rechtliche Regelung der Arbeitsbeziehungen im Dritten Reich, in: Gosewinkel, Dieter, Wirtschaftskontrolle und Recht in der nationalsozialistischen Diktatur. Das Europa der Diktatur. Frankfurt a. M. 2005, S. 135-155 (144 f.).

¹⁵¹ Dietz, in: Hueck/Nipperdey/Dietz, Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Kommentar. 4. Aufl., München 1943, Vorbemerkungen zu § 56 Rn. 5, 8.

Sinn und Zweck des Kündigungsschutzes war ebenfalls die nationalsozialistische Auffassung zum Wesen einer „Betriebsgemeinschaft“. Sie bilde seine berufliche Familie, aus der der Arbeitnehmer nicht ausgestoßen werden dürfe, wenn keine zwingenden Gründe vorlägen¹⁵².

Der Bereich des Kündigungsschutzes war besonderer Gegenstand der rassenrechtlichen Diskriminierung¹⁵³. Zum Beispiel stellte das Reichsarbeitsgericht fest, dass bei der Kündigung eines „jüdischen“ Arbeitnehmers die „Entwicklung des rassepolitischen Gedankens im Reich zu beachten sei“¹⁵⁴.

f) *Die Auswirkungen des AOG auf das Individualarbeitsrecht*

Im Individualarbeitsrecht wurden äußerlich keine nennenswerten Veränderungen vorgenommen¹⁵⁵. Der Arbeitsvertrag als gegenseitiger schuldrechtlicher Vertrag wurde in Fortführung des bisherigen Verständnisses in den §§ 611 ff. BGB geregelt, da ein neues Gesetz über das Arbeitsverhältnis scheiterte¹⁵⁶. Der grundsätzliche Wandel zur Betonung des Gemeinschaftsverhältnisses führe dazu, dass das Einzelverhältnis auch als Gemeinschaftsverhältnis zu charakterisieren sei, indem es

¹⁵² Dersch, Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Berlin 1934, § 56 Rn. 1.

¹⁵³ Majer, Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems. Stuttgart 1987, S. 193. Einen Rechtsprechungsüberblick zu Kündigungen im Arbeitsverhältnis aufgrund „staatsfeindlicher Gesinnung“ liefert Mayer-Maly, Arbeitsrecht, Arbeitsgerichtsbarkeit und Nationalsozialismus, in: Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.), Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus. Baden-Baden 1992, S. 125-140 (129 ff.).

¹⁵⁴ RAG, Urteil vom 05.07.1939 – RAG 198/38, RAGE 21, 283 (286); Kranig, Arbeitsrecht im NS-Staat. Köln 1984, S. 84.

¹⁵⁵ Rieble, in: Staudinger/Fischinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 611-613 (Dienstvertrag und Arbeitsvertrag). Neubearbeitung 2022. Berlin, Vorbemerkung zu § 611a BGB, Rn. 22. So auch Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 53 f., der für das Einzelarbeitsverhältnis bedeutsame Vorschriften lediglich in den §§ 611 ff. BGB, §§ 59 ff. HGB und §§ 105 ff. GewO sieht.

¹⁵⁶ Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 66; zu den Motiven des Gesetzes und weshalb es scheiterte, s. Linne, Das Scheitern des NS-Gesetzes über das Arbeitsverhältnis, in: Kritische Justiz 2005, S. 260-275 (260).

sich hierin eingliedern¹⁵⁷. Die durch das AOG aufgestellten Grundsätze verdrängten die Normen des BGB, des HGB und der GewO für den Bereich des Arbeitsrechts, die „stillschweigend außer Kraft gesetzt“ seien¹⁵⁸. Wegen des „personenrechtlichen Charakters des Arbeitsverhältnisses“¹⁵⁹ überlagere das AOG das BGB in dieser Hinsicht. Die Pflicht zur Arbeitsleistung war außerdem nicht mehr Privatsache, sondern Pflicht gegenüber der „Betriebsgemeinschaft“¹⁶⁰. Die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis wurden ideologisch aufgeladen und in das „Gesamtziel der autoritären Gestaltung“ des „Arbeitslebens der Nation“ eingefügt¹⁶¹.

4. Maßnahmen zum „Vierjahresplan“ und Kriegsarbeitsrecht

Im Anschluss an den Erlass des AOG wurden noch weitere Vorschriften erlassen, die nicht weiter Gegenstand meiner Darstellung sein können. Diese beinhalteten vielfach staatliche Eingriffe im Hinblick auf die Lenkung der Arbeitswelt¹⁶².

a) Arbeitsrechtliche NS-Gesetzgebung zum „Vierjahresplan“

Wesentliche Neuerungen ergingen sodann ab 1936 im Hinblick auf

¹⁵⁷ Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 66.

¹⁵⁸ Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 67; s.a. Mansfeld/Pohl/Steinmann/Krause, Die Ordnung der nationalen Arbeit. Kommentar. Berlin/Leipzig/Mannheim/München 1934, S. 85.

¹⁵⁹ Hueck, Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 67.

¹⁶⁰ Becker, Die Betriebs- und die Volksgemeinschaft als Grundlage des „neuen“ NS-Arbeitsrechts, in: Buggeln, Marc/Wildt, Michael (Hrsg.), Arbeit im Nationalsozialismus. München 2014, S. 107-121 (112).

¹⁶¹ Becker, Die Betriebs- und die Volksgemeinschaft als Grundlage des „neuen“ NS-Arbeitsrechts, in: Buggeln, Marc/Wildt, Michael (Hrsg.), Arbeit im Nationalsozialismus. München 2014, S. 107-121 (121).

¹⁶² Dazu gehörten u.a. Regelungen zum Arbeitseinsatz, zur Verteilung von Arbeitskräften und die Einführung des Arbeitsbuchs, s. Kranig, Arbeitsrecht im NS-Staat. Köln 1984, S. 192 ff.

Hitlers „Vierjahresplan“¹⁶³. Danach musste die deutsche Armee in vier Jahren einsatzfähig und die deutsche Wirtschaft in vier Jahren kriegsfähig sein. Daher wurde am 18.10.1936 die Verordnung zur Durchführung des Vierjahresplanes¹⁶⁴ beschlossen.

Die Vierjahresplanpolitik des NS-Regimes mit Blick auf Rüstung und wirtschaftliche Autarkie machte eine Änderung der arbeitsrechtlichen Gesetzgebung notwendig¹⁶⁵. Stand zunächst der Kampf gegen die Arbeitslosigkeit im Ziel einer Niedriglohnpolitik, wandelte sich dies während der (Vor-)Kriegszeit zur Reduzierung der Kosten von Rüstung und Krieg¹⁶⁶. Ferner mussten einerseits die Produktionspläne erreicht werden, sodass die Arbeitszeiten verlängert wurden¹⁶⁷. Andererseits musste die Arbeitskräfte gesunderhalten werden – auch um sie noch als Soldaten einsetzen zu können¹⁶⁸.

b) Nationalsozialistisches Kriegsarbeitsrecht

Die weiteren Jahre der wesentlichen arbeitsrechtlichen NS-Gesetzgebung wurden erheblich durch den Krieg beeinflusst. Während des Zweiten Weltkriegs wurden beinahe nur kriegswichtige Arbeitsrechtsvorschriften erlassen¹⁶⁹. Im Jahr 1939 setzte das NS-Regime die Löhne

¹⁶³ Der *Vierjahresplan* geht auf Hitlers Denkschrift zum Vierjahresplan 1936 zurück. Abgedruckt bei *Treue*, Hitlers Denkschrift zum Vierjahresplan 1936, Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte 2/1955, S. 184-210 (204 f.), abrufbar unter https://www.ifz-muenchen.de/heftarchiv/1955_2_5_treue.pdf (zuletzt abgerufen am 06.06.2023).

¹⁶⁴ RGBl. I, S. 887.

¹⁶⁵ *Kranig*, Arbeitsrecht im NS-Staat. Köln 1984, S. 132.

¹⁶⁶ *Kranig*, Arbeitsrecht im NS-Staat. Köln 1984, S. 132 f.

¹⁶⁷ *Kranig*, Arbeitsrecht im NS-Staat. Köln 1984, S. 133.

¹⁶⁸ *Kranig*, Arbeitsrecht im NS-Staat. Köln 1984, S. 133.

¹⁶⁹ *Deventer*, Arbeitsrecht im Nationalsozialismus, in: Juristische Schulung 1988, S. 13-20 (14). Arbeitsrechtliche Vorschriften ergingen in dieser Zeit auch nicht mehr als „Gesetze“, sondern nur noch als „Verordnungen“, „Anordnungen“ oder „Führererlasse“, *Kranig*, Lockung und Zwang. Zur Arbeitsverfassung im Dritten Reich. Stuttgart 1983, S. 126.

fest und die wöchentliche Arbeitszeit herauf¹⁷⁰. Sämtliche Arbeitsbedingungen wurden in den Kriegsjahren staatlich kontrolliert¹⁷¹.

Eine Ausnahme bildete das Mutterschutzgesetz¹⁷² vom 17.05.1942. Dessen Vorschriften beabsichtigten nicht den Schutz einzelner Arbeitnehmerinnen, „sondern [zielten] auf den rassischen Beruf „Mutter“, [wollten] die Gebärfähigkeit „erbgesunder“ deutscher Frauen im Dienste der „arischen Herrenrasse“ sichern“¹⁷³.

Während der Kriegswirtschaft wurden die Pflichten aus der „Volksgemeinschaft“ stärker betont als die der „Betriebsgemeinschaft“¹⁷⁴. Die Motive der „Betriebsgemeinschaft“ mussten zugunsten der „Volksgemeinschaft“ zurückgestellt werden¹⁷⁵.

III. Fazit

1. *Die Abschaffung des kollektiven Arbeitsrechts*

Während des NS-Regimes wurde das herkömmliche kollektive Ar-

¹⁷⁰ Rieble, in: Staudinger/Fischinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 611-613 (Dienstvertrag und Arbeitsvertrag). Neubearbeitung 2022. Berlin, Vorbemerkung zu § 611a BGB, Rn. 21.

¹⁷¹ Deventer, Arbeitsrecht im Nationalsozialismus, in: Juristische Schulung 1988, S. 13-20 (14).

¹⁷² Gesetz zum Schutze der erwerbstätigen Mutter, RGBl. I, S. 321.

¹⁷³ Hachtmann, Die rechtliche Regelung der Arbeitsbeziehungen im Dritten Reich, in: Gosewinkel, Dieter, Wirtschaftskontrolle und Recht in der nationalsozialistischen Diktatur. Das Europa der Diktatur. Frankfurt a. M. 2005, S. 135-155 (136).

¹⁷⁴ Rhode, Arbeitsrecht – Sozialrecht – Gemeinschaftsrecht. Berlin 1944, S. 21; Becker, Die Betriebs- und die Volksgemeinschaft als Grundlage des „neuen“ NS-Arbeitsrechts, in: Buggeln, Marc/Wildt, Michael (Hrsg.), Arbeit im Nationalsozialismus. München 2014, S. 107-121 (114).

¹⁷⁵ Becker, Die Betriebs- und die Volksgemeinschaft als Grundlage des „neuen“ NS-Arbeitsrechts, in: Buggeln, Marc/Wildt, Michael (Hrsg.), Arbeit im Nationalsozialismus. München 2014, S. 107-121(114).

beitsrecht aus der Weimarer Zeit durch Staatsterrorismus und Gesetzgebung binnen eines Jahres vollkommen beseitigt¹⁷⁶. § 65 AOG zählte elf Gesetze und Verordnungen kollektivarbeitsrechtlicher Natur auf, die außer Kraft traten. Dadurch seien „Organisationen von Arbeitskämpfparteien“ abgeschafft sowie „Streiks und Aussperrungen als Mittel des Klassenkampfes“ beseitigt worden¹⁷⁷.

Daneben zeigte sich nationalsozialistische Gesetzgebung auch im nicht-schematischen Aufbau eines neuen Arbeitsrechts¹⁷⁸. Vieles sei dabei „der Entwicklung und der Erziehung der Deutschen zu rechter Arbeitsgesinnung überlassen“ worden¹⁷⁹. Im Ergebnis basierte das nationalsozialistische Arbeitsrecht auf zehn Grundgedanken: der Beseitigung des kollektiven Arbeitsrechts, der Überwindung des Klassenkampfes durch den Gemeinschaftsgedanken, dem Verständnis des Arbeitsverhältnisses als eine auf Treue und Fürsorge gegründete personenrechtliche Arbeitsgemeinschaft, dem „Führerprinzip“ im Betrieb, dem Schwerpunkt der „Betriebsgemeinschaft“ im Einzelbetrieb, der klaren Festlegung stärksten staatlichen Einflusses auf die arbeitsrechtlichen Verhältnisse, dem Schutz der „sozialen Ehre“, dem Selbstverwaltungsprinzip im Arbeitsrecht, der Pflicht zur Arbeit und dem Recht auf Arbeit, der Eingliederung der Arbeit in das Leben des ganzen Volks¹⁸⁰. Diese Grundgedanken fanden sich vollständig im AOG wieder.

Die arbeitsrechtlichen Maßnahmen nach der „Machtergreifung“

¹⁷⁶ Hähnchen, *Rechtsgeschichte*. 6. Aufl., Heidelberg 2021, Rn. 874; Däubler/Kittner, *Geschichte und Zukunft der Betriebsverfassung*. Frankfurt a. M. 2020, S. 260.

¹⁷⁷ Brauweiler, *Vom Arbeitsrecht zur Ordnung der nationalen Arbeit*, in: *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 1936, S. 149-175 (152 f.).

¹⁷⁸ Nipperdey, in: Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze*. Band II, 3. Teil. 10. Aufl. Berlin/München 1939, Einzelne Schuldverhältnisse: Dienstvertrag, §§ 611-630, Vorbemerkungen, Rn. 283.

¹⁷⁹ Nipperdey, in: Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze*. Band II, 3. Teil. 10. Aufl. Berlin/München 1939, Einzelne Schuldverhältnisse: Dienstvertrag, §§ 611-630, Vorbemerkungen, Rn. 283.

¹⁸⁰ Nipperdey, in: Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze*. Band II, 3. Teil. 10. Aufl. Berlin/München 1939, Einzelne Schuldverhältnisse: Dienstvertrag, §§ 611-630, Vorbemerkungen, Rn. 283-292.

erreichten im Wesentlichen die Ziele der Nationalsozialisten. Die Gegensätze von Arbeitgeber und Arbeitnehmer wurden zunächst in die „Betriebsgemeinschaft“ eingebracht und dadurch beseitigt. Die Arbeit trug zur Verwirklichung der „Volksgemeinschaft“ bei und das „Führerprinzip“ wurde etabliert.

2. Ein neues Kollektiv: „die Gemeinschaft“

Besonders auffällig ist die häufige Verwendung des Begriffs der „Gemeinschaft“. Er war ein wesentlicher Bestandteil der NS-Ideologie¹⁸¹ und spielte auch bei der arbeitsrechtlichen Gesetzgebung eine hervorgehobene Rolle.

Das kollektive Arbeitsrecht wurde abgeschafft, während parallel neue Kollektive als Gemeinschaften aufgebaut wurden: die „Betriebsgemeinschaft“ und ihr übergeordnet die „Volksgemeinschaft“¹⁸². Das AOG, das den Rechtszustand der damaligen Zeit prägte¹⁸³, beließ insbesondere den Begriff der „Betriebsgemeinschaft“ sehr vage und ermöglichte eine Auslegung je nach gewolltem Ergebnis¹⁸⁴. So konnten

¹⁸¹ S.a. Becker, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis während der Weimarer Republik und in der Zeit des Nationalsozialismus. Frankfurt a. M. 2005, S. 355 f.

¹⁸² Hachtmann, Die rechtliche Regelung der Arbeitsbeziehungen im Dritten Reich, in: Gosewinkel, Dieter, Wirtschaftskontrolle und Recht in der nationalsozialistischen Diktatur. Das Europa der Diktatur. Frankfurt a. M. 2005, S. 135-155 (137). Die Begriffe wurden schon in den 1920er Jahren verwendet, aber durch die NS-Ideologen und NS-Arbeitsrechtler auf die Spitze getrieben und dadurch instrumentalisiert, Hachtmann, Die rechtliche Regelung der Arbeitsbeziehungen im Dritten Reich, in: Gosewinkel, Dieter, Wirtschaftskontrolle und Recht in der nationalsozialistischen Diktatur. Das Europa der Diktatur. Frankfurt a. M. 2005, S. 135-155 (138). Siehe zum sog. *Konkreten Ordnungsdenken* auch zusammenfassend Rüthers, Die Betriebsverfassung im Nationalsozialismus, in: Arbeit und Recht 1970, S. 97-109 (102).

¹⁸³ Mayer-Maly, Arbeitsrecht, Arbeitsgerichtsbarkeit und Nationalsozialismus, in: Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.), Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus. Baden-Baden 1992, S. 125-140 (125).

¹⁸⁴ Rüthers, Die Betriebsverfassung im Nationalsozialismus, in: Arbeit und Recht

politische Gegner, „notorisch „Minderleistungsfähige“ und jüdische Arbeitnehmer“ als „gemeinschaftsfremd“ ausgegrenzt werden¹⁸⁵.

Die „deutsche“ Arbeitnehmerschaft stand jedenfalls der anfänglichen NS-Gesetzgebung im Arbeitsrecht eher positiv gegenüber¹⁸⁶. Nach Auffassung von *Ramm* sei für die positive Einstellung die Beseitigung der Massenarbeitslosigkeit, die Sorge für die Preisstabilität, die Anerkennung des Arbeiters an sich und der Gleichwertigkeit seiner Arbeit und die soziale Wertschätzung jeder Arbeit verantwortlich¹⁸⁷. Dies galt jedoch nur, wenn der Arbeitnehmer sich selbst auch in die „Volksgemeinschaft“ einfügte. Durch permanente Propaganda hatte es das NS-Regime geschafft, bei den Arbeitnehmern das Bewusstsein zu beseitigen, in einem Herrschaftsverhältnis zu stehen, obwohl ein solches durch das AOG außerordentlich verstärkt wurde¹⁸⁸.

Der Widerspruch, wie das „Führerprinzip“ und das „Gemeinschaftsprinzip“ zu vereinbaren seien, bleibt unaufgelöst¹⁸⁹. Die damalige juristische Literatur ging zur Rechtfertigung so weit, dass „wahres Führertum“ nur in einer Gemeinschaft bestehen könne¹⁹⁰.

1970, S. 97-109 (102); *Hachtmann*, Die rechtliche Regelung der Arbeitsbeziehungen im Dritten Reich, in: Gosewinkel, Dieter, Wirtschaftskontrolle und Recht in der nationalsozialistischen Diktatur. Das Europa der Diktatur. Frankfurt a. M. 2005, S. 135-155 (137).

¹⁸⁵ *Hachtmann*, Die rechtliche Regelung der Arbeitsbeziehungen im Dritten Reich, in: Gosewinkel, Dieter, Wirtschaftskontrolle und Recht in der nationalsozialistischen Diktatur. Das Europa der Diktatur. Frankfurt a. M. 2005, S. 135-155 (137).

¹⁸⁶ *Ramm*, Nationalsozialismus und Arbeitsrecht, in: Kritische Justiz 1968, S. 108-120 (113).

¹⁸⁷ *Ramm*, Nationalsozialismus und Arbeitsrecht, in: Kritische Justiz 1968, S. 108-120 (113).

¹⁸⁸ *Ramm*, Nationalsozialismus und Arbeitsrecht, in: Kritische Justiz 1968, S. 108-120 (113).

¹⁸⁹ Vgl. *Rüthers*, Die Betriebsverfassung im Nationalsozialismus, in: Arbeit und Recht 1970, S. 97-109 (99).

¹⁹⁰ *Dietz*, Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. Januar 1934. Textausgabe mit Einleitung, Erläuterungen und Sachverzeichnis. München/Berlin 1934, Einleitung, S. 6; *Rüthers*, Die Betriebsverfassung im Nationalsozialismus, in: Arbeit und Recht 1970, S. 97-109 (99), der auch die sich gegenseitig beeinflussenden nationalsozialistischen Auffassungen wiedergibt.

Der sozial-demokratische und 1933 zur Flucht nach England¹⁹¹ gezwungene Arbeitsrechtswissenschaftler *Otto Kahn-Freund* fällt ein vernichtendes Urteil über das Arbeitsrecht in dieser Zeit: Es sei geistig erstarrt und von einem „Werkzeug der unterdrückten Klasse zu einem Werkzeug der Beamtenschaft im Dienst eines kleinbürgerlich-wirtschaftsfriedlichen Ideals geworden“¹⁹².

¹⁹¹ *Ramm*, Otto Kahn-Freund und Deutschland, in: Gamillscheg, Franz/de Givry, Jean/Hepple, Bob/Verdier, Jean-Maurice, In memoriam Sir Otto Kahn-Freund. München 1980, S. XXI-XXXII (XXVII).

¹⁹² *Kahn-Freund*, Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts. Eine kritische Untersuchung zur Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts. Mannheim/Berlin/Leipzig 1934, S. 65 f., nach dessen Auffassung eine „Entpolitisierung“ der Arbeitnehmerschaft, durch die „Anbetung von Ruhe und Ordnung, von Fürsorge und Disziplin“ sowie das Einfügen in eine schemenhafte nationale Gemeinschaft, den Weg in eine politische Diktatur geebnet habe.

Abstract

Der Beitrag beleuchtet die nationalsozialistische Arbeitsgesetzgebung, die das bis dahin entstandene und auch nach heutigem Verständnis „moderne“ Arbeitsrecht tiefgreifend veränderte. Im Anschluss an eine kurze historische Einordnung folgt eine chronologische Darstellung der nationalsozialistischen Maßnahmen. Kam es zunächst zu faktischen staatsterroristischen Maßnahmen, griff das NS-Regime die Idee einer Arbeitsverfassung auf und verabschiedete das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Das AOG beseitigte das herkömmliche kollektive Arbeitsrecht aus der Weimarer Zeit und bildete ein neues Kollektiv durch die Etablierung der „Gemeinschaft“ auch im Arbeitsleben.

This article sheds light on National Socialist labor legislation, which profoundly changed the labor law that had emerged up to that point and which is still considered „modern“ in today's terms. Following a brief historical classification, the article offers a chronological account of the National Socialist measures. If de facto state terrorist measures came first, the Nazi regime took up the idea of a labor constitution and passed the „Gesetz zur Ordnung der Nationalen Arbeit“ (AOG). The AOG eliminated the conventional collective labor law from the Weimar period and formed a new collective by establishing the „community“ in labor life as well.

Bochum, giugno 2023

CLEMENS GRABE*

HANS WELZEL – IN DEN JAHREN 1935-1938**

INHALTSVERZEICHNIS: 1. Einleitung. – 2. Biografie. – 3. „Die Volksgemeinschaft”. – 3.1. Gemeinschaftsgedanke. – 3.2. Rassenideologie. – 3.3. „Bluts- und Gesinnungsgemeinschaft”. – 4. „Naturalismus und Wertphilosophie”. – 4.1. Grundgedanke des Positivismus. – 4.2. Staatsbild des Positivismus. – 4.3. Verbrechenslehre bei von Liszt. – 4.4. Analyse. – 4.4.1. Rezension von Adami. – 4.4.2. Verständnis von Wissenschaft. – 4.4.3. Staatsbild von Welzel. – 4.4.4. „Klassen“- oder „Rassengemeinschaft”. – 4.4.5. Zusammenfassung. – 5. „Über die Ehre von Gemeinschaften”. – 5.1. christlicher und germanischer Ehrbegriff. – 5.2. Analyse. – 5.3. Zusammenfassung. – 6. „Über die Grundlagen der Staatsphilosophie Hegels” und „Tradition und Neubau in der Strafrechtswissenschaft”. – 6.1. „Über die Grundlagen der Staatsphilosophie Hegels”. – 6.2. „Tradition und Neubau in der Strafrechtswissenschaft”. – 6.3. Analyse. – 6.4. Zusammenfassung. – 7. Fazit.

1. Einleitung

Der Strafrechtswissenschaftler und Rechtsphilosoph *Hans Welzel* gilt als einer der bedeutendsten Juristen der Nachkriegszeit¹. Diese Einordnung basiert nicht zuletzt auch auf der internationalen

* Der Autor ist Doktorand bei Prof. Dr. Sabine Swoboda am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Internationales Strafrecht der Ruhr-Universität Bochum..

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.*

¹ H. STOPP, *Hans Welzel und der Nationalsozialismus*, Tübingen, 2018, S. 17.

Rezeption² der „finalen Handlungslehre“, mit welcher der Name *Hans Welzel* maßgeblich verknüpft ist³. Das Prädikat des bedeutenden Nachkriegsjuristen lässt allerdings das Wirken während der NS-Diktatur außen vor und knüpft damit an die teils vertretene Auffassung an, *Welzel* sei bezüglich der NS-Ideologie unbedeutend und erst mit Ende der NS-Diktatur zu dem viel beachteten Wissenschaftler geworden⁴. Im Rahmen der Arbeit soll dieser Annahme nachgegangen und beleuchtet werden, inwiefern sich in den wissenschaftlichen Beiträgen von *Hans Welzel* in den von dem NS-Regime dominierten Zeiten anschlussfähiges oder gar nationalsozialistisches Gedankengut wiederfindet.

Letztlich soll zu den Positionen, die *Welzel* als NS-Strafrechtsideologen⁵, und denen, die ihn als Verfasser revolutionärer Schriften ansehen⁶, Stellung bezogen werden.

In der vorliegenden Seminararbeit wird zunächst die Biografie von *Welzel* konzis dargestellt (II.). Sodann wird der Begriff der „Volksgemeinschaft“ näher erläutert (III.), um daran anknüpfend *Welsels* Habilitationsschrift aus dem Jahre 1935 näher analysieren zu können (IV.). Abschließend wird auf die ideologiebelasteten Schriften aus den Jahren 1937 (V.) und 1938 (VI.) eingegangen.

2. Biografie

Hans Welzel wurde am 25.04.1904 in Artern geboren⁷. Nach dem Abitur begann *Welzel* 1923 in Jena das Jurastudium, welches

² K. ENGISCH, *Hans Welzel*, in ZStW 90 (1978), 1 (3).

³ MüKo-StGB/Freund, 2020, Vor §13 Rn. 10.

⁴ H. J. HIRSCH, *Zum 100. Geburtstag von Hans Welzel*, in ZStW 116 (2004), 1 (3).

⁵ I. MÜLLER, *Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, München, 1987, S. 280.

⁶ H. J. HIRSCH, *Zum 100. Geburtstag von Hans Welzel*, in ZStW 116 (2004), 1 (7).

⁷ O. STICHT, *Sachlogik als Naturrecht*, in A. Hollerbach, *Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft, Band 89*, Paderborn u.a., 2000, S. 17.

er 1927 mit dem Referendarexamen abschloss⁸. Mit der Arbeit „Die Naturrechtslehre Pufendorfs“ wurde Welzel 1928 bei Hans Albrecht Fischer promoviert⁹. Nach der Promotion begann 1930 die Habilitation Wetzels bei Gotthold Böhne an der Universität Köln, welche er 1935 mit der Habilitationsschrift „Naturalismus und Wertphilosophie“ beendete¹⁰. Ummantelt wird die Habilitationsschrift von dem Eintritt in die Hitlerjugend und dem Bund Nationalsozialistischer Juristen 1933 sowie dem Beitritt zur NSDAP zum 01. Mai 1937¹¹. Eine Lungentuberkulose führte 1939 zu einer Entpflichtung vom Kriegsdienst. Welzel war somit während des Zweiten Weltkriegs und des Entnazifizierungsverfahrens ununterbrochen seit 1936 als Professor an der Universität Göttingen tätig¹². Wurde im Entnazifizierungsverfahren zunächst eine Einstufung Wetzels als „Mitläufer“ vorgeschlagen, erfolgte im November 1948 nach Vorlage von Entlastungsmaterial die Zuordnung in die Kategorie „Entlastete“¹³. In Anbetracht der milden Handhabung der Entnazifizierungsverfahren kann diesem Umstand jedoch keine allzu große Bedeutung zukommen¹⁴. 1952 folgte Welzel einem Ruf an die Universität Bonn, an welcher er bis zu seiner Emeritierung 1972 blieb¹⁵.

Hans Welzel verstarb am 05.05.1977¹⁶.

⁸ K. ENGISCH, *Hans Welzel*, in ZStW 90 (1978), 1.

⁹ G. JAKOBS, *Hans Welzel*, in NJW 1997, 1186.

¹⁰ F. LOOS, *Hans Welzel*, in JZ 2004, 1115.

¹¹ O. STICHT, *Sachlogik als Naturrecht*, in A. Hollerbach, *Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft*, Band 89, Paderborn u.a. 2000, S. 18 f..

¹² H. STOPP, *Hans Welzel und der Nationalsozialismus*, Tübingen, 2018, S. 7.

¹³ H. STOPP, *Hans Welzel und der Nationalsozialismus*, Tübingen, 2018, S. 14.

¹⁴ J. BRANDT, *Vergangenheitsbewältigung am LAG Hamm*, in NZA 2022, 1244 (1247).

¹⁵ F. LOOS, *Hans Welzel*, in JZ 2004, 1115.

¹⁶ G. STRATENWERTH, *Hans Welzel*, in JZ 1997, 530.

3. Die „Volksgemeinschaft“

Um die Beiträge *Welzels* besser in Kontext setzen und demnach einordnen zu können, muss zunächst der in der nationalsozialistischen Weltanschauung bedeutende Begriff der „Volksgemeinschaft“ näher dargestellt werden. Hervorzuheben ist dabei, dass sich dieser Begriff aus zwei Leitgedanken zusammensetzte. Zum einen der Gemeinschaftsgedanke, zum anderen die Idee einer völkischen Gemeinschaft, einer Gemeinschaft, die letztlich durch rassistische Merkmale definiert wurde¹⁷.

3.1. Gemeinschaftsgedanke

Wurde der Weimarer Reichsverfassung vorgeworfen, es handle sich bei dieser um einen Ausdruck liberalistisch-individualistischen Denkens, welche das Volk zu einer Nebensache erklärte¹⁸, war es zentrales Anliegen des Nationalsozialismus, die Gemeinschaft (über) zu betonen, sie in den Mittelpunkt des Rechts zu stellen¹⁹. Manifestiert wurde dies unter anderem durch die Parolen „Du bist nichts, dein Volk ist alles“ oder „Gemeinnutz vor Eigennutz“, welche zum „oberste(n) Gesetz des Nationalsozialismus“²⁰ erklärt wurden²¹. Dem Individuum wurden nicht kraft seines Menschseins Rechte und Pflichten zugestanden bzw. auferlegt, sondern nur in Bezug zu der übergeordneten Gemeinschaft²². Der Einzelne hatte sich vollständig

¹⁷ B. RÜTHERS, *Recht als Waffe des Unrechts – Juristische Instrumente im Dienst des NS-Rassenwahns*, in NJW 1988, 2825 (2831).

¹⁸ H. GÖRING, *Die Rechtssicherheit als Grundlage der Volksgemeinschaft*, Hamburg, 1935, S. 5.

¹⁹ E. WOLF, *Das Rechtsideal des nationalsozialistischen Staates*, in ARSP 28, 348 (349).

²⁰ G. FEDER, *Der Deutsche Staat auf nationaler und sozialer Grundlage – Neue Wege in Staat, Finanz und Wirtschaft*, München, 1933, S. 13.

²¹ H. HOLSTE, *Die Zerstörung des Rechtsstaates durch den Nationalsozialismus*, in JA 2009, 359 (362).

²² F. KONRAD, *Die persönliche Freiheit im nationalsozialistischen Deutschen Reiche*, München, 1936, S. 31.

gegenüber der Gemeinschaft unterzuordnen und hatte ausschließlich dem Volke zu dienen²³, was zu einer „totale(n) Inpflichtnahme jedes einzelnen“²⁴ führte.

3.2. Rassenideologie

Die Bedeutung der „Volksgemeinschaft“ im Nationalsozialismus wurde nicht nur bezüglich der Unterordnung des Einzelnen gegenüber eben jener Gemeinschaft deutlich, sondern auch durch die Abgrenzung von anderen „Volksgemeinschaften“. Ein weiterer zentraler Aspekt der NS-Ideologie war demnach das Volksverständnis, die Frage, was eine „Volksgemeinschaft“ auszeichnet²⁵.

Wesentlich war im Nationalsozialismus die Zugehörigkeit zur „arischen Rasse“, welche als „Blutsgemeinschaft“ verstanden wurde²⁶.

Die „arische Rasse“ wurde näher definiert als eine nordische bzw. germanische²⁷, wobei der Verweis auf die Germanen im Nationalsozialismus eine hervorgehobene Rolle spielte²⁸. Weitergehend wurde die „arische Rasse“ nicht positiv, sondern ausgrenzend definiert. So hieß es in dem 25-Punkte-Programm der NSDAP (Punkt 4)²⁹: „Staatsbürger kann nur sein, wer Volksgenosse ist. Volksgenosse kann nur sein, wer deutschen Blutes ist, ohne Rücksichtnahme auf

²³ Zentralbüro der DAF, *Der Nationalsozialismus und Du*, in Reichsorganisationsleiter der NSDAP, *Die DAF Schulung*, Berlin, 1939, S. 17.

²⁴ E. FORSTHOFF, *Der totale Staat*, Hamburg, 1933, S. 42.

²⁵ Vgl. BVerfG, *Verbotsverfahren gegen die NPD*, in NJW 2017, 611 (805 ff.).

²⁶ H. NICOLAI, *Grundlagen der kommenden Verfassung, Volk, Recht, Wirtschaft im Dritten Reich*, Berlin, 1933, S. 13.

²⁷ H. GÜNTHER, *Der Herren eigner Geist – Die Ideologie des Nationalsozialismus*, Moskau-Leningrad, 1935, S. 200.

²⁸ So sprach z.B.A. HITLER, *Mein Kampf*, 2022, S. 349, vom „germanische(n) Staat deutscher Nation“, <https://www.mein-kampf-edition.de/?page=band1%2Fp349.html> zuletzt abgerufen am 27.07.2023.

²⁹ Zit, nach G. FEDER, *Das Programm der N.S.D.A.P. und seine weltanschaulichen Grundlagen*, München 1933, S. 17.

Konfession. Kein Jude kann daher Volksgenosse sein." Juden wurden von den Nationalsozialisten demnach nicht als Glaubensgemeinschaft, sondern als den Ariern gegenüberstehende Rasse verstanden³⁰. Nach dem Gedanken der „Rassenhygiene“, der „Vermischung“ unterschiedlicher Völker wurde man, wenn man aufgrund der Rasse oder der Gesinnung nicht als Teil der „Volksgemeinschaft“ angesehen wurde, entmenslicht und entrechtet³¹. Gesetzliche Verankerung erfuhr die „Rassenhygiene“ in dem Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses von 1933 sowie dem am 15. September 1935 erlassenen „Blutschutzgesetz“.

3.3. „Bluts- und Gesinnungsgemeinschaft“

Begründet wurde die Fixierung auf die „Volksgemeinschaft“ auch im Recht damit, in dieser „de(n) Träger der deutschen Rechtsidee“³² zu sehen. Das (deutsche) Volk galt als von Gott geschaffen und schicksalsverbunden³³. So führte Göring diesbezüglich aus, das Volk habe den Staat und der Staat das Recht erschaffen³⁴. Stellte das Volk den Ausgangspunkt des Rechts dar, erschien es den Nationalsozialisten nur folgerichtig, das Volk sodann auch in den Mittelpunkt des Rechts zu stellen. Daraus ergab sich neben der Unterordnung des Individuums nunmehr auch die Unterordnung des Rechts gegenüber dem Volk.

Dem Recht sollte kein eigenständiger Wert zugesprochen werden, es sollte ebenfalls vollumfänglich und ausschließlich dem Volke dienen³⁵.

³⁰ A. HITLER, *Mein Kampf*, 2022, S. 317, <https://www.mein-kampf-edition.de/?page=band1%2Fp317.html>, zuletzt abgerufen am 27.07.2023.

³¹ K. AMBOS, *Nationalsozialistisches Strafrecht – Kontinuität und Radikalisierung*, in Susanne Beck, *Grundlagen des Strafrechts, Band 6*, Baden-Baden 2019, S. 34.

³² O. KOELLREUTTER, *Der Deutsche Führerstaat*, Tübingen, 1934, S. 16.

³³ F. SCHMIDT, *Das Reich als Aufgabe*, Berlin, 1940, S. 68.

³⁴ H. GÖRING, *Die Rechtssicherheit als Grundlage der Volksgemeinschaft*, Hamburg, 1935, S. 6.

³⁵ H. NICOLAI, *Der Staat im Nationalsozialistischen Weltbild*, in C. Schaeffer, *Neugestaltung von Recht und Wirtschaft*, Leipzig, 1933, S. 22.

Auch hier postulierten die Nationalsozialisten ein untrennbares Abhängigkeitsverhältnis. Zwar war im Sinne der „Volksgemeinschaft“ als „Blutsgemeinschaft“ die Zugehörigkeit zur „arischen Rasse“ im Nationalsozialismus Grundvoraussetzung. Allein auf rassistische Merkmale abzustellen wurde jedoch abgelehnt, schließlich verstand sich die „Volks-“ auch als eine „Gesinnungsgemeinschaft“³⁶. So musste neben der Rasse noch die „richtige“ Gesinnung hinzukommen³⁷.

4. „Naturalismus und Wertphilosophie“

In der 1935 veröffentlichten Habilitationsschrift *Welzels* widmet sich dieser der Philosophie des Positivismus. Zunächst stellt er den Grundgedanken des Positivismus dar, aus welchem er dann dessen Staatsverständnis ableitet. *Welzel* konkretisiert dieses sodann anhand des Strafrechtlers *Franz von Liszt*.

4.1. Grundgedanke des Positivismus

Nach *Welzel* wurde der Positivismus zunächst als eine umfassende Ablehnung von jeglicher Einbeziehung von Metaphysik definiert³⁸. Metaphysik sei nach positivistischem Ansatz alles, was sich menschlicher Beobachtung entziehe³⁹. Im Positivismus gehe es demnach um die Erforschung von Tatsachen und ihren Zusammenhängen⁴⁰. Geprägt sei das Weltbild des Positivismus von einem Herrschafts- und Machtwillen

³⁶ Vgl. R. LEY, *Wir alle helfen dem Führer – Deutschland braucht jeden Deutschen*, München, 1937, S. 11.

³⁷ Vgl. § 2 Abs. 1 Reichsbürgergesetz, zit. nach W. STUCKART/H. GLOBKE, *Kommentare zur deutschen Rassengesetzgebung*, München u. Berlin, 1936, S. 31.

³⁸ H. WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht – Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, Mannheim u.a., 1935, S. 2.

³⁹ Ebd.

⁴⁰ Ebd.

einer aufstrebenden bürgerlichen Klasse⁴¹. Diese Klasse möchte sich die Natur und das gesellschaftliche und politische Leben untertan machen, es beherrschen können⁴². Welzel verweist auf technische Errungenschaften, die es dem Menschen ermöglicht hätten, die Natur gewissermaßen berechnen und demnach kontrollieren zu können⁴³. Eine solche Kontrolle könne aber nur durch Mittel erfolgen, die dem Menschen überhaupt zugänglich seien, die er „begreifen“ könne⁴⁴. Insofern stütze sich der positivistische Mensch auf mechanische Abläufe, auf Kausalvorgänge, die immer nach den gleichen Mustern ablaufen, da sie keinerlei Wertung in sich tragen und demnach alle gleich viel „wert“ seien⁴⁵. Es gebe in solchen Abläufen keinerlei Unterschiede in den einzelnen Gliedern der Kausalkette, jedes Glied führe gleichermaßen zu dem am Ende stehenden Ergebnis⁴⁶. Mechanische Abläufe seien demnach berechenbar und damit der Kontrolle des Menschen auch am besten zugänglich⁴⁷. Konnte diese Denkrichtung in Bezug auf Naturvorgänge große Erfolge feiern, sei es nur logisch, dass der positivistische Mensch die gleiche Denkweise auch bei kulturellem Leben anwenden wollte⁴⁸.

4.2. Staatsbild des Positivismus

Aus der Ablehnung jeglicher Metaphysik und damit auch von allem ideell-geistigem Gedankengut folge dann auch das positivistische Staatsverständnis, welches das Individuum in den Mittelpunkt stellen würde⁴⁹. Der „Volksgemeinschaft“ könne im Positivismus kein

⁴¹ H. WELZEL, (Fn. 38), S.20.

⁴² Ebd.

⁴³ H. WELZEL, (Fn. 38), S. 3.

⁴⁴ Ebd.

⁴⁵ H. WELZEL, (Fn. 38), S. 4.

⁴⁶ H. WELZEL, (Fn. 38), S. 3.

⁴⁷ H. WELZEL, (Fn. 38), S. 5.

⁴⁸ H. WELZEL, (Fn. 38), S. 4.

⁴⁹ H. WELZEL, (Fn. 38), S. 13.

herausgehobener Wert zugesprochen werden, da es sich dabei um eine ideell-geistige Gemeinschaft handle, mit welcher der mechanische und demnach indifferent denkende Positivismus nichts anfangen könne⁵⁰.

Die Gesellschaft sei demnach nicht mehr als die bloße Ansammlung vieler Individuen, die sich durch intellektuelles Zusammenwirken und nicht durch „ein affektiv-moralisches Band“ auszeichnen würde⁵¹. Stehe das Individuum im Zentrum des Staatsverständnisses, müsse diesem durch den Staat ermöglicht werden, sich frei bewegen zu können⁵². Dem Einzelnen müsse ein Freiheitsraum auch und vor allem gegenüber dem Staat eingeräumt werden, begrenzt lediglich durch die Freiheiten anderer Individuen⁵³. Insofern könne der Staat auch nicht lenkend in die Gesellschaft eingreifen, um Veränderungen herbeizuführen, schließlich liege diese Aufgabe im Machtbereich des Individuums⁵⁴. Der Staat diene „dem Schutz und der Entfaltung“ des Einzelnen, sodass der letzte Wert, die Substanz, letztlich im und beim Individuum liege⁵⁵.

4.3. Verbrechenslehre bei Franz von Liszt

Welzel konkretisiert den Positivismus an der Person *Franz von Liszt*, welchen er für den Vertreter des Positivismus im Strafrecht hält⁵⁶. Dies zeige sich zunächst in dessen Staatsbild. Nach *von Liszt* habe sich die Strafgewalt zugunsten des Individuums zu beschränken, um diesem ein Mittel gegen „staatliche Allgewalt“ und „die rücksichtslose Macht der Mehrheit“ an die Hand zu geben⁵⁷. Auch verbleibe die Substanz des Rechts im Individuum⁵⁸. Zudem stelle sich der Handlungsbegriff bei

⁵⁰ H. WELZEL, (Fn. 38), S. 9.

⁵¹ H. WELZEL, (Fn. 38), S. 8.

⁵² H. WELZEL, (Fn. 38), S. 21.

⁵³ Ebd.

⁵⁴ H. WELZEL, (Fn. 38), S. 12 f..

⁵⁵ H. WELZEL, (Fn. 38), S. 13.

⁵⁶ H. WELZEL, (Fn. 38), S. 22.

⁵⁷ H. WELZEL, (Fn. 38), S. 35.

⁵⁸ Ebd.

von Liszt als positivistisch dar, indem die Willensursächlichkeit von dem Willensinhalt abgetrennt werde⁵⁹. Die Trennung führe zu der für den Positivismus typischen Wertfreiheit, welche Ausdruck einer „liberal-neutrale(n) Staatsidee“ sei⁶⁰.

4.4. Analyse

4.4.1. Rezension von Adami

Betrachtet man die zu der Habilitationsschrift veröffentlichten Rezensionen⁶¹, sticht die von Adami heraus. Für Adami kann Welzel zur von den Nationalsozialisten angestrebten „Rechtserneuerung“ wenig beitragen⁶². Adami wirft Welzel vor, sich mit überkommenen Denkschulen auseinanderzusetzen, die dem Nationalsozialismus nicht dienlich seien⁶³. Zudem sei die Sprache Welzels zu zurückhaltend und gehoben, sie setze eine intellektuelle Hörschaft voraus⁶⁴. So erklärt Adami die Habilitationsschrift Welzels zwar letztlich als für den Nationalsozialismus unbrauchbar⁶⁵.

Dies allein kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich in Welzels Habilitationsschrift „Naturalismus und Wertphilosophie“ grundlegende Ansätze nationalsozialistischen Gedankenguts wiederfinden.

⁵⁹ H. WELZEL, (Fn. 38), S. 64.

⁶⁰ H. v., (Fn. 38), S. 53.

⁶¹ U.a. E. MEZGER, Besprechung von Hans Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie, in DJ 1935, 1394-1395; F. Schaffstein, Besprechung von Hans Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie, in ZStW 56 (1937), 112-115.

⁶² F.W. ADAMI, *Besprechung von Hans Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie*, in JW 1935, 2348.

⁶³ Ebd.

⁶⁴ Ebd.

⁶⁵ H. STOPP, *Hans Welzel und der Nationalsozialismus*, Tübingen, 2018, S. 26 f.

4.4.2. *Verständnis von Wissenschaft*

Welzel teilt zunächst mit dem Nationalsozialismus die Ablehnung der positivistischen Wertfreiheit⁶⁶. Dieser Wertfreiheit setzt Welzel entgegen, man müsse vielmehr zu konkreten Wertungen gelangen, die sich aus der gesellschaftlich vorherrschenden Lebenssituation ergeben⁶⁷. Es zeigt indes nicht allein der zeitliche Kontext (1935), dass es sich bei diesen Wertungen um nationalsozialistische handelt. Die von den Nationalsozialisten propagierte Weltanschauung sollte umfänglich in jeden Lebensbereich getragen werden⁶⁸. Mit diesem „Totalitätsanspruch“ ging auch das Verständnis von der Wissenschaft als einer „politischen“ einher. Die Wissenschaft galt im Nationalsozialismus nicht voraussetzungslos und sollte eine subjektive sein⁶⁹. Gleichmaßen wie Individuum und Recht musste sich unter Preisgabe jeglicher Objektivität auch die Wissenschaft den Interessen der „Volksgemeinschaft“ hingeben⁷⁰. Insofern argumentiert Welzel im Sinne des Nationalsozialismus, wenn er entgegen dem „unpolitischen“ Positivismus plädiert, die Wissenschaft müsse eine politische sein, die sich mit „den konkreten Notwendigkeiten der historischen Situation“⁷¹ zu beschäftigen habe. Dabei wurden ebenjene Notwendigkeiten für Welzel durch den „Führerwillen“ definiert, welcher wiederum unmittelbar mit dem Gesetz gleichzusetzen sei⁷².

⁶⁶ M. FROMMEL, *Rechtsphilosophie in den Trümmern der Nachkriegszeit*, in JZ 2016, 913.

⁶⁷ H. WELZEL, (Fn. 38), S. 57 f..

⁶⁸ U. KALBHEN, *Die NS- Rechtstheorie als Herrschaftsideologie*, Heidelberg, 1969, S. 55.

⁶⁹ K. HEISIG, *Die politischen Grundlagen in Hitler Schriften, Reden und Gesprächen im Hinblick auf seine Auffassung von Staat und Recht*, Köln, 1935, S. 76.

⁷⁰ Vgl. H. GLASER, *Das Dritte Reich – Anspruch und Wirklichkeit*, Freiburg im Breisgau, 1963, S. 110.

⁷¹ H. WELZEL, (Fn. 38), S. 76.

⁷² Ebd.

4.4.3. Staatsbild von Welzel

Auch bezüglich des Staatsverständnisses befindet sich *Welzel* im Einklang mit der NS-Ideologie. Der nationalsozialistische Staat verstand sich als ein autoritärer Staat⁷³, der im Gegensatz zum individuumsbezogenen Positivismus die Volksgemeinschaft als zentralen Orientierungspunkt auswählte. Auch *Welzel* betont die Wichtigkeit der Volksgemeinschaft. War es dem Positivismus aufgrund seiner Wertindifferenz nicht möglich, die Volksgemeinschaft in den Mittelpunkt jeglichen Denkens zu stellen, gelang dies *Welzel* mittels Einbeziehung metaphysischer Wertungen. So führte *Welzel* aus, die Volksgemeinschaft sei als „ideell-geistiger Ganzheitsfaktor“ besagter zentraler Orientierungspunkt⁷⁴.

Bei *Welzel* kommt nicht dem Staat die Aufgabe zu, dem Einzelnen zu dienen, vielmehr habe der Einzelne dem Staat zu dienen. Daran anknüpfend erteilt *Welzel* auch dem Gedanken der Freiheitssphäre des Einzelnen gegenüber dem Staat eine Absage⁷⁵. Im Nationalsozialismus war es erklärtes Ziel, eine umfassende weltanschauliche Position in der Gesellschaft zu implementieren, was nicht gelingen konnte, wenn sich Staat und Individuum konträr gegenüberstehen.

Diente der Schutz des Einzelnen gegenüber dem Staat gerade durch den Staat nach *von Liszt* als „Bollwerk des Staatsbürgers“⁷⁶, war die Versagung dieses Schutzes durch *Welzel* ganz im Sinne des Nationalsozialismus, der den Dualismus bezüglich Volk und Staat im Sinne eines totalitären Staates auflösen wollte⁷⁷.

Stratenwerth führt bezüglich „Naturalismus und Wertphilosophie“ aus, *Welzel* würde die „konkreten Wertungen“ nur dahingehend konkretisieren, dass sie ihre Begründung in der Metaphysik finden⁷⁸.

⁷³ K. MARXEN, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, Berlin, 1975, S. 171.

⁷⁴ H. WELZEL, (Fn. 38), S. 9.

⁷⁵ Vgl. H. WELZEL, (Fn. 38), S. 13.

⁷⁶ S. Fn. 56.

⁷⁷ H. NICOLAI, *Der Staat im Nationalsozialistischen Weltbild, Volk, Recht, Wirtschaft im Dritten Reich*, Berlin, 1933, S. 22.

⁷⁸ G. STRATENWERTH, *Hans Welzel*, Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie, 2011, Rn. 3,

Diese Einschätzung übersieht das in der Habilitationsschrift zum Ausdruck kommende autoritäre Staatsdenken sowie die vorgenommene bedeutsame Betonung der „Volksgemeinschaft“.

4.4.4. „Klassen“ - oder „Rassengemeinschaft“

Eine weitere Wertung, der sich laut *Welzel* die Wissenschaft anzunehmen habe, war die Bedeutung der Rasse für das menschliche Sein⁷⁹. Der Mensch zeichne sich durch die Blutsverwandtschaft aus, wobei diese nicht allgemein gegenüber allen Menschen bestand, sondern nur innerhalb des einzelnen Volkes⁸⁰.

Welzel schlussfolgert daraus, das Volk sei demnach „bluts- und schicksalsmäßig“ miteinander verbunden. Der Sprachgebrauch zeigt die vollständige Übereinstimmung mit der NS-Ideologie, die das Volk als „Bluts- und Schicksalsgemeinschaft“ verstand⁸¹.

Dieser vollständigen Übereinstimmung könnte man nun entgegen, *Welzel* zeige mit der Aussage, der Positivismus sei durch eine aufstrebende Klasse begründet, ein „Klassendenken“ auf. Im Nationalsozialismus wurden Menschen in Rassen, nicht in Klassen eingeteilt.

Ein etwaiges „Klassendenken“ wurde als dem vermeintlichen Einheitsbestreben Deutschlands entgegenstehend explizit abgelehnt⁸² und sollte durch die NS-Rassenideologie ersetzt werden. Ziel war die klassenlose Volksgemeinschaft⁸³.

Dieses Ziel greift *Welzel* denn auch auf, indem er dem zum Positivisten erklärten von Liszt vorwirft, dieser habe die Idee der klassenlosen

<http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/83-welzel-hans> zuletzt abgerufen am 27.07.2023.

⁷⁹ H. WELZEL, (Fn. 38), S. 56.

⁸⁰ H. WELZEL, (Fn. 38), S. 56 f.

⁸¹ S. Fn. 26 u. 32.

⁸² R. LEY, *Die Große Stunde – Das Deutsche Volk im Totalen Kriegseinsatz*, München, 1943, S. 20.

⁸³ Zentralbüro der DAF, *Der Nationalsozialismus und Du*, in Reichsorganisationsleiter der NSDAP, *Die DAF Schulung*, Berlin, 1939, S. 15.

Volksgemeinschaft völlig verkannt, obschon das nationalsozialistische Programm gerade darauf aufmerksam gemacht habe⁸⁴. Insofern findet sich in *Welzel*s Habilitationsschrift ein erstes Bekenntnis zur Grundlage der NS-Rassenideologie.

4.4.5. Zusammenfassung

Welzel beginnt seine Habilitationsschrift mit der Darstellung der Beziehung von Positivismus und Metaphysik und beendet sie mit der Aussage, „eine neue Metaphysik“ sei in der geltenden Zeit unabdingbar⁸⁵. Somit erweist sich der Ansatz von *Welzel* als umfängliche Ablehnung des Positivismus, welche dieser mit dem Nationalsozialismus teilt. Zwar unterscheidet sich *Welzel* in seiner Habilitationsschrift hinsichtlich der verwendeten Sprache von anderen Vertretern seiner Zunft, was *Adami* in seiner Rezension bemängelte⁸⁶. Und es ist *Kubiciel* zunächst dahingehend zuzustimmen, dass die Betonung der Gemeinschaft nicht gleichzusetzen ist mit nationalsozialistischem Denken, sondern erst die Überbetonung, die vollständige Unterordnung des Einzelnen gegenüber der Gemeinschaft⁸⁷. Doch in der Aushöhlung von jeglichen individuellen Freiheitssphären unter Bezugnahme auf die Gemeinschaft als „höchsten Bezugspunkt“⁸⁸ kommt gerade diese Überbetonung zum Vorschein. Wenn *Welzel* dafür plädiert, sich konkreten Wertungen zuzuwenden, zeigt sich, dass es sich bei diesen Wertungen vor allem um nationalsozialistische Wertungen handelt. So betont auch *Welzel* neben der „Volksgemeinschaft“ noch die gesonderte Stellung der Rasse für die damalige Zeit. *Welzel* führt aus, es könne keine „kontemplativ-theoretische Wertneutralität“ herrschen, sondern es müsse eine

⁸⁴ H. WELZEL, (Fn. 38), S. 36.

⁸⁵ H. WELZEL, (Fn. 38), S. 89.

⁸⁶ F.W. ADAMI, (Fn. 62), 2348.

⁸⁷ M. KUBICIEL, *Welzel und die Anderen. Positionen und Positionierungen Welzels vor 1945*, in W. FRISCH, *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*, Tübingen, 2015, S. 135 (146).

⁸⁸ H. WELZEL, (Fn. 38), S. 76.

„Entscheidung für oder gegen den Lebens”stil” der konkreten historischen Epoche” getroffen werden⁸⁹. Diese Auffassung des Rechts, die Orientierung an den konkreten geschichtlichen Gegebenheiten, hat Welzel im Übrigen auch im späteren Verlauf seiner wissenschaftlichen Karriere weiterhin vertreten⁹⁰.

5. „Über die Ehre von Gemeinschaften”

Sollten nach Welzels Habilitationsschrift noch Zweifel daran bestanden haben, welchen Stellenwert dieser der „Volksgemeinschaft” zuschrieb, räumte Welzel die letzten Zweifel in einem 1937 vor der Reichsfachgruppe „Hochschullehrer” im NS-Rechtswahrerbund gehaltenen Vortrag aus⁹¹.

5.1. Christlicher und germanischer Ehrbegriff

In „Über die Ehre von Gemeinschaften” geht Welzel der Frage nach, ob Gemeinschaften eine Ehre haben, die es strafrechtlich zu schützen gilt. Welzel beginnt seinen Vortrag mit der Ausführung, die Ehre betreffe den Menschen in der Beziehung zu seiner Umwelt. Da der Mensch und dessen Umwelt wandelbar seien, müsse konsequent auch der Ehrbegriff ein sich ändernder sein⁹². Für Welzel ist die Ehre demnach „eine zutiefst geschichtliche Größe” und entgegen Schopenhauer könne es somit auch keinen allgemeingeltenden Ehrbegriff geben⁹³.

Über den antiken Ehrbegriff gelangt Welzel zum geltenden christlichen Ehrbegriff. Dieser zeichne sich durch eine Subjektivierung

⁸⁹ H. WELZEL, (Fn. 38), S. 57.

⁹⁰ H. WELZEL, *Vom Bleibenden und vom Vergänglichen in der Strafrechtswissenschaft*, Marburg, 1964, S. 16 f.

⁹¹ H. WELZEL, *Über die Ehre von Gemeinschaften*, in ZStW 57 (1938), 28.

⁹² Ebd.

⁹³ Ebd.

aus, welche dazu führte, nur dem Einzelnen die Ehrfähigkeit zuzusprechen⁹⁴. Anknüpfend an die Subjektivierung im christlichen Ehrbegriff habe *Kant* die Ehre begründet „in der Idee des Menschen als eines moralischen Wesens in der allgemeinen Menschenwürde“⁹⁵. Führt dies im Ergebnis dazu, Gemeinschaften in Ermangelung eines Gewissens die Ehre zu versagen, stellte *Welzel* dem christlichen Ehrbegriff den germanischen gegenüber. Für die Germanen sei die Ehre als höchstes Gut ausgewiesen worden, welche eine gemeinschaftsbildende Kraft entfalten würde⁹⁶. Fand *Kant* die Begründung in der Würde eines jeden Menschen, so *Welzel*, habe die Ehre im germanischen Verständnis einen überindividuellen Charakter⁹⁷. Die Ehre weise gerade über den Einzelnen hinaus und schütze zuvörderst die Gemeinschaften, die ihre gesamte Kraft aus der Geschichte ziehen würden⁹⁸. *Welzel* zufolge komme vor allem der „staatstragende(n) Bewegung“ eine Ehre zu⁹⁹. Unter Anwendung des germanischen Ehrbegriffs bejahte *Welzel* letztlich den strafrechtlichen Ehrenschatz von Gemeinschaften, wobei *Welzel* diesen noch an gewisse Voraussetzungen knüpfte. So musste die Gemeinschaft wichtige Funktionen in der Volksgemeinschaft besitzen und über einen selbständigen Bestand verfügen¹⁰⁰.

5.2. Analyse

Welzel beschäftigt sich in dem Vortrag mit der damals juristisch und politisch bedeutungsvollen Frage nach dem strafrechtlichen Ehrschutz von Gemeinschaften. Politisch bedeutungsvoll war diese Frage, da die Nationalsozialisten zum einen die Ehre zu einem Grundwert erhoben,

⁹⁴ H. WELZEL, (Fn. 91), 28 (31).

⁹⁵ H. WELZEL, (Fn. 91), 28 (38).

⁹⁶ H. WELZEL, (Fn. 91), 28 (33).

⁹⁷ H. WELZEL, (Fn. 91), 28 (40).

⁹⁸ H. WELZEL, (Fn. 91), 28 (41).

⁹⁹ H. WELZEL, (Fn. 91), 28 (42).

¹⁰⁰ H. WELZEL, (Fn. 91), 28 (43).

welcher in seiner Wichtigkeit sogar über dem Leben stand¹⁰¹. Zum anderen war gerade die Verknüpfung zu überindividuellen Institutionen so wichtig, wurde doch dadurch das Verhältnis des Einzelnen gegenüber der Gemeinschaft ausgedrückt¹⁰². Hervorzuheben ist bei dem Vortrag nicht das Ergebnis, die Bejahung der Gemeinschaftsehre, sondern vielmehr die Begründung, die *Welzel* anführt. Nach der Darlegung des christlichen Ehrbegriffs mit Verweis auf dessen Subjektivierung bzw. der Verwurzelung im Gewissen des Einzelnen schlussfolgert *Welzel*, dieser Ehrbegriff könne nicht gelten. Diese Ablehnung erscheint zunächst ausgesprochen ergebnisorientiert. Dass *Welzel* den christlichen Ehrbegriff zwar nicht widerlegt¹⁰³, ihn aber letztlich einfach durch den germanischen ersetzt, wird dann verständlich, wenn man sich die Zuneigung des Nationalsozialismus zum Germanentum vor Augen führt¹⁰⁴. Hatte die Ehre für die Germanen eine herausragende Bedeutung, so musste dies auch im Nationalsozialismus gelten. Doch nicht nur der Vergleich mit den Germanen führte zu der Betonung der Ehre im Nationalsozialismus. Nach dem Ersten Weltkrieg galt es der von den Nationalsozialisten propagierten Kränkung des Nationalstolzes durch das „Versailler Diktat“ entgegenzutreten¹⁰⁵. So erhob *Alfred Rosenberg*, führender Ideologe im NS, die nationale Ehre zum Wesen und Ausgangspunkt der nationalsozialistischen Idee¹⁰⁶. Diesen Aspekt nimmt *Welzel* auf, indem er eine Ehrverletzung auch bei Herabwürdigung der geschichtlichen Leistungen eines Volkes und dessen Repräsentanten annimmt¹⁰⁷. Bemerkenswert ist in dem Vortrag, dass der für unsere heutige Verfassung elementare Wert der Menschenwürde bei *Welzel*

¹⁰¹ H. KERRL, *Nationalsozialistisches Strafrecht - Denkschrift des Preußischen Justizministers*, Berlin, 1933, S. 80.

¹⁰² H. STOPP, *Hans Welzel und der Nationalsozialismus*, Tübingen, 2018, S. 33.

¹⁰³ H. WELZEL, (Fn. 91), 28 (32).

¹⁰⁴ H. STOPP, *Hans Welzel und der Nationalsozialismus*, Tübingen, 2018, S. 34.

¹⁰⁵ H. GÖRING, *Aufbau einer Nation*, Berlin, 1934, S. 19.

¹⁰⁶ A. ROSENBERG, *Gestaltung der Idee – Blut und Ehre II. Band – Reden und Aufsätze von 1933-1935*, in Thilo von Trotha, München, 1942, S. 14.

¹⁰⁷ H. WELZEL, (Fn. 91), 28 (41).

kategorisch abgelehnt wird¹⁰⁸. Diese Auffassung teilt *Welzel* mit dem Nationalsozialismus. Die Anerkennung der Menschenwürde liefe nämlich auf eine gewisse Gleichheit hinaus, eine Gleichheit auch zwischen „Ariern“ und Juden. Dass dies nicht möglich war, war gerade der Kerngedanke des rassistisch-antisemitischen Nationalsozialismus und wurde auch *expressis verbis* so vertreten¹⁰⁹. Mit der Ablehnung der Menschenwürde geht auch die bereits angesprochene Überbetonung der „Volksgemeinschaft“ einher. Dort, wo die Ehre nicht in der Persönlichkeit bzw. im Gewissen des Individuums wurzelt, bedarf es eines anderen Anknüpfungspunktes. Indem *Welzel* ausführt, die Geschichte sei der Bezugspunkt der Ehre und in diesem Kontext zähle der Einzelne nur als Teil der Gemeinschaft, als deren „Glieder“, kommt die den Nationalsozialismus kennzeichnende vollständige Entwertung des Einzelnen gegenüber der Gemeinschaft deutlich zum Ausdruck¹¹⁰. Die Hinwendung zur Menschenwürde als „Quellpunkt des eigentlich Humanen“ erfolgt bei *Welzel* erst in der Nachkriegszeit¹¹¹. In seinem Lehrbuch vertritt *Welzel* zunächst die Auffassung, die Ehre sei in den Bezug zur Gemeinschaft zu setzen und wurzele nicht in der Persönlichkeit des Einzelnen. Letztgenannter Punkt wird ab der vierten Auflage (1954) des Lehrbuches vertreten, die Entkoppelung der persönlichen Ehre von der Gemeinschaft erfolgt erst in der letzten Auflage (1969)¹¹².

5.3. Zusammenfassung

In „Über die Ehre von Gemeinschaften“ kommt der schon in *Welzels* Habilitationsschrift angedeutete Stellenwert der Gemeinschaft

¹⁰⁸ H. WELZEL, (Fn. 91), 28 (39).

¹⁰⁹ Zentralbüro der DAF, *Der Nationalsozialismus und Du*, in Reichsorganisationsleiter der NSDAP, *Die DAF Schulung*, Berlin, 1939, S. 16.

¹¹⁰ H. WELZEL, (Fn. 91), 28 (40).

¹¹¹ H. WELZEL, *Über die ethischen Grundlagen der sozialen Ordnung*, in *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 409 (410).

¹¹² H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, 1. Auflage, Berlin 1947; S. 143., 4. Auflage, Berlin, 1954, S. 224; 11. Auflage, Berlin 1969, S. 303.

erneut zum Vorschein. Durch die Betonung der Bedeutung der Geschichte für den Ehrbegriff ebnet *Welzel* in der damaligen Zeit den Weg für nationalsozialistisches Gut. Auch in diesem Vortrag vertritt *Welzel* die vollständige Unterordnung des Individuums. Die Ablehnung der Menschenwürde sticht im Besonderen heraus. Ein Wandel tritt erst in den Nachkriegsjahren ein. *Welzel* befindet sich damit auf einer Linie mit dem Nationalsozialismus, der die Gleichheit von Menschen unter Verweis auf die Rassenideologie strikt ablehnte. Auch die Entwertung des Individuums lag ganz im Interesse des Nationalsozialismus.

So sprach man in diesem Zusammenhang von „Menschheitskultur“, ein Konstrukt individualistischen Denkens¹¹³.

Um den Nationalstolz zu stärken und so ein Gemeinschaftsgefühl herzustellen, galt es die Ehre in Bezug zur „Volksgemeinschaft zu setzen.

6. „Über die Grundlagen der Staatsphilosophie Hegels“ und „Tradition und Neubau in der Strafrechtswissenschaft“

Trat in den bisherigen Schriften *Wetzels* vor allem dessen Gemeinschaftsgedanke in den Vordergrund, finden sich in zwei Schriften *Wetzels* Bezüge zu einem weiteren Leitgedanken im Nationalsozialismus, der Rassenideologie.

6.1. „Über die Staatsphilosophie Hegels“

Anlass der Texte war die von dem NS-Regime angedachte Neugestaltung des Rechts („Rechtserneuerung“). Diesen Anlass nimmt *Welzel* auf und setzt sich im Zuge dieser avisierten Neugestaltung des Rechts mit der Frage auseinander, ob die Staatsphilosophie von *Hegel* für die Neugestaltung fruchtbar gemacht werden könne. *Welzel* führt aus, *Hegels* Staatsphilosophie basiere auf der sog. Zwei-Welten-Theorie,

¹¹³ A. ROSENBERG, *Blut und Ehre – Ein Kampf für deutsche Wiedergeburt – Reden und Aufsätze von 1919-1933*, in Thilo von Trotha, München, 1934, S. 113.

der Trennung von Natur und Geist. In der Welt des Geistes spiele sich das menschliche Leben ab, sowie daran anknüpfend auch die Rolle des Staates und des Rechts. Ausgehend von besagter Trennung habe alles Natürliche innerhalb der geistigen Welt außen vor zu sein¹¹⁴. *Hegel* schlussfolgerte daraus, natürliche Bedingungen seien bezüglich des Staates irrelevant. *Welzel* kommt danach zu dem Ergebnis, der Staatsbegriff *Hegels* sei der Neugestaltung des Rechts nicht zugrunde zu legen¹¹⁵. Dieser habe durch den vollständigen Ausschluss der Natur aus dem geistigen Leben den „blutsmäßige(n) Generationenzusammenhang“¹¹⁶ sowie den „naturhaft-mütterlichen Boden des Volkstums“¹¹⁷ nicht gesehen. Nur dies sei auch der Grund gewesen, warum Juden für *Hegel* Menschen waren, denen bürgerliche Rechte zukommen sollten¹¹⁸.

6.2. „Tradition und Neubau in der Strafrechtswissenschaft“

Der Aufsatz „Tradition und Neubau in der Strafrechtswissenschaft“ beschäftigt sich mit den Strafrechtswissenschaftlern *Karl Binding* und *Franz von Liszt* bzw. den hinter den jeweiligen Werken stehenden Grundströmungen des 19. Jahrhunderts. Wie schon in der Habilitationsschrift weist *Welzel* bei *von Liszt* auf den Einfluss „der naturwissenschaftlich-positivistischen Strömung“ hin¹¹⁹, während *Binding* „in die geschichtlich-geisteswissenschaftliche Strömung“ einzuordnen sei¹²⁰.

Habe sich *Binding* zunächst von *von Liszt* durch einen autoritären

¹¹⁴ H. WELZEL, *Über die Grundlagen der Staatsphilosophie Hegels*, in Artur Schürmann, *Volk und Hochschule im Umbruch*, Oldenburg, 1937, S. 92 f..

¹¹⁵ H. WELZEL, (Fn. 114), S. 104.

¹¹⁶ H. WELZEL, (Fn. 114), S. 95.

¹¹⁷ H. WELZEL, (Fn. 114), S. 102 f..

¹¹⁸ H. WELZEL, (Fn. 114), S. 103.

¹¹⁹ H. WELZEL, *Tradition und Neubau in der Strafrechtswissenschaft – Bemerkungen zur Ideengeschichte*, in Karl August Eckhardt, *Deutsche Rechtswissenschaft*, 3. Band, Hamburg, 1938, 113 (114).

¹²⁰ H. WELZEL, (Fn. 119), 113 (118).

Staatsbegriff abgegrenzt, sei dieses autoritäre Denken im weiteren Verlaufe immer stärker einem rechtsstaatlichen Gedanken gewichen¹²¹. Nach Welzel konnten die genannten Strömungen jedoch nicht nebeneinander existieren, sodass sie zwangsläufig „aufeinanderprallten“¹²². Im Ergebnis setzte sich jedoch keine der genannten Strömungen durch, vielmehr standen Natur und Geschichte unter Preisgabe „ihres ontologischen Gewichts“ beide „friedlich nebeneinander“¹²³.

Der damit zum Ausdruck kommende Dualismus von Natur und Geist sei jedoch durch den „nationalsozialistischen Umbruch“ unhaltbar geworden¹²⁴. Vielmehr sei ersichtlich geworden, „dass für das geschichtliche Leben und Schicksal die biologischen Grundlagen von entscheidender Bedeutung“ seien¹²⁵. Durch die Aufgabe der sog. Zwei-Welten-Theorie sei für Welzel auch der Weg von der „kausalen Handlungslehre“¹²⁶ hin zur „finalen Handlungslehre“ geebnet¹²⁷.

6.3. Analyse

In diesen beiden Schriften kommt Welzels Übereinstimmung mit der NS-Rassenideologie zum Vorschein. Welzel leitet aus der sog. Zwei-Welten-Theorie ab, diese führe zum Hegel'schen Verständnis von einem Staat als „Gesinnungsgemeinschaft“¹²⁸. Ein solches Staatsverständnis widerspricht jedoch der nationalsozialistischen Vorstellung der „Volksgemeinschaft“. Nach dieser Vorstellung war die

¹²¹ Ebd.

¹²² Ebd.

¹²³ H. WELZEL, (Fn. 119), 113 (119).

¹²⁴ Ebd.

¹²⁵ Ebd.

¹²⁶ Zur „kausalen Handlungslehre“: v. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin, 1903, S. 124; E. Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, Aalen 1964, S. 11.

¹²⁷ H. WELZEL, (Fn. 119), 113 (120).

¹²⁸ S. S. 5.

„Volksgemeinschaft“ nicht lediglich eine „Gesinnungsgemeinschaft“, sondern in erster Linie eine „Blutsgemeinschaft“¹²⁹.

Die Zugehörigkeit zur „arischen Rasse“ war die Grundvoraussetzung, um der „Volksgemeinschaft“ anzugehören. Wenn *Welzel* zudem ausführt, die Trennung von Natur und Geist allein habe es *Hegel* ermöglicht, Juden als Menschen und Inhaber von Rechten zu qualifizieren, kommt darin die wiederholte Ablehnung der Menschenwürde zum Ausdruck¹³⁰. Es handelt sich insofern um eine antisemitische Äußerung von *Hans Welzel*. Hätte *Hegel* dem „blutsmäßigen Generationenzusammenhang“ eine Bedeutung beigemessen, wie auch *Welzel* es tat, hätte er nach diesem im Umkehrschluss unweigerlich dazu kommen müssen, Juden nicht als mit Rechten ausgestattete Menschen qualifizieren zu können. Dass *Welzel* damit Bezug genommen hat auf die „antisemitische Grundeinstellung vieler Deutscher“¹³¹, mutet euphemistisch an, schließlich war der Kerngedanke der NS-Rassenideologie der, eine antisemitische zu sein.

Mit der Ablehnung der Staatsphilosophie Hegels hinsichtlich der NS-Rechtserneuerung setzt sich *Welzel* ausdrücklich in Widerspruch zu bedeutenden Rechtsphilosophen wie *Julius Binder* und *Karl Larenz*. Diese haben das autoritäre NS-Regime mit dem Hegelschen Idealismus legitimiert, wobei *Larenz* darauf sogar die NS-Rassenideologie stützte¹³².

Bemerkenswert ist zudem, dass die mit *Hans Welzel* untrennbar verbundene „finale Handlungslehre“ nach diesem selbst in der Lage sei, sich in das nach dem Nationalsozialismus ausgerichtete „erneuerte“ Strafrecht einzufügen. Insofern zeigt sich *Welzels* Bestreben, das Strafrecht im Sinne des Nationalsozialismus neu zu gestalten¹³³.

¹²⁹ S. S. 4.

¹³⁰ S. S. 15.

¹³¹ M. KUBICIEL, *Welzel und die Anderen. Positionen und Positionierungen Welzels vor 1945*, in W. Frisch, *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*, Tübingen, 2015, S. 135 (150).

¹³² E. TOPITSCH, *Die Sozialphilosophie Hegels als Heilslehre und Herrschaftsideologie*, Neuwied u. Berlin, 1967, S. 77, 80.

¹³³ H. WELZEL, (Fn. 119), 113 (120).

6.4. Zusammenfassung

Sowohl „Über die Staatsphilosophie Hegels“ als auch „Tradition und Neubau in der Strafrechtswissenschaft“ zeigen die Auffassung *Welzels*, das „neue“ Strafrecht habe sich den „Zeichen der Zeit“ zu unterwerfen, dem Nationalsozialismus. So wird deutlich, dass für *Welzel* die Grundlage des Strafrechts die NS-Rassenideologie zu sein hat, an welcher das Strafrecht sich orientieren muss. Beachtet man den in „Über die Staatsphilosophie Hegels“ explizit vertretenen Antisemitismus, erscheint es nicht überraschend, dass diese Schrift nicht in dem Schriftenverzeichnis der Festschrift *Welzels* aufgeführt ist¹³⁴.

7. Fazit

Es zeigt sich in mehreren während der NS-Zeit veröffentlichten Schrift *Welzels* eine Übereinstimmung mit dem Gemeinschafts- und Rassedenken der Nationalsozialisten. Gemäß der Idee der „politischen Wissenschaft“ hat auch *Welzel* seine Rolle darin gesehen, dem nationalsozialistischen System zuzuarbeiten. Insofern kann *Welzels* eigene Einschätzung, seine Strafrechtslehre habe sich als „festes Bollwerk gegen ideologische Einbrüche“ ausgezeichnet, nicht überzeugen¹³⁵. Der oftmals verwendete intellektuelle Sprachstil *Welzels* grenzt diesen zwar vor allem von Juristen wie *Schaffstein* und *Dahm* ab, deren Schriften der sog. „Kampfliteratur“ zugeordnet werden können. Dies kann jedoch nicht dazu führen, die Beiträge von *Welzel* als revolutionär einzuordnen. Es ist der Auffassung des Kreispersonalamtes der NSDAP Göttingen zuzustimmen, die 1937 in einem Gutachten ausführte, dass *Welzel* „politisch gewertet nicht als aktiver Kämpfer, sehr wohl aber

¹³⁴ Vgl. G. STRATENWERTH, *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25.04.1974*, in G. Stratenwerth, Berlin, 1974, S. 1 ff.

¹³⁵ H. WELZEL, *Zur Dogmatik im Strafrecht*, in F.-C. Schroeder, H. Zipf, *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, 1972, S. 3 (4).

als ein Hochschullehrer bezeichnet werden kann, der ehrlich zum Nationalsozialismus steht und der Bewegung zu dienen geeignet willens und bestrebt ist”¹³⁶.

Bochum, agosto 2023

¹³⁶ ZITIERT NACH H. STOPP, *Hans Welzel und der Nationalsozialismus*, Tübingen, 2018, S. 13.

Abstract

Dem Strafrechtler und Rechtsphilosophen Hans Welzel wird eine besondere Bedeutung für die Rechtswissenschaft in der deutschen Nachkriegszeit zugeschrieben. Doch auch früheren, während der NS-Diktatur veröffentlichten Schriften gebührt eine nähere Betrachtung. Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich daher mit der Frage, inwiefern sich in den Schriften Welzels nationalsozialistisches Gedankengut wiederfindet. Um dieser Frage nachzugehen, wurden vier Schriften von Hans Welzel aus den Jahren 1935 bis 1938 näher analysiert.

In diesen Schriften zeigt sich die Ablehnung eines liberalen und auf das Individuum gerichteten Staates. Stattdessen propagiert Welzel einen autoritären Staat, in welchem die Gemeinschaft den höchsten Bezugspunkt darstellt. Individuelle Freiheitsrechte und Gedanken der Rechtsstaatlichkeit werden von Welzel negiert. Neben der herausragenden Bedeutung der „Volksgemeinschaft“ ergibt sich aus dem Volksverständnis Hans Welzels die Anerkennung der NS-Rassenideologie. Welzel sieht ein Volk vor allem durch rassische Merkmale geprägt, welches Juden nicht als gleichwertige Menschen ansehen kann.

Es zeigt sich demnach eine Übereinstimmung mit prägenden Aspekten der NS-Ideologie in den besagten Veröffentlichungen Hans Welzels.

The Professor of criminal law and legal philosopher Hans Welzel is considered to have had a special significance for jurisprudence in post-war Germany. However, earlier writings published during the Nazi dictatorship also deserve a closer look. The present study therefore deals with the question of the extent to which National Socialist ideas can be found in Welzel's writings. In order to answer this question, four writings by Hans Welzel from the years 1935 to 1938 were analyzed in more detail.

In these writings, the rejection of a liberal state focused on the individual is evident. Instead, Welzel propagates an authoritarian state

in which the community represents the highest point of reference. Individual liberties and ideas of the rule of law are negated by Welzel. In addition to the outstanding importance of the „Volksgemeinschaft” (people’s community), Hans Welzel’s understanding of the people shows the recognition of the Nazi racial ideology. Welzel sees a people shaped primarily by racial characteristics which cannot regard Jews as equal human beings.

Accordingly, there is some correspondence with formative aspects of Nazi ideology in the aforementioned publications of Hans Welzel.

È opinione pressoché unanime che l’avvocato penalista e filosofo del diritto Hans Welzel abbia avuto un’importanza particolarmente rilevante per lo studio del diritto nella Germania del dopoguerra. Meritano uno sguardo più attento, tuttavia, anche gli scritti precedenti, pubblicati durante la dittatura nazista. Il presente lavoro, perciò, si ripropone di valutare se negli scritti di Welzel siano presenti, e, ove lo fossero, in che misura, le idee nazionalsocialiste.

Per rispondere a questa domanda, dunque, sono stati analizzati in dettaglio quattro scritti di Hans Welzel, compresi fra gli anni 1935-1938.

In essi è evidente il rifiuto d’uno Stato liberale incentrato sull’individuo: al contrario, invece, egli propugna uno Stato autoritario, nel quale la comunità rappresenti il punto di riferimento più alto, e, di conseguenza, nega i diritti individuali di libertà e financo l’idea stessa dello Stato di diritto.

Oltre alla straordinaria importanza attribuita alla „comunità di popolo”, poi, il riconoscimento dell’ideologia razziale nazista deriva dalla concezione che Hans Welzel ha del popolo: egli, infatti, vede un popolo plasmato soprattutto dalle caratteristiche razziali, sicché non può considerare gli Ebrei come persone di pari valore.

Nelle pubblicazioni di Hans Welzel esaminate, in conclusione, v’è indubbiamente una grande sintonia rispetto a concetti centrali dell’ideologia nazista.

LETTURE

FELICE MERCOGLIANO

DALLA DOMINICALITÀ AL NEOPROPRIETARISMO*

Come «la storia ci insegna ... una proprietà del tutto assoluta, illimitata e priva di una qualche ‘funzione sociale’ (quella stigmatizzata dagli avversari del proprietarismo e neoproprietarismo) non è mai realmente esistita. Tanto risulta dalle fonti antiche. ... La dominicalità romana, pertanto, è stata sempre temperata da una serie di limiti e di vincoli. Per altro verso, l’immagine di una proprietà piena, illimitata ed esclusiva non è un’invenzione della dottrina settecentesca e delle successive correnti proprietariste. Le fonti romane non mancano di ricordare i tempi in cui i poteri proprietari del *pater* erano modellati sulla sovranità regia. ... Le definizioni della proprietà privata che leggiamo nei codici europei, nonché le espressioni utilizzate nel *Draft Common Frame of Reference* del 2009 e nel relativo commento, rispecchiano un’antica suggestione divenuta mito, ideale astratto, che comunque in Europa non rischia di concretizzarsi», sintetizza nell’*Abstract* (p. 149) con un riuscito raccordo tra diritto romano e diritto europeo l’A., con assoluta padronanza della materia (cfr. la trattazione ‘a quattro mani’ recente: M. Miceli - L. Solidoro, *In tema di proprietà: il modello romano nella tradizione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2021). I due cap. in cui si bipartisce il volume sono un tesoro di approfondimenti teorici (più il primo) e storici (maggiormente sul piano ‘tecnico’ il secondo, con un apparato più ampio e articolato di fonti romane), molto ben argomentati e sempre con conclusioni ragionevoli e non di compromesso, in un riuscito equilibrio tra diacronia e ‘sistema’. Ricchissimo di temi e problematiche il sommario, che è appena il caso di riportare per intero:

* A proposito di Laura Solidoro, *Dalla dominicalità al neoproprietarismo. Storia e narrazioni di un percorso*, «Teoria e storia del diritto, 2» (Torino, Giappichelli, 2023) p. X, 152.

I. «Il decoro della proprietà» (1. Un diritto senza tempo? 2. Le situazioni dominicali tra Carte internazionali e giurisprudenza delle Corti europee: il bilanciamento degli interessi. 3. Nuovi limiti posti all'ingerenza dei pubblici poteri sul godimento dei beni privati. 4. Proprietà e libertà. Il ritorno ad una antica equazione e la ricollocazione della proprietà privata tra i diritti della persona. 5. Il concetto odierno di proprietà in Italia e nello spazio europeo, tra tecnica giuridica, storia, ideologie. 6. La cristallizzazione del 'modello romano': alle origini di un fatale equivoco. 7. Dal 'modello romano' alla funzionalizzazione della proprietà. 8. Funzione sociale e individualismo: un contemperamento impossibile? 9. L'intervento degli Stati e degli organismi internazionali nel bilanciamento degli interessi. 10. Verso una riaffermazione del 'modello romano'. 11. *Property means rights, not things*. Gli intrecci tra filosofia e diritto. 12. 'Proprietà popolare' e 'proprietà sofisticata'. 13. *Property as a bundle of rights*: non sintesi, ma insieme (variamente modulabile) di facoltà. 14. Liberalismo, libertarismo, proprietarismo, neoproprietarismo. La filosofia e il diritto incontrano l'economia. 16. Contro il neo proprietarismo: le tesi di Thomas Piketty. 17. Una verifica in termini di originalità e ragionevolezza. La proprietà è un diritto?). – II. Uno sguardo alla storia: «la proprietà obbliga» (1. Dispotismo e illimitatezza come 'rappresentazione mentale'. 2. Sulle definizioni del diritto di proprietà. 3. Tra mito e realtà. I caratteri delle forme proprietarie arcaiche. 4. Proprietà e sovranità. 5. Alcune antiche '*background conditions*' all'esercizio dei poteri proprietari. 6. '*Usque ad coelum et usque ad inferos*'. 7. Rapporti di vicinato e compressione dei poteri dominicali. 8. Limitazioni poste alla proprietà privata nell'interesse della collettività. La '*salubritas civitatum*'. 9. Segue. '*Publica utilitas*' e ablazione della proprietà. 10. Limiti e oneri imposti ai proprietari di immobili urbani: il '*decus urbium*'. 11. Altezze e distanze. 12. Limitazioni poste alla proprietà privata per le esigenze del fisco. 13. '*Duplex dominium*' e '*possessiones*'. 14. '*Dominium*' romano e dominicalità. 15. La proprietà moderna: 'invenzione' o 'disvelamento'. 16. Quando è stata 'inventata' la proprietà? 17. Un ideale che incontra la realtà).

Camerino, dicembre 2023.

RASSEGNE

Gaetano Anzani, *L'ingiustizia del danno* in una relazione qualificata. *Per un nuovo confine tra le due specie di responsabilità*, «**JURA. Temi e problemi del diritto. STUDI: discipline civilistiche**» (Pisa, Edizioni ETS, 2023), p. 300.

Dopo aver individuate le differenze fra responsabilità extracontrattuale e responsabilità contrattuale, l'indagine mira a evidenziare la debolezza della teoria degli obblighi di protezione e di tutti i conseguenti corollari diretti ad una espansione della disciplina della responsabilità contrattuale. Nell'interstizio fra le due responsabilità, la preesistenza di una *schuldrechtliche Sonderverbindung*, sulla cui base si sono sviluppate le figure del rapporto da contatto sociale qualificato e del rapporto obbligatorio con effetti protettivi per terzi, viene superata da un rapporto giuridico anche non obbligatorio qualificato dalla buona fede. Da qui la proposizione di un modello di "responsabilità da ingiustizia in una relazione qualificata".

[R.F.]

Marta Beghini, *La divisione giudiziale della comunione non ereditaria. Studio sulla funzione dell'adiudicatio*, «Università degli studi Roma Tre. Dipartimento di Giurisprudenza. Biblioteca Giovanni Pugliese, 1» (Roma, Roma Tre Press, 2023) p. 217.

In sei cap., più bibliografia e indici di autori e delle fonti: I. Lo scioglimento della comunione tramite l'*actio communid dividundo*. – II. L'*adiudicatio* e la cd. efficacia costitutiva della sentenza di divisione. – III. Il rilievo della *res (communis)* e le cause divisorie di comunione. – IV. L'*actio communi dividundo* e la divisione di *res* in comproprietà. – V. L'*actio communi dividundo* e la divisione per quote ideali: il caso dell'usufrutto e del pegno. – VI. Conclusioni. -

[F. M.]

Luigi Capogrossi Colognesi, *Le vie del diritto romano*, «Ritrovare l'Europa» (Bologna, il Mulino, 2023) p. 260.

Sintesi che, sul piano almeno della tradizionale visione dei generi letterari accademici, non è strettamente manualistica, bensì mirata a un'esposizione diacronica, gradevolmente discorsiva, pur nella sua complessità problematica; in modo evidente, infatti, si nota il rifiuto dell'A. (scelta, peraltro, per Capogrossi Colognesi nient'affatto inedita) di schemi, dicotomie, classificazioni ecc., così come dichiaratamente di qualsiasi citazione bibliografica. Utili appaiono alcune ill.ni b/n, così come funzionali risultano gli anni almeno di morte dei personaggi menzionati, ma soprattutto emerge l'intreccio del cammino delle idee in Europa e il risalto dato all'impatto dei fenomeni culturali e rivoluzionari nello spazio di quella nostra Europa da tenerci cara oramai. L'ennesima benvenuta Collana de 'il Mulino' che contiene il lavoro – «Ritrovare l'Europa» in cui lo precede il volume importante su *Le vie del sapere* di Franco Cardini – probabilmente induce l'A. alla premessa chiarificatrice in merito all'originale opera che punta ad una trattazione non conformistica dell'esperienza giuridica romana, rivolta piuttosto a individuare «le idee e le tecniche che ne sono state il fondamento. Seguiremo così gli sviluppi nel tempo, ma anche nello spazio, degli istituti e dei modelli giuridici elaborati dagli antichi Romani, in una vicenda che si svolge da Roma a Costantinopoli e a Beirut, rinnovandosi ad Aquisgrana, per poi sgranarsi nuovamente nell'Italia, da Pavia a Bologna, sino infine alle tante altre città universitarie, per poi dilagare da Bourges a Parigi, sino ad Amsterdam, Francoforte, Londra, Madrid, Berlino, Vienna» (p. 15). Le vie del diritto nel Duemila restano da esplorare, per ora questi sono i nove cap., con un'emblematica chiusa interrogativa: I. Roma e gli inizi dell'avventura mediterranea. – II. Nella Roma dell'Impero. III. Da Roma a Costantinopoli: come si costruisce un Impero universale. – IV. Da Aquisgrana a Bologna: rinasce il diritto romano. – V. L'apogeo della scienza giuridica italiana. – VI. Dal mondo medievale all'età moderna. – VII. La nuova vita del diritto romano negli stati nazionali. – VIII. A Parigi: una grande agorà europea. – IX. Da Parigi a Berlino: il diritto romano rivive nel nuovo ordine liberale. – Ci sarà ancora spazio per un ordine giuridico?

[F. M.]

Antonio Leo de Petris *Il principio servitus in faciendo consistere nequit e la categoria dell'onere reale nella trazione romanistica*, «**Pubblicazioni del Seminario giuridico della Università di Bologna**, 327» (Bologna, University Press, 2023) p. 348.

In tre cap., più riflessioni conclusive, bibliografia e indici: I. Il principio servitus in faciendo consistere nequit nelle fonti romane. – II. La refectio parietis nella servitus oneris ferendi: una ricostruzione alternativa. – III. Il principio servitus in faciendo consistere nequit nella tradizione civilistica.

[F. M.]

Lorenzo Gagliardi, *Romam commigrare. I Romani, i Latini e l'immigrazione*. Prefazione di Luigi Capogrossi Colognesi, «Università degli Studi di Milano. Facoltà di Giurisprudenza. Pubblicazioni del Dipartimento di diritto privato e storia del diritto. Sezione di diritto romano e diritti dell'antichità, 64» (Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2023) p. xvi, 279.

Oltre una densa Prefazione di Capogrossi, un'immensa Bibliografia e un prezioso Indice delle fonti: Cap. I. Niebuhr e la costruzione del (cosiddetto) *ius migrandi*. – Cap. II. Esame e critica dell'idea niebuhriana. – Cap. III. Mommsen: recezione e rinnovazione dell'idea niebuhriana. Critica. – Cap. IV. *Transire in vivitatem Romanam per migrationem et censum*. – Conclusioni.

[F. M.]

Maximilian Gerhold, *Anwaltliche Berufsausübung im Dienste des Rechtsstaats. Eine grundrechtsdogmatische deutsch-französische Studie, «Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung, 92»* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2023), p. XXIX, 552.

Gli avvocati svolgono un'importante funzione costituzionale in tutti gli ordinamenti giuridici. Tuttavia, a differenza dell'indipendenza della magistratura, espressamente menzionata a livello costituzionale nei paesi europei e degli Stati membri, di solito non trova applicazione agli avvocati e alla professione forense come istituzione. La tutela costituzionale dell'esercizio professionale degli avvocati in Germania non ha equivalente in Francia, dove finora questa è affidata all'autoamministrazione professionale. Il confronto tra i diritti fondamentali evidenzia come elementi comuni il carattere altruistico e determinante dei diritti fondamentali degli avvocati.

[R.F.]

Gordon Kardos, *Alternative Dispute Resolution für Verbraucherstreitigkeiten. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum englischen und deutschen Recht*, «**Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung**, 88» (Tübingen, Mohr Siebeck, 2023), p. XXVII, 465.

L'Unione Europea promuove l'uso dell'ADR per le controversie dei consumatori. Il contributo esamina l'impatto e il processo di integrazione dell'ADR dei consumatori in seno al *common law* inglese e al modello tedesco nonché esamina gli obiettivi e le funzioni dell'ADR con riguardo alle ripercussioni di indirizzo politico-economico. La comparazione si concentra soprattutto sugli obblighi procedurali e sostanziali nelle procedure ADR e altresì sul controllo amministrativo dei centri ADR. I risultati di questo studio mostrano come l'ADR ha il potenziale per avere effetti sociali ed economici a beneficio dei consumatori nonché dell'interesse pubblico. L'ADR è vista non come un pericolo ma come un'opportunità, che esige ancora grande attenzione da parte delle istituzioni al fine di entrare a pieno titolo nell'alveo della giustizia civile.

[R.F.]

Uwe Kischel e Michael Rodi (edited by), *Driving without a Driver, Autonomous Driving as a Legal Challenge. Proceedings of the 38th Congress of the Society of Comparative Law in Tübingen, September 29 to October 1, 2022, «Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung, 92»* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2023), p. VII, 175.

In seno alla discussione sull'intelligenza artificiale, i veicoli a guida autonoma rappresentano uno degli esempi più importanti avendo attirato l'attenzione della popolazione comune. Il XXXVIII Congresso della Società di diritto comparato ha affrontato la tematica a livello internazionale, dove il metodo tradizionale dei rapporti sui paesi, sulla base di un determinato questionario, e il rapporto generale si è rivelato molto efficace. Eric Hilgendorf presenta il punto di vista tedesco, Martin Ebers, insieme a Mats Volberg e Rauno Kinkar, spiegano le sfide secondo il diritto estone, mentre Jonas Knetsch espone il punto di vista francese. Nynke Vellinga espone la situazione nei Paesi Bassi, mentre Gary Marchant presenta l'esperienza degli Stati Uniti. Con tutte queste discussioni, punti di vista e quadri normativi, Michael Rodi presenta il rapporto generale.

[R.F.]

Paola Lambrini (a cura di), *Le obbligazioni naturali tra dogmi antichi e nuovi interrogativi*. Palazzo del Bo - Padova 3 dicembre 2021, «Almanacco Romanistico di Padova. Lezioni, 4» (Napoli, Editoriale Scientifica, 2023) p. 146.

Volume in cui vengono raccolti quattro contributi, «frutto di un seminario organizzato per avviare una discussione, fra cultori di dimensioni diverse del diritto privato, su un istituto tra i più sfuggenti» (Paola Lambrini, Raffaele Volante, p. 7): Sara Longo, *Il naturale debitum classico e le obligationes naturales giustinianee: un confronto inevitabile*, p. 9-36; Riccardo Fercia, *La moralizzazione della necessitas nella tradizione europea della definizione imperiale di obligatio*, p. 37-77; Raffaele Volante, *Obbligazioni naturali e diritto comune. Un problema metodologico per il monismo giuridico*, p. 79-108; Mauro Grondona, *L'obbligazione naturale tra fatto e diritto. Premesse per una discussione*, p.109-146.

[F. M.]

Paola Lambrini, *Persistenze e mutamenti nelle figure del diritto privato*, «Il giurista europeo. Percorsi formativi, 27» (Napoli, Jovene editore, 2023) p. viii, 239.

Alcuni inediti, i saggi recenti contenuti nel volume vanno dalle *res* alle tematiche delle obbligazioni e della responsabilità privata, particolarmente approfondite e articolate: I. *Publicus* e *communis* tra oggi e ieri (2022). II. Per un rinnovato studio della tradizione manoscritta del Digesto: il caso di *aer* nell'elencazione delle *res communes omnium* (2020). III. *Corpus* e *animus* da Lucrezio a Labeone (2015). IV. Corpo e *possessio* (2017). V. L'obbligazione da fatto illecito a partire dal pensiero di Carlo Augusto Cannata (i.c.s.). VI. La responsabilità civile è una sola: una notazione sistematica (2015). VII. Tra imputabilità e colpevolezza (2022). VIII. Ipotesi di responsabilità per fatto altrui nel diritto penale romano (2022). IX. Il dolo: un concetto multiforme (2022). X. Il paradosso del dolo colposo (2020). XI. I rimedi contro la violenza morale tra ordinamenti moderni e diritto romano (i.c.s.). XII. Il patrono proscritto e i gemelli abbandonati: due *controversiae* di Seneca il Vecchio in tema di *metus* (2023). XIII. Le alterne fortune della rescissione per lesione (2021).

[F. M.]

Friedrich Münzer, *‘Die Entstehung des römischen Principats’ e altre conferenze münsterane*, con una nota di lettura di **Pierangelo Buongiorno**, «*Antiqua*, 111» (Napoli, Jovene, 2023) p. XXXVI, 112.

Ristampa anastatica di due contributi di Friedrich Münzer († Konzentrationslager di Theresienstadt, 1942), a quanto pare estromessi da una recente raccolta di scritti minori dello studioso: *Die Entstehung des römischen Principats. Ein Beispiel des Wandels von Staatsformen* (1927) e *Die politische Vernichtung des Griechentums* (1925) p. 35-109, introdotti da Pierangelo Buongiorno (nonché muniti di un indice dei nomi) il quale pone in rilievo il perché della convincente scelta della ripubblicazione non in ordine cronologico: «per dare maggiore rilevanza al punto d’approdo definitivo del pensiero di Münzer sulla lettura della storia recente della Germania attraverso paradigmi antichistici» (p. XVII, nt. 2), che gli fa prefigurare, a proposito della genesi del principato, che «il fallimento politico della *Weimarer Republik* al pari di quello della Roma tardo-repubblicana, con il suo stato di emergenza permanente e i suoi profondi e irreconciliabili conflitti sociali, si poteva superare soltanto attraverso l’individuazione di un uomo forte: von Hindenburg come Augusto, insomma» (p. XXVII), dal momento che «ogni storico è inevitabilmente portatore delle sollecitazioni che gli derivano dal mondo in cui vive» (conclude con acume critico Pierangelo Buongiorno, p. XXXVI); del resto, da Theodor Mommsen a Francesco De Martino, le opere insuperate di storia giuridica romana dimostrano la compenetrazione intellettuale delle convinzioni ideologiche lealmente esplicite con le ricostruzioni del diritto e della politica di una società antica o moderna.

[F. M.]

Nicola Rizzo, *La causalità civile*, «*Jus Civile. Studi*, 1» (Torino, Giappichelli), p. XII, 366.

La responsabilità civile indagata attraverso la lente della causalità civile, emancipata dalla causalità penale, mostra una diversa dinamica di protezione degli interessi giuridicamente rilevanti. Allo stesso tempo, la regola di causalità giuridica si conforma diversamente secondo il concreto sistema di responsabilità civile. L'indagine allarga la propria attenzione ai problemi comuni della causalità civile e penale e anche alla stessa nozione generale di causalità. L'esame della responsabilità civile alla luce della causalità mette in evidenza la stretta relazione tra loro che si rivela soprattutto sotto il profilo strutturale. Nella parte ricostruttiva del lavoro la causalità civile si caratterizza per la dimensione scientifica e per l'attenzione allo scopo della norma di protezione.

[R.F.]

Umberto Vincenti, *Dalla retorica al diritto, «Retoricamente»* (Pesaro, Intra, 2023) p. 121.

L'A. ribadisce, in un'esposizione dal taglio teorico, la propensione per una scelta definitoria mirante al diritto 'occidentale' (perimetro storico-giuridico caro all'A., ma notoriamente non da tutti i romanisti ben accolto e, comunque, ancor più indefinibile rispetto al 'diritto europeo'), cui dedica un'edizione tascabile, ma comprendente una gamma di problematiche e aspetti di notevole spessore e importanza. In otto agili cap.: I. I caratteri del diritto occidentale. – II. Il metodo giuridico. – III. Il ragionamento del giurista. – IV. L'interpretazione. – V. L'argomentazione. – VI. Parole, argomenti e decisioni corrette. – VII. L'ordine nel discorso giuridico. – VIII. Strutture testuali.

[F. M.]

ELENCO AUTORI

MARIA FEOLA, *Professoressa Ordinaria di Diritto privato comparato nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli 'Federico II'*

PAOLO BIANCHI, *Professore Ordinario di Diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi di Camerino*

FELICE MERCOGLIANO, *Professore ordinario di Istituzioni e Storia del diritto romano presso l'Università degli Studi di Camerino. Affidatario di Fondamenti del diritto europeo presso l'Università "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara*

CARLA GULOTTA, *Professoressa Associata di Diritto internazionale presso l'Università di Milano-Bicocca, dove insegna International Trade Law, International Economic Law e European Union Law. È co-direttrice del Master 'Sustainability in Law, Finance and Management-SiLFiM' all'Università di Milano-Bicocca*

JACOPO ALCINI, *Avvocato, Ph.D. UNIPG, assegnista di ricerca*

MARIA GIULIA ORTOLANI, *Assegnista di ricerca, Università di Camerino*

PIERANGELO BUONGIORNO, *Professore associato di Diritto romano presso l'Università di Macerata*

ROCCO FAVALE, *Professore ordinario di Diritto Privato Comparato presso l'Università di Camerino*

FABIAN KLINCK, *Professore ordinario nella Ruhr-Universität Bochum*

SINEM YALCIN, *Studentische Hilfskraft della Cattedra di Diritto civile, Diritto romano e Diritto processuale civile del Prof. Fabian Klinck nella Ruhr-Universität Bochum*

MARIA PAOLA MANTOVANI, *Professoressa ordinaria di Diritto Privato Comparato nell'Università di Camerino*

- CLAIRE-MARIE PÉGLION-ZIKA, *Maître de conférences abilitato alla ricerca diretta in Diritto privato nell'Università Paris-Panthéon-Assas*
- FILIPPO VIGLIONE, *Professore ordinario di Diritto privato comparato presso l'Università degli Studi di Padova*
- FEDERICO LUBIAN, *Dottore di ricerca in Legal Studies presso l'Università di Friburgo e dottorando di ricerca in Diritto internazionale, privato e del lavoro presso l'Università di Padova*
- FRANCESCA BENATTI, *Professoressa associata di Diritto Privato Comparato presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano*
- DAVID F. ESBORRAZ, *Ricercatore presso l'Istituto di Studi Giuridici Internazionali (ISGI) del Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR)*
- JUAN ESPINOZA ESPINOZA, *Professore di Diritto civile presso le Facoltà di Giurisprudenza della Universidad Nacional Mayor de San Marcos e della Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro Correspondiente della Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*
- ROBIN ANSTÖTZ, *Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand bei Prof. Dr. Julian Krüper am Institut für Glücksspiel und Gesellschaft der Ruhr-Universität Bochum*
- FLORIAN STRUBIG, *Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand bei Prof. Dr. Katharina Uffmann am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Unternehmensrecht und Recht der Familienunternehmen der Ruhr-Universität Bochum*
- CLEMENS GRABE, *Doktorand bei Prof. Dr. Sabine Swoboda am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Internationales Strafrecht der Ruhr-Universität Bochum*

Finito di stampare nel mese di marzo 2024

