

PERSONA E MERCATO



Rivista periodica on-line

www.personaemercato.it

Anno 2022 – Numero 4

ISSN 2239-8570

Persona e Mercato è una rivista fondata da Giuseppe Vettori.

Direzione: Giuseppe Vettori

Comitato di direzione: Fabio Addis; Giuseppina Capaldo; Ernesto Capobianco; Massimo Confortini; Giovanni Di Rosa; Pasquale Femia; Massimo Franzoni; Carlo Granelli; Stefan Grundmann; Francesco Macario; Marisaria Maugeri; Hans W. Micklitz; Emanuela Navarretta; Salvatore Orlando; Fabio Padovini; Stefano Pagliantini; Giovanni Passagnoli; Antonio Rizzi; Pietro Sirena; Massimo Zaccheo.

Comitato dei revisori: Giorgio Afferni; Arianna Alpini; Franco Angeloni; José Luis Argudo Periz; Maria Annunziata Astone; Federico Azzarri; Angelo Barba; Vincenzo Barba; Luca Barchiesi; Andrea Barenghi; Ettore Battelli; Emanuele Bilotti; Lucia Bozzi; Valentina Calderai; Mario Pio Calogero; Simona Caporusso; Gabriele Carapezza Figlia; Valeria Caredda; Roberto Carleo; Sonia Carmignani; Achille Antonio Carrabba; Raffaele Caterina; Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla; Bianca Checchini; Maddalena Cinque; Maria Antonia Ciocia, Claudio Colombo; Nicola Corbo; Alessandra Cordiano; Camilla Crea; Fabrizio Criscuolo; Vincenzo Cuffaro; Alessandro D'Adda; Valeria De Lorenzi; Francesco Delfini; Matteo Della Casa; Stefano Deplano; Francesca Di Lella; Mirko Faccioli; Rocco Favale; Alessia Fachechi; Lourdes Fernandez Del Moral Dominguez; Edoardo Ferrante; Federico Ferro-Luzzi; Nicoletta Ferrucci; Arianna Finessi; Giancarlo Filanti; Massimo Foglia; Luigi Follieri; Giampaolo Frezza; Arianna Fusaro; Francesco Gambino; Rosaria Giampetraglia; Stefania Giova; Cecilia Gomez Salvago Sanchez; Mauro Grondona; Freddy Andrés Hung Gil; Paola Iamiceli; Claudia Irti; Angela La Spina; Eva Leccese; Raffaele Lenzi; Joelle Long; Francesco Longobucco; Emanuele Lucchini Guastalla; Nicola Lucifero; Daniele Maffei; Anna Malomo; Francesca Manolita; Manuela Mantovani; Pierluigi Mazzamuto; Marisa Meli; Raffaella Messinetti; Francesco Mezzanotte; Andrea Mora; Arnaldo Morace Pinelli; Paolo Morozzo della Rocca; Gaetano Edoardo Napoli; Luca Nivarra; Luigi Nonne; Riccardo Omodei Salé; Andrea Orestano; Mauro Orlandi; Mauro Paladini; Massimo Palazzo; Antonio Palmieri; Rosanna Pane; Paolo Papanti Pellettier; Teresa Pasquino; Francesco Paolo Patti; Enza Pellecchia; Mauro Pennasilico; Leonardo Pérez Gallardo; Valerio Pescatore; Mariassunta Piccinni; Carlo Pilia; Fabrizio Piraino; Dianora Poletti; Massimo Proto; Roberto Pucella; Vincenzo Putorti; Maddalena Rabitti; Andrea Renda; Francesco Rende; Giorgio Resta; Francesco Ricci; Vincenzo Ricciuto; Nicola Rizzo; Umberto Roma; Lucia Ruggeri; Antonio Saccoccio; Ugo Salanito; Gabriele Salvi; Giovanna Savorani; Martin Schmidt-Kessel; Anna Scotti; Tommaso Oberdan Scozzafava; Roberto Senigaglia; Anna Maria Siniscalchi; Umberto Stefani; Giovanni Stella; Chiara Tenella Sillani; Giulia Terlizzi; Mauro Tescaro; Stefano Troiano; Alberto Venturelli; Vincenzo Verdicchio; Pietro Virgadamo; Sandra Winkler.

Segreteria di redazione: Daniele Imbruglia e Mario Mauro

Redazione: Francesca Bertelli; Marco Francesco Campagna; Federico Della Negra; Marco Farina; Antonio Gorgoni; Daniele Imbruglia; Antonello Iuliani; Mario Mauro; Tommaso Pellegrini; Federico Pistelli; Chiara Sartoris; Shaira Thobani; Emanuele Tuccari..

E-mail: info@personaemercato.it **Web:** www.personaemercato.it

Persona e Mercato è testata registrata in data 9/10/2000 al n. 4995 dell'elenco della stampa periodica curato dal Tribunale di Firenze.

ISSN 2239-8570

Tutti i diritti di riproduzione sono riservati, comprese le rappresentazioni grafiche ed iconografiche. Ogni riproduzione, anche parziale e qualunque sia il formato e il supporto, è vietata, tranne per uso privato senza alcuno scopo commerciale. Sono consentite, inoltre, le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione. In ogni caso, l'integrità dei documenti riprodotti dovrà essere rispettata e la riproduzione, anche parziale, dovrà essere accompagnata dall'indicazione della fonte.

Tutti i contributi sono stati oggetto di valutazione positiva e anonima da parte di un membro del Comitato dei revisori, ad eccezione dell'Osservatorio a cura dell'OGID, esonerato ai sensi dell'art. 9, V co., del Regolamento per la classificazione delle riviste nelle aree non bibliometriche, approvato con Delibera del Consiglio Direttivo n. 42 del 20.02.2019.

Saggi

Per un sindacato di liceità del consenso privacy, di Salvatore Orlando	p. 527
Il <i>favor</i> per lo stato di figlio tra verità biologica e interesse del minore, di Antonio Gorgoni	p. 540
Il “pegno agrario”. Una ricostruzione sistematica della disciplina del pegno rotativo non possessorio in agricoltura, di Nicola Lucifero	p. 566
Il pegno rotativo non possessorio in agricoltura. Problemi di effettività della tutela in sede di escussione della garanzia, tra protezione delle indicazioni geografiche e tutela del creditore pignoratizio, di Mario Mauro	p. 588
Oltre la nullità (parziale) di protezione del contratto B2C: integrazione e restituzioni nella prospettiva di una tutela utile per il contraente debole, di Stefano Gatti	p. 608
Mediazione e usucapione: una questione aperta, di Chiara Sartoris	p. 627

Commenti

La costituzionalizzazione delle tutele civilistiche degli animali: l’affermarsi di una prospettiva di sostenibilità, di Carlo Pilia	p. 643
Obbligo vaccinale: alla ricerca di un equo bilanciamento tra interesse della collettività e diritti dell’individuo, di Massimo Foglia	p. 653
Il danno da vaccino anti Covid-19 tra regole di responsabilità e schemi indennitari, di Luca Ettore Perriello	p. 663
Rappresentanza degli interessati, diritti individuali e <i>group data protection</i> , di Marina Federico	p. 676

Osservatorio

Diritto e nuove tecnologie. Rubrica di aggiornamento dell’OGID*	p. 697
---	--------

Saggi

PER UN SINDACATO DI LICEITÀ DEL CONSENSO *PRIVACY**

Di Salvatore Orlando

| 527

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* – 2. *La socialità. La metafora dell'invito a pranzo.* – 3. *I diritti fondamentali.* – 4. *Gli interessi. L'esempio della Sig.ra Delucca, appassionata d'arte* – 5. *La liceità. L'esempio del Sig. Leon, impulsivo e di basso reddito.* – 6. *Conclusioni e aperture.*

ABSTRACT. Al fine di individuare una base adeguata allo studio e al governo del fenomeno della c.d. monetizzazione dei dati personali, l'a. esamina la disciplina del GDPR sul c.d. consenso *privacy* promuovendone una lettura funzionale. L'a. intende dimostrare che una simile prospettiva – che presuppone l'abbandono della concezione meramente autorizzatoria del consenso *privacy*, in favore di una sua qualificazione in termini di atto di autonomia privata, più aderente al vasto sistema dell'erigendo diritto europeo dei dati – non solo non comporta un pericolo per i diritti fondamentali dell'interessato, ma, al contrario, consente una loro più efficace protezione. In particolare, l'a. argomenta che la prospettiva funzionale consente e impone di vedere le ragioni tipiche degli interessati e quelle di favore del legislatore verso certe finalità del trattamento dei dati personali (funzioni lecite), e, al contempo, di disegnare i limiti dell'area dell'autonomia privata in termini di reazione giuridica a finalità lesive di diritti fondamentali e di interessi super-individuali, ossia della collettività (funzioni illecite). La prospettiva funzionale, osserva l'a., sembra ulteriormente necessaria nel quadro dell'erigendo diritto europeo dei dati, nel quale si delinea ormai con nettezza un divieto di uso dei dati personali con finalità o effetti distorsivi del comportamento delle persone e con finalità o effetti discriminatori.

*With the aim of identifying a theoretical basis for the study and the governance of the phenomenon of the so-called monetization of personal data, the a. examines the GDPR legal provisions relevant to the so-called *privacy* consent, and promotes a purpose-oriented reading of the same. The a. seeks to demonstrate that a purpose-oriented approach – which presupposes the abandonment of the conception of the *privacy* consent in terms of a mere authorization, and the advent of a conception of a qualification of the same in terms of an act of private autonomy – not only is far from putting at risk the fundamental rights of the data subject, but, on the contrary, allows a more effective protection of the same, compared to the protection afforded under the approach of the *privacy* consent in terms of authorization. In particular, the a. argues that the purpose-oriented approach allows and requires to outline the typical rationales for the data subject and the EU legislator in favor of certain specific purposes (lawful purposes) and, at the same time, to outline the limits to the private autonomy's area in terms of contrast by the law system against certain purposes infringing fundamental rights and super-individual interests, i.e. of the community at large (unlawful purposes). The purpose-oriented approach, as the a. puts it, seems to be further necessary in the frame of the many acts (either already approved or under construction) of the new European data law, where a general prohibition clearly emerges on processing data with the purpose or the effect of distorting people's behavior, and/or with the purpose or the effect of discriminating people.*



1. Introduzione.

L'obiettivo che ci proponiamo è quello di delineare alcune basi teoriche e di individuare di conseguenza alcune categorie della tecnica giuridica (strumenti) per affrontare, in termini di proposta di analisi e di trattamento giuridico, il consenso al trattamento dei dati personali (c.d. consenso *privacy*). Per avviare l'indagine, ci occuperemo del discusso fenomeno della c.d. monetizzazione dei dati personali.

Come proveremo a dire, in questo intervento (che attende naturalmente un più compiuto sviluppo, in ragione delle prospettive che suggerisce di coltivare: v. par. 6 - *Conclusioni e aperture*) proponiamo di affrontare la tematica della "monetizzazione dei dati personali"¹ promuovendo

* Il presente testo costituisce la traccia scritta, con integrazioni e note, della relazione dal titolo *La "monetizzazione" dei dati personali. Una prospettiva funzionale*, presentata dall'a. al Convegno di apertura delle celebrazioni per i 25 anni del Garante per la protezione dei dati personali, tenutosi nel Campidoglio di Roma il 24 maggio 2022, dal titolo *Il ruolo del Garante per la protezione dei dati personali: la tutela di un diritto fondamentale tra sfide passate e scommesse per il futuro*. Una traccia scritta della relazione, in versione ridotta, è destinata ai relativi *Atti* per i tipi del Mulino.

¹ Seppure viene comunemente affermato che il riconoscimento normativo del fenomeno del pagamento di un bene o di un servizio attraverso dati personali si debba all'art. 3, par. 1 della direttiva (UE) 2019/770 sui contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, nella parte in cui fa riferimento ai contratti nei quali il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali, bisogna sottolineare che del "valore monetario" dei dati personali in guisa di "remunerazione" di servizi di comunicazione elettronica, nonché della successiva "monetizzazione", da parte del fornitore del servizio, dei dati raccolti in conformità del GDPR, si parlava già nel Considerando 16 della direttiva (UE) 2018/1972 istitutiva del Codice europeo delle comunicazioni elettroniche: "Per rientrare nella definizione di servizio di comunicazione elettronica, un servizio deve essere prestato normalmente dietro corresponsione di un pagamento. Nell'economia digitale i partecipanti al mercato sempre più spesso ritengono che le informazioni sugli utenti abbiano un valore monetario. I servizi di comunicazione elettronica sono spesso forniti all'utente finale non solo in cambio di denaro, ma in misura sempre maggiore e in particolare in cambio della comunicazione di dati personali o di altri dati. Il concetto di remunerazione dovrebbe pertanto ricomprendere le situazioni in cui il fornitore di un servizio chiede all'utente finale dati personali ai sensi del regolamento (UE) 2016/679 o altri dati, e questi glieli trasmette consapevolmente, per via diretta o indiretta. Esso dovrebbe ricomprendere inoltre le situazioni in cui l'utente finale autorizza l'accesso a informazioni senza trasmetterle attivamente, ad esempio i dati personali, incluso l'indirizzo IP, o altre informazioni generate automaticamente, ad esempio le informazioni raccolte e trasmesse da un cookie. Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (Corte di giustizia) sull'articolo 57 TFUE, si è in presenza di remunerazione ai sensi del trattato anche se il fornitore del servizio è pagato da una terza parte e non dal destinatario del servizio. Il concetto di remunerazione dovrebbe pertanto

una prospettiva di analisi funzionale², tesa a spiegare il fenomeno sul piano degli *interessi degli interessati* (i.e. gli interessi delle persone fisiche dei cui dati personali si tratta)³, e ad individuare al contempo un *sindacato di liceità* dell'atto in che consiste la manifestazione del consenso degli interessati al trattamento dei dati personali, inteso come atto di autonomia privata. Conformemente agli insegnamenti ricevuti con la teoria del negozio giuridico, si intuisce che il sindacato di liceità guarda, anch'esso, alla funzione del consenso, ma si situa nella dimensione degli *interessi della collettività*, ossia di interessi super-individuali, trascendenti rispetto a quelli degli stessi interessati.

Prenderemo ad oggetto di analisi immediata il fenomeno del "tying" nel quale l'interessato fornisce i suoi dati personali non necessari per usufruire di un servizio e non paga un prezzo in denaro per usufruire del medesimo servizio⁴.

ricomprendere anche le situazioni in cui l'utente finale è esposto a messaggi pubblicitari come condizione per l'accesso al servizio o le situazioni in cui il fornitore del servizio monetizza i dati personali raccolti in conformità del regolamento (UE) 2016/679".

² Per un invito ad analizzare il fenomeno circolatorio dei dati personali, con uno sguardo alla causa del contratto, attraverso la descrizione funzionale dell'operazione economica concreta, cfr. V. RICCIUTO, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2020, p. 642 ss. spec. p. 652 ss., e ora V. RICCIUTO, *L'equivoco della privacy. Persona vs dato personale*, Napoli, 2022 (su cui cfr. anche le recensioni di G. CARAPEZZA FIGLIA, "L'equivoco della privacy". *Circolazione dei dati personali e tutela della persona*, in *Jus Civile*, 2022, p. 1372 ss. e di R. SENIGAGLIA, "L'equivoco della privacy" tra consenso e capacità, *ivi*, p. 1378 ss.). Sulla prospettiva dell'autonomia privata e le sue interazioni con la regolazione pubblica, v. da ultimo, C. SOLINAS, *Autonomia privata e regolazione pubblica nel trattamento dei dati personali*, Bari, 2022.

Come risulterà più chiaro nel prosieguo di questa esposizione, riteniamo corretto e storicamente adeguato orientare particolarmente la prospettiva causale o funzionale facendola gravitare sulle "specifiche finalità" di trattamento dei dati personali, menzionate nell'art. 6 par. 1 lett. a) GDPR, dove (come noto) si prevede come "base" del trattamento, il "consenso [dell'interessato] al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità".

³ Art. 4, n. 1) Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR): "«dato personale»: qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»)»".

⁴ Con l'espressione "tying" si fa riferimento all'eventualità, considerata nell'art. 7, par. 4 del GDPR, che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto. Questa ipotesi, che spesso ricorre in caso di servizi per i quali l'interessato non paga un prezzo in denaro (ed è allora caratteristica dei c.d. *zero price models*) si distingue da quella in cui un soggetto acquista direttamente dall'interessato il diritto di utilizzare determinati dati personali dell'interessato a fronte del pagamento di una somma di denaro, nonché dalle ipotesi della circolazione a pagamento dei dati personali successiva alla loro raccolta (sono i c.d. *personal data economy*



models). In tutti questi casi, sia pure con accenti e in modi diversi, si parla di monetizzazione o “patrimonializzazione” dei dati personali. Come noto, il Consiglio di Stato, nella famosa sentenza con la quale ha giudicato sulla sanzione a Facebook per pratica commerciale ingannevole nei confronti degli utenti, a proposito del *claim* “Facebook è gratis”, ha definito i dati personali come “patrimonio di rilevante valore economico per gli operatori” (Cons. Stato, Sez. VI, 29/03/2021, n. 2631). La bibliografia è molto ampia. Dovendo limitarci in questa sede a indicazioni essenziali, si veda, anche per ulteriori riferimenti: F. CAGGIA, *Cessione di dati personali per accedere al servizio digitale gratuito: il modello del “consenso rafforzato”*, in *I problemi dell'informazione nel diritto civile, oggi. Studi in onore di Vincenzo Cuffaro*, Roma, 2022, p. 417 ss.; P. CARNOVALE, *La funzione sinallagmatica del trattamento dei dati personali nella fornitura di servizi digitali*, in *Giust. civ.*, n. 10/2021, p. 3 ss.; L. CASALINI, *Dati e identità personale. Note sparse a partire da una recente pronuncia del Consiglio di Stato*, in *Annuario OGD 2022- Yearbook JODI 2022*, a cura di S. Orlando e G. Capaldo, Roma, Sapienza Università Editrice, 2022, p. 53 ss.; G. D'ACQUISTO e F. PIZZETTI, *Regolamentazione dell'economia dei dati e protezione dei dati personali*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2019, p. 90 ss.; A. DE FRANCESCHI, *Personal data as Counter-Performance*, in *Privacy and Data Protection in Software Services*, a cura di R. Senigaglia, C. Irti e A. Bernes, Singapore, Springer, 2022, p. 59 ss.; G. D'IPPOLITO, *Monetizzazione, patrimonializzazione e trattamento dei dati personali*, in *Il valore economico dei dati personali tra diritto pubblico e diritto privato*, a cura di E. Cremona, F. Laviola, V. Pagnanelli, Torino, Giappichelli, 2022, p. 51 ss.; ID., *Commercializzazione dei dati personali: il dato personale tra approccio morale e negoziale*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 4, 2020, p. 635 ss.; A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017, p. 67 ss.; S. ELVY, *Paying for privacy and the personal data economy*, in *Columbia Law Review*, 2017; M. FRIES, *Data as counter-performance in B2B contracts*, in *Data as counter-performance – Contract law 2.0?* a cura di S. Lohsse, R. Schulze e D. Staudenmayer, Oxford – Baden-Baden, Hart – Nomos, 2020, p. 225 ss.; P. HACKER, *Regulating the economic impact of data as counter-performance: from the illegality doctrine to the unfair contract terms directive*, in *Data as counter-performance – Contract law 2.0?*, cit., p. 47 ss.; V. JANEČEK, G. MALGIERI, *Data extra commercium*, in *Data as counter-performance – Contract law 2.0?*, cit., p. 95 ss.; A.M. GAMBINO e A. STAZI, *Introduzione. Datificazione dei rapporti socio-economici, circolazione dei dati e diritto*, in *La circolazione dei dati*, a cura di A.M. Gambino e A. Stazi, Pisa, Pacini, 2020, p. XI; C. LANGHANKE e M. SCHMIDT-KESSEL, *Consumer data as consideration*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 6, 2015, p. 218 ss.; S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER, *Data as counterperformance – contract law 2.0? An introduction*, in *Data as counter-performance – Contract law 2.0?* cit., p. 9 ss.; A. METZGER, *A market model for personal data: state of play under the new directive on digital content and digital services*, in *Data as counter-performance – Contract law 2.0?*, cit., p. 25 ss.; R. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e autonomia privata*, in N. Zorzi Galgano (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Padova, Cedam, 2019, p.137 ss.; ID., *Circolazione dei dati personali e autonomia privata*, in *federalismi.it*, 21, 2019, pp. 1 ss.; G. MALGIERI, B. CUSTERS, *Pricing privacy the right to know the value of your personal data*, in «Computer Law & Security Review», 2017; G. MARCHETTI e S. THOBANI, *La tutela contrattuale dei consumatori di contenuti e servizi digitali*, in *Manuale di diritto privato delle nuove tecnologie* a cura di G. Magri, S. Martinelli

In adesione al canone ermeneutico della drammatizzazione dell'esito dell'interpretazione,

e S. Thobani, Torino, Giappichelli, 2022, p. 35 ss. spec. p. 46 ss.; M. MURSIA M. e C.A. TROVATO, *The commodification of our digital identity: Limits on monetizing personal data in the European context*, in *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, n. 2/2021, p. 165 ss.; C. PERLINGIERI, *La tutela dei minori di età nei social networks*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 1324 ss.; G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto*, in *La circolazione dei dati*, cit., p. 55 ss.; G. RESTA e V. ZENOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 436 ss.; V. RICCIUTO, *I dati personali come oggetto di operazione economica. La lettura del fenomeno nella prospettiva del contratto e del mercato*, in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, cit., pp. 128-129; ID., *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto, Torino, 2019, p. 29; R. SCHULZE, *Supply of digital content. A new challenge for European contract law*, in *European contract law and the digital single market – The implications of the digital revolution*, a cura di A. De Franceschi, Cambridge, Cambridge – Antwerp – Portland, Intersentia, 2016, p. 127 ss.; I. SPEZIALE, *L'ingresso dei dati personali nella prospettiva causale dello scambio: i modelli contrattuali di circolazione*, in *Contratto e Impresa*, n. 2, 2021, p. 602; A. STAZI e F. CORRADO, *Titolarità, cessione e tutele nella circolazione dei dati*, in *La circolazione dei dati*, cit. p. 83 ss.; K. SEIN, G. SPINDLER, *The new directive on contracts for the supply of digital content and digital services – scope of application and trader's obligation to supply – Part. 1*, in *Eur. Rev. Contract Law*, 2019, p. 257 ss.; D. STAUDENMAYER, *Article 3 digital content directive (2019/770)*, in *EU Digital Law*, a cura di R. Schulze e D. Staudenmayer, München – Oxford – Baden-Baden, Beck – Hart – Nomos, 2020, p. 57 ss.; S. THOBANI, *Il pagamento attraverso dati personali*, in *Annuario OGD 2021- Yearbook JODI 2021*, a cura di S. Orlando e G. Capaldo, Roma, Sapienza Università Editrice, 2021, p. 361 ss.; ID., *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Milano, Ledizioni LediPublishing, 2018, p. 160 ss.; ID., *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, in *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, 3, 2019, p. 131 ss.; C.A. TROVATO, *Commercializzazione dei dati personali: limiti e condizioni*, in *Legal Tech, Big Data e contratti smart per professionisti e imprese*, a cura di S. Martinelli, C. Rossi Chauvenet, Roma, Wolters Kluwer Ipoa, 2022; C. TWIGG-FLESNER, *Disruptive technology – disrupted law? How the digital revolution affects (contract) law*, in *European contract law and the digital single market – The implications of the digital revolution*, cit., p. 21 ss.; S. VAN ERP, *Management as ownership of data*, in *Data as counter-performance – Contract law 2.0?* cit., p. 77 ss.; F.G. VITERBO, *Freedom of contract and the commercial value of personal data*, in «Contratto e impresa Europa», 2, 2016, pp. 606-607; C. WENDEHORST, *Personal data in data value chains – is data protection law fit for the data economy?*, in *Data as counter-performance – Contract law 2.0?* cit., p. 193 ss.; H. ZECH, *Data as a tradeable commodity*, in *European contract law and the digital single market – The implications of the digital revolution*, cit., p. 51 ss.; OECD, *Quality considerations in digital zero-price markets. Background note by the Secretariat*, 2018; OECD, *Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value*, 2013.



portato a teoria dal Maestro di Camerino⁵, mireremo all'emersione esemplificativa dei concetti che intendiamo promuovere, ed adotteremo, a tal fine, non già esempi di nostra fantasia, bensì esempi fatti dal Comitato europeo per la protezione dei dati personali (EDPB), nelle sue Linee guida sul *targeting online* adottate nell'aprile 2021⁶. Quindi, esempi, per così dire, istituzionali, sui quali gli esperti di questa materia si sono già confrontati e continueranno a confrontarsi.

Prima di ciò, per preparare il terreno alla trattazione di questi esempi, diremo qualcosa sulla socialità, la storicità e i diritti fondamentali: chi legge potrà trovare ragioni per perdonare la velocità di trattazione di temi così importanti nella dichiarata loro utilizzazione al solo ed esclusivo fine di introduzione degli esempi istituzionali dell'EDPB.

2. La socialità. La metafora dell'invito a pranzo

Il campo della nostra indagine è l'ecosistema digitale, la monetizzazione dei dati personali compendosi nell'ecosistema digitale. Come si sa, infatti, è a proposito dei *dati digitali* che si parla di economia dei dati (*data economy*)⁷.

In proposito, è diffusa l'osservazione per la quale, nella materia dell'innovazione digitale, la legge deve seguire la tecnologia che cambia. Ed è vero: senza dubbio il legislatore deve stare al passo con i tempi: comprendere – prima – per regolare – poi – certi fenomeni. Ma è vero anche che quella osservazione va precisata, perché essa rischia di essere intesa in un senso limitativo. È opportuno specificare che il legislatore, essenzialmente, si deve occupare e si occupa del *riflesso che queste*

⁵ BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, p. 5: «Inoltre l'interprete deve — come dovette già chi emanò la norma o la pronuncia di carattere precettivo — raffigurarsi nelle reazioni e ripercussioni pratiche, e in questo senso drammatizzarsi (*realize*, si direbbe in inglese), l'esito della interpretazione che sta per proporre e sostenere. Insomma, a differenza dall'interprete che ha in vista un esito puramente conoscitivo, l'interprete qui ha in vista, attraverso il risultato intellettuale, un esito pratico, che conduce a prender posizione in date situazioni ipotizzate in anticipo».

⁶ EDPB, *Linee guida 8/2020 sul targeting degli utenti di social media*, versione 2.0, adottate il 13 aprile 2021: https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-82020-targeting-social-media-users_it

⁷ Cfr. *European Commission, European Data Market study (SMART 2013/0063)*, IDC, 2016; *Updated European Data Market (EDM) study (SMART 2016/0063)*, 2020; *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, "Costruire un'economia dei dati europea"*, COM/2017/09 final.

innovazioni hanno sui rapporti sociali. In altre parole, il legislatore deve comprendere non solo i cambiamenti tecnologici, ma anche quelli dei rapporti sociali che ne conseguono.

Dunque in questa materia - come d'altronde in ogni materia - la legge segue anche *l'idea di socialità*, che cambia anch'essa col tempo.

La socialità è la sintesi tra i comportamenti osservati e quelli accettati all'interno di una comunità. Essi, tanto quelli osservati, quanto quelli accettati, mutano diacronicamente, ossia nel tempo. Da qui la storicità del diritto. E la storicità permea l'oggetto elettivo della nostra indagine: la 'monetizzazione dei dati personali'. Perché si tratta di una espressione che indica anche, e forse innanzitutto, lo stupore della Storia.

Per fermare all'attenzione e dimostrare, relativamente al nostro tema, la socialità che cambia e crea stupore, useremo una metafora.

Un padrone di casa mi invita «vieni domani a pranzo, ci saranno molte persone che vuoi vedere, altre che potrebbero interessarti, e, in disparte, altre ancora che mi pagano per osservarvi e sapere qualcosa di voi».

Fino a qualche anno fa, certamente, la stragrande maggioranza delle persone che avesse ricevuto un invito del genere lo avrebbe declinato, e nemmeno troppo gentilmente. Oggi un simile invito è accettato, ogni giorno, da miliardi di persone.

3. I diritti fondamentali

Di fronte a una simile constatazione, viene automatico - al giurista - cercare ricovero nei diritti fondamentali. Ma è, ad essere franchi, un percorso di analisi che, di per sé, non è idoneo a spiegare le *ragioni* del fenomeno. Può e deve - senz'altro - assistere a governarlo, però *dopo averlo compreso*.

Inoltre, il richiamo alla pur incontestabile necessità del governo del fenomeno sulla base dei diritti fondamentali, non può ignorare la doppia direzione per la quale, se è vero che il Diritto (attraverso la sua azione improntata anche e innanzitutto ai diritti fondamentali) esercita una pressione di *dover essere* sulla Società, e quindi agisce in una certa misura sulla *conformazione dei comportamenti*, è vero anche che la Società (attraverso il continuo esercizio di sintesi che la comunità governata compie nel suo seno tra i comportamenti osservati e quelli accettati dai consociati) esercita una pressione di *essere* (nel senso di *esserci*, di effettività) sul Diritto, e quindi agisce fatalmente, in una certa misura, sulla *conformazione del Diritto* e così anche sulla



conformazione degli stessi diritti fondamentali (*Sinngebung*)⁸.

È d'altronde indiscutibile che tutte le domande che possiamo proporci così come tutte le risposte che possiamo fornire a proposito dei diritti fondamentali sono *storicamente condizionate*.

Dunque dobbiamo prendere atto che nel nostro discorso non c'è possibilità di ricovero *dalla* Storia. Si tratterà pertanto – per cominciare – di provare a capire il fenomeno, procedendo – come sempre si fa – dagli interessi.

4. Gli interessi. L'esempio della Sig.ra Delucca, appassionata d'arte

Secondo l'impostazione comunemente fruita, quell'invito a pranzo si scompone – fuor di metafora – in una offerta di servizio senza pagare un prezzo in denaro e in una richiesta di consentire al *tying* ossia alla raccolta e trattamento di dati personali.

La domanda che attende una risposta è: *perché miliardi di persone acconsentono ogni giorno al tying?* Seguendo l'impostazione tradizionale che affronta la questione sotto l'angolo visuale della libertà del consenso (mi riferisco alle Linee guida EDPB 5/2020 sul consenso e alla nota sentenza Cass. 17278/2018⁹) bisognerebbe concludere che il consenso al *tying* o è invalido oppure è inspiegabile.

⁸ L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica: saggi*, Milano, Giuffrè, 1996.

⁹ Questa impostazione, come noto, si è sviluppata intorno alla previsione contenuta nell'art. 7, par. 4 GDPR secondo cui: «[n]el valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, si tiene nella massima considerazione l'eventualità, tra le altre, che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto». Su tale base, lo European Data Protection Board ha affermato che il consenso non può essere considerato libero quando è “condizionato”, cioè quando “la fornitura di un contratto o servizio [è subordinata] a una richiesta di consenso al trattamento di dati personali che non sono necessari per l'esecuzione del contratto o servizio”. Affinché il consenso sia libero è necessario che il titolare del trattamento permetta all'interessato “di scegliere tra un servizio che prevede il consenso all'uso dei dati personali per finalità supplementari, da un lato, e un servizio equivalente che non implica un siffatto consenso, dall'altro. Finché esiste la possibilità che il contratto venga eseguito o che il servizio oggetto del contratto venga prestato dal titolare del trattamento senza necessità di acconsentire ad usi ulteriori o supplementari dei dati in questione non si è in presenza di un servizio condizionato. Tuttavia, i due servizi devono essere effettivamente equivalenti”: EDPB, *Linee guida 5/2020 sul consenso ai sensi del Regolamento (UE) 2016/679*, punto 25 ss., spec. punto 37. Anche la Corte di Cassazione è intervenuta sul tema dichiarando che è lecito subordinare l'accesso a un bene o servizio alla prestazione del consenso al trattamento solo se il bene o il servizio è “fungibile”, per cui l'interessato ha la

Ed effettivamente, sulla scorta della soluzione ermeneutica che fa leva sulla fungibilità o equivalenza del servizio per giudicare sulla libertà del consenso¹⁰, bisognerebbe dire che il consenso al

possibilità di accedere a servizi o beni analoghi senza dover prestare il proprio consenso. Al contrario, subordinare l'accesso a un bene o servizio alla prestazione del consenso al trattamento è vietato se la prestazione è “ad un tempo infungibile ed irrinunciabile per l'interessato” (Cass. 17278/2018).

¹⁰ Sul consenso, senza pretesa di completezza, cfr. A. ASTONE, *I dati personali dei minori in rete. Dall'internet delle persone all'internet delle cose*, Milano, 2019; ID., *L'accesso dei minori di età ai servizi della c.d. società dell'informazione*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 614 ss.; L. AULINO, *Consenso al trattamento dei dati e carenza di consapevolezza: il legal design come un rimedio ex ante*, in *Dir. inf.*, 2020, p. 303 ss.; C. BASUNTI, *La (perduta) centralità del consenso nello specchio delle condizioni di liceità al trattamento dei dati personali*, in *Contr. impr.*, 2020, p. 860 ss.; L. BOZZI, *I dati del minore tra protezione e circolazione: per una lettura non retorica del fenomeno*, in *Europa e dir. priv.*, 2020, p. 251 ss.; F. BRAVO, *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento*, in *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, diretto da G. Finocchiaro, Bologna, 2017, p. 138 ss.; ID., *Lo “scambio di dati personali” nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contr. impr.*, 1/2019, p. 34 ss.; F. CAGGIA, *Il diritto ai trattamenti dei dati personali nel diritto europeo*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, p. 405 ss.; I.A. CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali nel nuovo regolamento europeo*, in *Oss. Dir. civ. comm.*, 2018, p. 67 ss.; ID., *Privacy e minori nell'era digitale. Il consenso al trattamento dei dati dei minori all'indomani del regolamento UE 2016/679, tra diritto e tecnoregolazione*, in *Famiglia*, 2018, p. 3 ss.; V. CARBONE, *Il consenso, anzi i consensi, nel trattamento informatico dei dati personali*, in *Danno resp.*, 1998, p. 23 ss.; V. CUFFARO, *Il consenso dell'interessato*, in *La disciplina del trattamento dei dati personali*, a cura di V. Cuffaro e V. Ricciuto, Torino, 1997, p. 201 ss.; A.M. GAROFALO, *Regolare l'irregolabile: il consenso al trattamento dei dati nel GDPR*, in *Annuario OGID 2021- Yearbook JODI 2021*, cit., p. 119 ss.; ID., *Cookies and the Passive Role of the Data Subject*, in *Privacy and Data Protection in Software Services*, cit., p. 77 ss.; L. GATT, R. MONTANARI, I.A. CAGGIANO, *Consent to the processing of personal data: a legal and behavioural analysis. Some Insights into the Effectiveness of Data Protection Law*, in *EJPLT*, 2018, p. 1-15; IID., *Consenso al trattamento dei dati personali e analisi giuridico comportamentale. Spunti di una riflessione sull'effettività della tutela dei dati personali*, in *Pol. Dir.*, 2017, p. 363 ss.; S.F. GIOVANNANGELI, *L'informativa agli interessati e il consenso al trattamento*, in *Libera circolazione e protezione dei dati personali* a cura di R. Panetta, Milano, 2019, p. 99 ss.; C. IRTI, *Consenso “negoziato” e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021; P. MANES, *Il consenso al trattamento dei dati personali*, Padova, 2001; S. MAZZAMUTO, *Il principio del consenso e il problema della revoca*, in *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, cit., I, p. 993 ss.; D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 339 ss.; R. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e autonomia privata*, cit., p. 142 ss.; F. NADDEO, *Il consenso al trattamento dei dati personali del minore*, in *Dir. inf.*, 2018, p. 27 ss.; G. OPPO, *Sul consenso dell'interessato*, in *Trattamento dei dati e tutela della persona* a cura di V. Cuffaro, V. Ricciuto e V. Zeno-Zencovich, Milano, 1998, p. 123 ss.; D. POLETTI, *IoT and*

tying o si spiega (i.e. si acconsente al *tying* per accedere ad un servizio senza pagare in denaro) ma è invalido (perché, secondo quella impostazione, il consenso non è libero) oppure è valido (perché, secondo quella impostazione, è libero) ma è inspiegabile. Ed infatti, perché mai – di fronte a eventuali casi concreti di servizi alternativi fungibili o equivalenti, prestati dallo stesso fornitore o da altri, che non richiedono né un pagamento in denaro né il *tying* – dovrebbe prestarsi il consenso al *tying*?

Dobbiamo perciò ammettere che, impostata in questi termini la questione, essa si muove in un vicolo cieco; che, obiettivamente, non ci consente di spiegare plausibilmente il fenomeno.

Per rispondere alla domanda sul *perché*, ossia quale interesse possano avere gli interessati a prestare il consenso al *tying*, bisogna avere il coraggio di scartare la risposta che sembra ovvia, ma che, come visto, non aiuta (ossia bisogna scartare la spiegazione per la quale l'interesse consisterebbe esclusivamente nel non pagare un prezzo in denaro per ricevere un servizio) e bisogna cominciare col guardare le finalità del trattamento.

E bisogna avere, inoltre, l'avvedutezza di scartare l'ipotesi (e l'obiezione implicitamente in essa contenuta che indirizza la domanda verso una risposta necessariamente negativa) che possa trattarsi di un generico 'interesse a ricevere pubblicità'. Riferirsi in questo contesto semplicemente alla pubblicità tradizionalmente considerata, sarebbe sbagliato in quanto tradirebbe una conoscenza del fenomeno limitata e

Privacy, in *Privacy and Data Protection in Software Services*, cit., p. 175 ss.; G. RESTA, *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 299 ss.; G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 411 ss.; A. SATTLER, *Autonomy or heteronomy – Proposal for a two-tier interpretation of Article 6 GDPR*, in *Data as counter-performance – contract law 2.0?*, cit. p. 225 ss.; M. SCHMIDT-KESSEL, *Consent for the processing of personal data and its relationship to contract*, in *Digital revolution – New challenges for law* a cura di A. De Franceschi e R. Schulze. Oxford – Baden-Baden, Beck – Nomos, 2019, p. 75 ss.; S. SICA, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 621 ss.; S. THOBANI, *Il consenso al trattamento dei dati personali*, in *Manuale di diritto privato delle nuove tecnologie*, cit., p. 133 ss.; ID., *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, in *Media Laws*, 2019, pp. 131 ss.; ID., *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, Santarcangelo di Romagna, 2016; ID., *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, p. 513 ss.; A. VIVARELLI, *Il consenso al trattamento dei dati personali nell'era digitale*, Napoli, 2019; V. ZENO-ZENCOVICH, *Il "consenso informato" e la "autodeterminazione informativa" nella prima decisione del Garante*, in *Corr. Giur.*, 1997, pp. 915 ss.

ampiamente superata dalla realtà del mondo del *marketing* contemporaneo.

Se - anche qui - storicizziamo, a quella domanda possiamo rispondere affermando che non si tratta di un generico interesse a ricevere pubblicità, bensì di un interesse alla *comunicazione personalizzata* e ai *contenuti digitali*, ossia che si tratta di un interesse a trovare, a rimanere dentro, o a non essere esclusi da, *il proprio posto nell'ecosistema digitale*.

Per supportare queste affermazioni, nei limiti del presente intervento, sarà sufficiente ricordare, in breve, i passaggi che dalla pubblicità tradizionale ci hanno condotto oggi alla *comunicazione*.

Dalla pubblicità commerciale tradizionale, diretta ad influenzare la scelta di acquisto di prodotti, si è passati ad avere contezza - anche da parte del legislatore - della maggiore ampiezza del *marketing* rispetto alla pubblicità, come insieme di tecniche e procedure orientate ad influenzare qualunque comportamento, non solo l'acquisto di un prodotto. E così, in ambito commerciale, anche gli atti di esercizio di diritti contrattuali, l'attivazione di garanzie, l'esercizio del diritto di recesso, l'esercizio e la scelta di certe facoltà e diritti nella fase c.d. post-vendita, etc.

È anche risaputo che il *marketing* commerciale non si esaurisce in quello consumeristico, c'è anche un *marketing* B2B.

Ed è infine ben noto che il *marketing* non si esaurisce nella sfera commerciale: come è noto a tutti, esiste un *marketing* non-commerciale, ad esempio il *marketing* politico inteso ad influenzare il voto o l'associazione a partiti o movimenti politici, il *marketing* delle associazioni di beneficenza finalizzato a creare associati, alla raccolta di fondi, delle Chiese e associazioni religiose, il *marketing* sociale¹¹ etc.¹²

È del 25 novembre 2021 la proposta di Regolamento avanzata dalla Commissione europea per disciplinare il *marketing* politico e la c.d. amplificazione.¹³

Ma ciò che consente di rispondere direttamente alla domanda che ci siamo proposti è la constatazione che il *marketing* ormai è sinonimo di

¹¹ Il concetto di "marketing sociale" è stato introdotto nel 1971 da Philip Kotler per indicare l'utilizzo delle strategie e delle tecniche del marketing per influenzare un gruppo target ad accettare, modificare o abbandonare un comportamento in modo volontario, al fine di ottenere un vantaggio per i singoli individui o la società nel suo complesso. Cfr. P. KOTLER e G. ZALTMAN, *Social marketing: an approach to planned social change*, in *Journal of Marketing*, 35, 1971, pp. 3-12.

¹² P. KOTLER, K. KELLER, *Marketing management*, 12 ed. a cura di W. G. Scott, trad. it. di F. Sarpi, Milano 2007, p. 7; P. KOTLER, J. ARMSTRONG, V. WONG, J. SAUNDERS, *Principles of marketing*, 5^a ed, Londra (Pearson), 2008, p. 32 ss., p. 623 ss.

¹³ COM(2021) 731 final.

comunicazione: i *marketer* disegnano strategie di *marketing* su stili di vita, abitudini e credenze delle persone (credenze storiche, religiose, politiche) in quanto indirettamente funzionali al comportamento che vogliono influenzare, alla risposta che vogliono ottenere.

Oggi il vecchio CAP (Codice di autodisciplina pubblicitaria) si chiama “Codice di autodisciplina della *comunicazione* commerciale” e c’è una sezione per la “comunicazione sociale”. Per i *target* (bersagli) delle campagne di *marketing* si costruiscono ‘esperienze’, informazioni e contenuti personalizzati.

Tornando più da vicino alle nostre questioni, le già citate Linee guida dell’EDPB n. 8/2020 sul *targeting* degli utenti di *social media*, contengono in sequenza due esempi - il n. 7 e il n. 8 - che ci sembrano significativi per il discorso che andiamo svolgendo. Ricordiamo qui di seguito l’esempio n. 7 e nel prossimo paragrafo ricorderemo l’esempio n. 8.

L’esempio n. 7 delle Linee Guida EDPB 8/2020 è quello della Sig.ra Delucca, un’appassionata di pittura impressionista¹⁴. In questo esempio, la signora Delucca, dopo aver messo più volte “mi piace” alle foto postate dalla galleria d’arte di un pittore impressionista sulla pagina di una piattaforma *social*, riceve da un museo la pubblicità di una mostra di pittori impressionisti. Il museo sta infatti cercando di attirare persone interessate a dipinti impressionisti in vista di una sua prossima mostra e, per fare ciò, utilizza una serie di criteri di *targeting* offerti dal fornitore di *social media* che caratterizzano il profilo di “*persona interessata all'impressionismo*”. In questo caso, è facilmente intuibile come la signora Delucca possa avere un genuino interesse a ricevere tale tipo di comunicazione in quanto le offre la possibilità di visitare la mostra di un pittore potenzialmente in linea con i suoi gusti artistici, con ciò che ne può conseguire anche in termini di conoscenza di nuove opere e di contatti di persone e organizzazioni che hanno interessi o operano professionalmente nel campo della pittura con specializzazione nella corrente impressionista. Senza una profilazione e un *targeting* basati sul trattamento dei suoi dati personali attraverso l’algoritmo finalizzato al tracciamento e al bersaglio del profilo di “*persona interessata all'impressionismo*”, la Sig.ra Delucca con tutta probabilità non sarebbe venuta a conoscenza di quella mostra, e sicuramente non ne sarebbe venuta a conoscenza così rapidamente e senza bisogno di impiegare tempo per fare ricerche.

¹⁴ EDPB, *Linee guida 8/2020 sul targeting degli utenti di social media*, versione 2.0, adottate il 13 aprile 2021, punto 80 (p. 27).

Questo esempio ci fa comprendere come può esserci un interesse dell’interessato dietro l’informazione personalizzata, e che si tratta di un interesse meritevole di tutela. Essendo indiscutibile che esistano interessi commerciali anche in coloro che procedono ad un siffatto trattamento dei dati personali della Signora Delucca (profilazione e *targeting*), questo esempio ci fa comprendere come il consenso al *tying* possa perseguire in questo specifico caso¹⁵, considerando tutti i soggetti in gioco, *interessi meritevoli di tutela*.

5. La liceità. L’esempio del Sig. Leon, impulsivo e di basso reddito

Nella metafora dell’invito a pranzo, l’esempio sopra riferito della Signora Delucca, appassionata d’arte, che viene a conoscenza di una mostra di pittura impressionista, riguarda le “persone che potrebbero interessarti”. Esse sono individuate attraverso la profilazione¹⁶ dell’invitato e la conseguente *personalizzazione* della comunicazione.

Per questo motivo, abbiamo detto che l’interesse a ricevere informazioni personalizzate equivale oggi all’interesse a essere inclusi nella, e a non essere esclusi dalla, dimensione della comunicazione digitale.

In questo senso, dobbiamo anche riconoscere che il consenso al *tying* è indubbiamente una strada molto facile per rimanere dentro l’ecosistema digitale. E che, *di per sé*, si tratta di un interesse meritevole di tutela.

Il problema oggi, semmai, è che è *la strada più facile*. Ed è un problema, in quanto questa situazione di fatto può comportare abusi.

Si viene così al tema della liceità.

Anche qui, dobbiamo limitarci ad alcuni cenni sintetici.

L’economia di massa del XX secolo era *spersonalizzante*: tutti numeri, tutti uguali¹⁷. Ma in questa solitudine (la solitudine dei numeri tutti) c’era, se vogliamo, il massimo della *privacy*.

¹⁵ Ossia, per la specifica e granulare finalità di profilazione, non genericamente intesa, bensì analiticamente individuata dall’algoritmo di “*persona interessata all'impressionismo*”.

¹⁶ Sulla profilazione cfr. R. MESSINETTI, *Trattamento dei dati per finalità di profilazione e decisioni automatizzate*, in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, a cura di N. Zorzi Galgano, Milano, Wolters Kluwer – Cedam, 2019, p. 167 ss.

¹⁷ Si parla di “*marketing* di massa” o “*macromarketing*” per indicare un modello volto a creare strategie di marketing rivolte al pubblico più ampio possibile e senza badare ai parametri di segmentazione del mercato. G. JONES E R.S. TEDLOW, *The Rise and Fall of Mass Marketing*, London, Routledge, 1993.

Nei primi venti anni del XXI secolo l'economia e la comunicazione sono diventate sempre più *personalizzate*. Abbiamo visto che il *marketing online* è oggi in larga parte personalizzato.

Il rischio che si fronteggia oggi è che l'economia e la comunicazione divengano *personalizzanti*¹⁸.

534 I teorici e gli strateghi del *marketing* osservano che nell'era dell'informazione digitale "*i marketer devono trasformarsi da cacciatori a giardinieri*"¹⁹, sottolineano "*l'importanza della continuità del presidio social per la comprensione dei comportamenti e lo stimolo all'engagement degli utenti*" e notano che nel loro lavoro è fondamentale il fattore tempo, la "*pazienza*" e la "*prontezza nel cogliere le opportunità*"²⁰.

Per questo motivo, i *marketer* disegnano strategie che impiegano i *social*, per comunicare stili di vita, abitudini e perfino credenze (come sopra ricordato in breve) in quanto indirettamente funzionali al comportamento che vogliono influenzare, alla risposta che vogliono ottenere; e i primi target delle campagne di *marketing* sono i bambini, dai 4 anni in su.

In questo contesto, i rischi sono quelli della *distorsione comportamentale* e della *discriminazione*: le persone il cui comportamento viene, non semplicemente influenzato, bensì, distorto²¹ ossia manipolato, attraverso una comunicazione personalizzata che fa leva su loro specifiche e ben studiate caratteristiche e vulnerabilità decisionali e comportamentali, *rischiano tipicamente di diventare persone diverse* da quelle che sarebbero diventate se non fossero state fatte bersaglio di quella comunicazione.

Questo è quello che si intende dire quando si parla di contrasto alle pratiche di sfruttamento della vulnerabilità, nonché a pratiche di radicalizzazione, polarizzazione o amplificazione. E, si badi, ciò vale anche per la discriminazione, perché vi è una

¹⁸ Cfr. le perspicue osservazioni di R. MESSINETTI, *Trattamento dei dati per finalità di profilazione e decisioni automatizzate*, cit., p. 167 ss., spec. p. 188 ss. dove l'a. parla del "*processo di costruzione dell'identità*" attraverso le profilazioni e di una sostituzione della libertà dell'autodeterminazione dell'individuo con la "*efficienza dell'eterodeterminazione informatizzata*".

¹⁹ M.S. SAWHNEY e P. KOTLER, *Marketing in the Age of Information Democracy in Kellogg on Marketing*, John Wiley & Sons, 2001, pp. 386-408.

²⁰ Così si legge nella *Prefazione* di S. Addamiano alla edizione italiana di P. KOTLER, S. HOLLENSSEN, M.O. OPRESNIK, *Social media marketing, Marketer nella rivoluzione digitale*, Milano, Hoepli, 2019, pp. XIV – XV.

²¹ La differenza tra influenza comportamentale (ammessa in linea di principio in quanto esercitata in conformità alla 'diligenza professionale') e distorsione comportamentale (vietata, in quanto conseguenza di pratiche contrarie alla 'diligenza professionale') è stata tracciata con il divieto delle pratiche commerciali sleali, dalla direttiva 2005/29/CE.

capacità personalizzante anche nelle pratiche discriminatorie: si spingono le persone discriminate a comportarsi come tali.

È bene sottolineare che non si tratta di un'analisi di rischi di natura sociologica. Al contrario, sono rischi tutti ben presenti al legislatore europeo, che li ha messi al centro di *precisi divieti*, specificati e confermati nel sorgente diritto europeo dei dati.

Per il rischio di distorsione comportamentale vengono in conto, *inter alia*: il divieto generale delle pratiche commerciali distorsive del comportamento economico dei consumatori (art. 5 Dir. 2005/29/CE); i divieti di immissione sul mercato, messa in servizio e uso di sistemi di IA distorsivi del comportamento (anche non economico) delle persone (anche non consumatori) (art. 5 lett. a) e b) Proposta di Artificial Intelligence Act 'AIA' COM(2021) 206 *final*); il divieto di tecniche di *targeting* o amplificazione in ambito di pubblicità politica che comportano il trattamento dei dati personali di cui all'art. 9.1 GDPR (art. 12 Proposta di regolamento sulla trasparenza e *targeting* della pubblicità politica COM(2021) 731 *final*); il divieto di tecniche di *targeting* o amplificazione che comportano il trattamento, la rivelazione o la deduzione di dati personali di minori o dati personali di cui all'art. 9.1 GDPR per finalità pubblicitarie (art. 26, par. 3 del *Digital Services Act* 'DSA'²²). Per il rischio di discriminazione, viene in conto, *inter alia*, il divieto di uso da parte di pubbliche autorità di sistemi di IA di *social scoring* discriminatorio (art. 5, lettera c) Proposta AIA).

In questo contesto, viene in evidenza il trattamento di speciali categorie di dati, che

²² Art. 26, par. 3 del Regolamento (UE) 2022/2065 del 19 ottobre 2022, relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE: "*I fornitori di piattaforme online non possono presentare pubblicità ai destinatari del servizio basate sulla profilazione, quale definita all'articolo 4, punto 4), del [GDPR], utilizzando le categorie speciali di dati personali di cui all'articolo 9, paragrafo 1, del regolamento[GDPR]*".

E ricordiamo come già nel 2005 il Garante italiano per la protezione dei dati personali, presieduto da Stefano Rodotà, avesse adottato una decisione dal tenore simile, a proposito della questione delle carte fedeltà (*'Fidelity card'* e garanzie per i consumatori. *Le regole del Garante per i programmi di fidelizzazione - 24 febbraio 2005 [1103045]*: Punto 2 "[...] Come premesso, l'utilizzazione di dati sensibili (art. 4, comma 1, lett. d), del Codice) non è di regola ammessa per alcuna delle finalità indicate, fatta salva l'ipotesi eccezionale nella quale il trattamento di dati sia realmente indispensabile in rapporto allo specifico bene o servizio richiesto e sia stato autorizzato dal Garante, oltre che acconsentito per iscritto dall'interessato. Ciò, vale anche per eventuali ricerche di mercato, sondaggi ed altre ricerche campionarie (cfr. aut. gen. Del Garante n. 5/2004, in G.U. 14 agosto 2004, n. 190) [...]").



consente lo sfruttamento di vulnerabilità decisionali e comportamentali.

Come sintetizzato nel Considerando 69 del medesimo DSA: “Quando ai destinatari del servizio vengono presentate inserzioni pubblicitarie basate su tecniche di targeting ottimizzate per soddisfare i loro interessi e potenzialmente attirare le loro vulnerabilità, ciò può avere effetti negativi particolarmente gravi. In alcuni casi, le tecniche di manipolazione possono avere un impatto negativo su interi gruppi e amplificare i danni per la società, ad esempio contribuendo a campagne di disinformazione o discriminando determinati gruppi. Le piattaforme online sono ambienti particolarmente sensibili per tali pratiche e presentano un rischio per la società più elevato. Di conseguenza, i fornitori di piattaforme online non dovrebbero presentare inserzioni pubblicitarie basate sulla profilazione, come definite all'articolo 4, punto 4), del [GDPR], utilizzando le categorie

speciali di dati personali di cui all'articolo 9, paragrafo 1, dello stesso regolamento, anche utilizzando categorie di profilazione basate su tali categorie speciali. Tale divieto lascia impregiudicati gli obblighi applicabili ai fornitori di piattaforme online o a qualsiasi altro fornitore di servizi o inserzionista coinvolti nella diffusione della pubblicità a norma del diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali”.

In altre parole, al legislatore europeo è ben presente che la comunicazione personalizzata, se da un lato offre il vantaggio di orientare la navigazione delle persone nel, pressoché sterminato, *mare magnum* delle informazioni in formato digitale (disponibili in tutte le lingue e su praticamente ogni argomento), dall'altro lato comporta innegabili rischi di abuso, in particolare nelle forme della distorsione comportamentale e della discriminazione²³.

Una efficace raffigurazione di questi rischi è data dalle Linee guida dello EDPB sopra citate, dove, nell'esempio 8, si legge: «Il signor Leon ha indicato nella propria pagina di social media di essere interessato allo sport [...]. Visita [...] siti web di gioco d'azzardo online. Il fornitore di social media traccia l'attività online del signor Leon sui suoi molteplici dispositivi [...]. Sulla base di tale attività e di tutte le informazioni fornite dal signor Leon, il fornitore di social media deduce che sarà interessato alle scommesse online. Inoltre la piattaforma di social media ha sviluppato criteri di targeting che consentono alle imprese di rivolgersi

in maniera mirata a persone che probabilmente sono impulsive e hanno un reddito più basso. La società di scommesse online [...] desidera rivolgersi agli utenti che sono interessati alle scommesse e che probabilmente scommettono somme considerevoli. Seleziona quindi i criteri offerti dal fornitore di social media per rivolgersi in maniera mirata [...]»²⁴.

La profilazione realizzata – in questo esempio ‘istituzionale’ - nei confronti del Sig. Leon, seppur a prima vista potrebbe apparire simile a quella illustrata nell'esempio immediatamente precedente della signora Delucca, in realtà presenta una significativa differenza. Infatti, nel caso della Signora Delucca la profilazione avviene sulla base di un criterio e per una specifica finalità di *targeting* – l'interesse per la pittura impressionista – che non denota una situazione di vulnerabilità ed è finalizzata all'invio di comunicazioni personalizzate a vantaggio della stessa interessata (che nel caso di specie viene a conoscenza di una mostra di suo interesse). Al contrario, l'esempio del Sig. Leon mostra una profilazione basata su criteri di *targeting* – quali il carattere impulsivo e il basso reddito – che vengono utilizzati per individuare soggetti specificamente vulnerabili sotto due aspetti (caratteriale e reddituale) che, proprio in ragione delle loro specifiche e ben studiate vulnerabilità, potranno essere manipolati. Mentre dunque nel primo caso c'è un interesse meritevole di tutela a che la signora Delucca acconsenta a essere profilata e a ricevere quel tipo di comunicazioni, nel secondo caso non può essere ammesso che il Sig. Leon venga assoggettato, sia pure con il suo consenso esplicito, a una simile pratica persecutoria, specificamente intesa a sfruttare sue precise vulnerabilità decisionali e comportamentali.

E tuttavia, è questa la conclusione che, ad oggi, l'EDPB indica a proposito di questo esempio. Ed infatti, in quelle Linee Guida si legge che il Sig. Leon con il suo consenso esplicito ex art. 22 GDPR, può acconsentire alla presentazione mirata di pubblicità (*targeting*) di scommesse online, sulla base di simili algoritmi di profilazione.²⁵ Ossia che con il suo consenso esplicito il Sig. Leon potrebbe essere fatto legittimamente bersaglio di pratiche di

²⁴ EDPB, *Linee guida 8/2020 sul targeting degli utenti di social media*, cit., punto 80.

²⁵ EDPB, *Linee guida 8/2020 sul targeting degli utenti di social media*, cit., punto 88: “In tali circostanze, come descritto nell'esempio 8, la presentazione di pubblicità di scommesse online può rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 22 GDPR (attività di targeting rivolta a persone finanziariamente vulnerabili interessate a scommesse online, che ha il potenziale di incidere significativamente e negativamente sulla loro situazione finanziaria). Di conseguenza, conformemente all'articolo 22, sarebbe necessario un consenso esplicito”.

²³ Cfr. R. MONTINARO, *I sistemi di raccomandazione nelle interazioni tra professionisti e consumatori: il punto di vista del diritto dei consumi (e non solo)*, in *Persona e mercato*, 3/2022, p. 368 ss.

sfruttamento della sua vulnerabilità decisionale, vale a dire di pratiche di distorsione comportamentale.

Il consenso appunto.

Senza girarci intorno, riteniamo che sia necessario affermare un'interpretazione degli artt. 6, 9 e 22²⁶ del GDPR adeguata e coerente con la consapevolezza espressa, e con le norme di contrasto dei suesposti rischi di distorsione comportamentale e di discriminazione messe in campo dal legislatore europeo nel sorgente diritto europeo dei dati. In particolare, quanto all'art. 6.1 lett. a) del GDPR, riteniamo che esso debba interpretarsi nel senso che sottintenda necessariamente l'aggettivo "legittime" quando parla di «specifiche finalità»; come d'altronde la successiva lettera b) deve interpretarsi nel senso che esso sottintenda necessariamente l'aggettivo "lecito" quando parla di «contratto», perché non può ritenersi che la base del trattamento possa essere l'esecuzione di un contratto illecito.

Allo stesso modo – dunque - deve ritenersi che non possa essere valido il consenso come base di trattamento se è rivolto a specifiche finalità illegittime.

D'altronde, nessuno dubita, ed anzi è ribadito continuamente nelle linee guida, che i principi dell'art. 5 GDPR si applichino sempre, anche in costanza di dati personali trattati sulla base del consenso. Si ricorda in proposito che l'art. 5.1 a) GDPR impone la liceità e la correttezza del trattamento, e l'art. 5.1 b) GDPR, relativamente al principio di limitazione, impone che i dati personali siano raccolti per finalità legittime.

Se questo è sicuro, va contrastata e superata la concezione circolare e formalistica per il quale il trattamento è lecito se ricorre la base del consenso, senza guardare altro che i requisiti di libertà, specificità, informazione ed inequivocabilità del consenso, ossia senza guardare alla funzione per la quale il consenso è prestato.

²⁶ Cfr. da ultimo, anche per riferimenti bibliografici, D. IMBRUGLIA, *Diritti fondamentali e ambienti digitali: prime note di una ricerca sul diritto a non essere sottoposto a una decisione interamente automatizzata*, in *Annuario OGID 2022-Yearbook JODI 2022*, a cura di S. Orlando e G. Capaldo, Roma, Sapienza Università Editrice, 2022, p. 113 ss.; e anche L. EDWARDS, M. VEALE, *Enslaving the algorithm: From a "right to an explanation" to a "right to better decisions"*, in *IEEE Security and Privacy*, 2018, 16(3), pp. 46-54; E. PALMERINI, *Algoritmi e decisioni automatizzate. Tutele esistenti e linee evolutive della regolazione*, in *I diritti fondamentali nell'era della digital mass surveillance*, a cura di Rios Vega, Luis Efrén, Scaffardi, Lucia, Spigno, Irene, Napoli, 2021, p. 209 ss.; M. PALMIRANI, *Interpretabilità, conoscibilità, spiegabilità dei processi decisionali automatizzati*, in *XXVI lezioni di Diritto dell'Intelligenza Artificiale*, a cura di U. Ruffolo, Torino, 2021 p. 66 ss.

La base del consenso sub art. 6.1 a) non può essere il semplice consenso, sia pure libero, specifico, informato ed inequivocabile, perché un simile consenso potrebbe essere reso per qualsiasi finalità di trattamento, anche illegittima: deve essere invece un consenso siffatto (ossia libero, specifico, informato ed inequivocabile) reso per specifiche finalità di trattamento legittime.

Dunque una giustificazione funzionale deve esserci, come a ben vedere c'è, per tutte le basi ex art. 6 GDPR.

Piuttosto, ma qua possiamo solo accennare alla questione, va promossa, insieme all'idea del requisito della granularità del consenso, l'idea della 'granularità delle finalità' e affermare che solo alcune finalità sono ammesse dall'ordinamento in quanto legittime: non basta dire "finalità di profilazione", "finalità di marketing", "finalità di targeting". Queste non sono "specifiche" finalità di trattamento. Come ci insegnano i due esempi della Sig.ra Delucca e del Sig. Leon, fatti nelle citate Linee Guida dell'EDPB, ci sono algoritmi che lavorano per finalità specifiche. Bisogna dunque analizzare nello specifico gli algoritmi²⁷ di creazione e bersaglio dei profili per stabilire la legittimità delle specifiche finalità di trattamento. E bisogna distinguere quelli che perseguono finalità legittime da quelli che perseguono finalità illegittime, perché - come nell'esempio del Sig. Leon - esistono e sono molto diffusi algoritmi disegnati esattamente per sfruttare vulnerabilità decisionali e comportamentali.

Non possiamo soffermarci in questa sede sulla struttura del consenso a partire dalle diverse e non perfettamente sovrapponibili versioni delle diverse lingue ufficiali del GDPR dedicate alla definizione di consenso di cui all'art. 4 n. 11 GDPR.

Qui è sufficiente osservare che anche nella versione italiana non c'è dubbio alcuno che si tratti di una manifestazione di volontà libera rivolta a un fine, dunque che si tratta di un *atto di autonomia*.

Come atto di volontà libera rivolto a un fine, naturalmente, c'è un *controllo della sua funzione* – ossia del suo fine – da parte della legge: tanto più oggi che si parla di monetizzazione e di condivisione di dati per le più varie finalità (tra cui l'altruismo dei dati), e si prevedono servizi di intermediazione per fini commerciali, e cooperative.

²⁷ Cfr. D. MULA, *Elaborazione e sfruttamento dei dati mediante algoritmi*, in *La circolazione dei dati*, cit. p. 127 ss., spec. p. 148: "Al fine di determinare se un 'trattamento svolto tramite impiego di algoritmo' è conforme alla disciplina in materia di trattamento dei dati personali, deve, quindi, ritenersi legittima l'istanza di verifica, in concreto, delle attività svolte sia in relazione alla base giuridica dichiarata che rispetto all'eventuale ambito di consenso prestato dall'interessato...".

Faccio riferimento a cose recenti ma già note per il grande dibattito che le ha precedute: il *Data Governance Act* è stato definitivamente approvato²⁸.

C'è infatti da dire che la prospettiva qui proposta consente anche una diversa e a nostro avviso adeguata e corretta interpretazione dell'art. 22 GDPR in quanto anche l'atto di autonomia con il quale si manifesta il "consenso esplicito" dell'art. 22 GDPR – accogliendo la prospettiva qui promossa – dovrà essere sottoposto al sindacato di liceità con la conseguenza che dovrebbe ritenersi invalido l'esplicito consenso del Sig. Leon a farsi perseguire in quanto persona impulsiva e di basso reddito. Seppure il discorso abbisognerebbe di più ampia trattazione, sembra corretto affermare più generalmente che quando il consenso viene richiesto e prestato per generiche e non meglio specificate finalità di profilazione, di *marketing* o di *targeting*, così come quando si utilizza la base del legittimo interesse ex art. 6 par. 1 lett. *f*), il consenso si deve ritenere validamente prestato, e la base del legittimo interesse si deve intendere validamente utilizzata, soltanto per (e limitatamente a) specifiche finalità di profilazione, di *marketing* e *targeting* legittime e con esclusione di ogni specifica finalità (di profilazione, di *marketing* e *targeting*) illegittima²⁹.

In questo contesto, sembra opportuno ricordare il parere congiunto EDPB-GEPD n. 5/2021 del 18 giugno 2021 sulla proposta di *Artificial Intelligence Act*³⁰.

Questo parere, praticamente coevo alle Linee Guida prima commentate, indica senza dubbio come anche l'EDPB e il Garante europeo siano sensibili alla prospettiva funzionale. È un parere molto importante. Mi limito qui a richiamare la parte in cui si avversano i sistemi di IA di rilevamento delle emozioni (lo stesso si fa per la categorizzazione biometrica) per l'immediata comparazione che può farsi relativamente all'esempio 8 delle citate Linee Guida, ossia l'esempio dell'impulsivo Sig. Leon.

Nel punto 35 di questo parere congiunto così si legge: "[...] l'EDPB e il GEPD ritengono che

l'utilizzo dell'IA per dedurre le emozioni di una persona fisica sia assolutamente inopportuno e dovrebbe essere vietato, ad eccezione di taluni casi d'uso ben specificati, ossia per finalità sanitarie o di ricerca (ad esempio pazienti per i quali il riconoscimento delle emozioni è rilevante), sempre applicando idonee tutele e, naturalmente, nel rispetto di tutte le altre condizioni e restrizioni relative alla protezione dei dati, compresa la limitazione delle finalità".

È evidente come questa chiara – e del tutto condivisibile – presa di posizione mal si concili con una soluzione ermeneutica che consente di sfruttare l'impulsività del Sig. Leon sulla base di un suo consenso esplicito ex art. 22 GDPR. Da qui la promozione di una diversa interpretazione anche dell'art. 22 GDPR, nei termini sopra riassunti.

Sia consentito infine di notare molto brevemente che qui non sono in gioco soltanto i dati personali del Sig. Leon, e nemmeno, più generalmente, i diritti fondamentali del solo Sig. Leon, perché l'invalidità a motivo della illiceità è a tutela di un interesse della collettività: la collettività non vuole che i dati personali di alcuno vengano utilizzati per identificare e avvantaggiarsi di situazioni soggettive di vulnerabilità decisionale e comportamentale delle persone, *anche di persone diverse dall'interessato* dei cui dati personali si tratti.

E di conseguenza aggiungiamo qualcosa che potrà apparire troppo spinta in avanti, ma che, a ben vedere è solo coerente all'impostazione proposta, e si ricava dalle norme esistenti: anche laddove i dati personali venissero immediatamente e definitivamente anonimizzati, deve ritenersi che la collettività non ammette che essi vengano utilizzati *per addestrare sistemi di IA persecutori, manipolativi, discriminatori: perché sono finalità illecite*.

Dobbiamo in definitiva mettere bene a fuoco che l'uso illecito di dati personali - e per uso illecito intendo anche *l'addestramento di sistemi di IA lesivi di diritti fondamentali di persone diverse dall'interessato* - è da vietarsi nel superiore interesse della collettività, *perché non vogliamo che il nuovo volto della nostra società sia costruito da sistemi di IA distorsivi e discriminatori, addestrati con i dati personali* (anonimizzati o meno: non importa) *di nessuno*: nell'epoca dei sistemi di IA (addestrati con dati personali, anonimizzati o meno) non è più in gioco soltanto il *controllo* sui propri dati personali, ma l'*uso* che ne fanno i sistemi di IA.

Un'altra conseguenza sul piano applicativo, ma possiamo fare solo un rapido cenno, è sulla direttiva (UE) 2019/770, dove si parla di impegno del consumatore "di fornire dati personali" (ugualmente nella nostra legge di attuazione: art. 135-*octies* co. 4

²⁸ Regolamento (UE) 2022/868 del 30 maggio 2022 relativo alla governance europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724.

²⁹ Si ricorda che secondo l'*Information Commissioner's Office* "Lawfulness also means that you don't do anything with the personal data which is unlawful in a more general sense": ICO, *Guide to the General Data Protection Regulation (GDPR)*, disponibile al link <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/principles/lawfulness-fairness-and-transparency/>

³⁰ https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/edpb-edps-joint-opinion/edpb-edps-joint-opinion-52021-proposal_it

codice del consumo³¹): non riteniamo corretto leggere - come da alcuni proposto - che si tratta dell'impegno del consumatore "a prestare il consenso": quella norma presuppone che il consenso sia stato già prestato e deve essere un consenso *privacy* come previsto dalla normativa, quindi non solo libero, informato, inequivocabile e specifico, ma anche per finalità legittime: un atto di autonomia assistito da una causa lecita. Il tema della struttura³², si ripete, non può essere qui affrontato, ma ci sembra significativo aver svolto, con queste osservazioni, quello della funzione.

6. Conclusioni e aperture

Per la comprensione e traduzione del fenomeno della *data economy* in termini di razionalità giuridica, sembra necessario ed utile promuovere, *in aggiunta* alla tradizionale interpretazione dei requisiti dell'atto di autonomia che fa leva sulla *libertà del consenso*, una lettura della normativa esistente orientata anche alle *funzioni*. La *prospettiva funzionale* (che presuppone l'abbandono della più tradizionale concezione autorizzatoria del consenso *privacy* in favore dell'affermazione della sua natura di atto di autonomia) consente di vedere le ragioni tipiche di favore *degli interessati* e *del legislatore* verso determinate finalità di trattamento (*funzioni lecite*), e, al contempo, di disegnare i *limiti dell'area dell'autonomia privata* in termini di reazione giuridica a finalità lesive di diritti fondamentali e di interessi super-individuali, ossia della collettività (*funzioni illecite*).

³¹ L'art. 1 D.Lgs. 173/2021 del 4 novembre 2021 ha introdotto, dopo il capo I del titolo III della parte IV c. cons., il nuovo capo I-bis (art. 135-octies ss. c. cons.), relativo ai contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali. L'art. 135-octies, co. 4 c. cons. così reca: "Le disposizioni del presente capo si applicano altresì nel caso in cui il professionista fornisce o si obbliga a fornire un contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si obbliga a fornire dati personali al professionista, fatto salvo il caso in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati esclusivamente dal professionista ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale a norma del presente capo o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui è soggetto il professionista e quest'ultimo non tratti tali dati per scopi diversi da quelli previsti".

³² Per una prima indicazione sulla varietà delle ricostruzioni proposte in dottrina sulla struttura del consenso *privacy* in rapporto alla disciplina recata dalla direttiva (UE) 2019/770 cfr. G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto*, cit., p. 55 ss., spec. p. 75; C. IRTI *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, cit.; V. RICCIUTO, *L'equivoco della privacy. Persona vs dato personale*, cit.; A. DE FRANCESCHI, *Personal data as Counter-Performance*, in *Privacy and Data Protection in Software Services*, cit.

La prospettiva funzionale sembra ulteriormente necessaria nel quadro dell'erigendo diritto europeo dei dati, nel quale si delinea ormai con nettezza un *divieto di uso dei dati personali con finalità o effetti distorsivi del comportamento delle persone e con finalità o effetti discriminatori*. Accettata come valida e giustificata dalla normativa esistente la prospettiva funzionale, il tema che si propone e che si apre è – naturalmente – quello dell'individuazione e della promozione delle condizioni per assicurare una coerenza e una possibilità di efficiente funzionamento del sindacato di legittimità sulle finalità del trattamento dei dati personali e di liceità dell'atto di autonomia nel quadro delle molte normative che vanno componendo il diritto europeo dei dati, e delle inerenti attribuzioni di competenze tra le diverse autorità (nazionali ed europee) ed organi giurisdizionali.

Due ultime osservazioni sulla parola 'causa' e sull'ingegnerizzazione delle specifiche finalità di trattamento dei dati personali.

A proposito dell'atto di autonomia in che consiste il consenso al trattamento dei dati personali, al posto o come sinonimo della parola 'causa', può usarsi, e abbiamo usato, la parola 'funzione', o 'finalità'; ed è un uso che, anche nella prospettiva della promozione di una interpretazione ed applicazione uniformi del diritto europeo, andrebbe privilegiato. Quando interpretiamo il GDPR, dobbiamo mirare a farci capire in Europa e nel mondo e dobbiamo aspirare a soluzioni ermeneutiche di massima armonizzazione³³. Parliamo di un controllo e di un giudizio di liceità del consenso *privacy* che abbia come oggetto granulare le specifiche finalità del trattamento.

La granularità dell'oggetto del giudizio di liceità si ricava dalla stessa lettera del GDPR, che, non a caso, parla di "specifiche" finalità di trattamento; ed è nelle "cose" di cui parliamo, perché si riscontra nella loro ingegnerizzazione, ossia nell'ingegnerizzazione delle finalità di trattamento. Nel mondo in cui viviamo, caratterizzato dall'ubiquità del *software*, il tema del trattamento dei dati personali assume la più vasta dimensione relativamente ai dati personali digitalizzati. Il loro

³³ Sappiamo che la parola 'causa' può comportare discussioni interminabili oltre che problemi di traduzione in altre lingue, e in particolare nella lingua inglese; ma questo non vuol dir nulla perché è riconosciuto da tutti e a qualunque latitudine un sindacato sulla funzione degli atti di autonomia; anche i francesi, che hanno eliminato formalmente il requisito della causa dal *code civil* (per rendere il loro ordinamento più attraente), non hanno affatto con ciò eliminato, bensì hanno confermato, il sindacato di liceità sulla funzione o fine (*but*) del contratto. Cfr., da ultimo e per tutti, R. FORNASARI, *Causa, meritevolezza e razionalità del contratto*, Milano, 2022, p. 267 ss.





trattamento viene affidato ad algoritmi, progettati per perseguire specifiche finalità (specifiche finalità di trattamento dei dati personali).

Tale ingegnerizzazione - al contrario di quanto potrebbe dirsi a prima vista - consente un maggiore controllo ed un più efficace, effettivo e granulare contrasto delle finalità di trattamento *illegittime*. Ciò in quanto le specifiche finalità di trattamento vengono ingegnerizzate in *prodotti* software. Il tema che si apre a partire da queste osservazioni, è quello del contrasto di determinati prodotti *software*, ed in particolare del contrasto di determinati sistemi *software* di intelligenza artificiale (*machine learning*) che perseguono finalità di trattamento *illegittime*, come i sistemi di intelligenza artificiale che sono idonei a distorcere il comportamento delle persone e i sistemi di intelligenza artificiale discriminatori. Come noto, tale tema è stato da ultimo affrontato nella proposta di *Artificial Intelligence Act*³⁴, relativamente ai sistemi *software* di intelligenza artificiale, nella prospettiva della legislazione europea dei prodotti, sotto l'angolo regolatorio delle condizioni per l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'uso di determinati sistemi di intelligenza artificiale sulla base di un approccio c.d. *risk based*, avuto cioè riguardo a certi fattori di rischio, intesi quali fattori di pericolosità dei prodotti, specificamente per la loro idoneità a ledere diritti fondamentali delle persone³⁵. Indipendentemente dal giudizio che possa darsi sull'architettura e sulle specifiche soluzioni di cui alla proposta normativa in questione³⁶, ci sembra che si tratti, relativamente al nostro tema, di una indicazione che conferma la necessità di promuovere un controllo e un giudizio granulare sul consenso *privacy* nella direzione funzionale indicata in questa sede: ossia affermando che il consenso *privacy* ai sensi degli artt. 6, 9 e 22 GDPR debba ritenersi validamente reso solo per specifiche finalità di trattamento di dati personali *legittime*. Con la conseguenza che per legge certe specifiche finalità di trattamento (quali quelle

ingegnerizzate nell'algoritmo dell'esempio istituzionale del Sig. Leon, volto a bersagliare specificamente persone impulsive e di basso reddito) devono ritenersi illegittime e *l'atto di consenso dell'interessato deve ritenersi validamente prestato per legge solo e limitatamente a finalità di trattamento legittime*.

È, come può facilmente intendersi, una conclusione che attende uno svolgimento teorico: la teorizzazione di una possibile *nullità parziale* dell'atto di consenso *privacy* relativamente alle sole specifiche finalità *illegittime*, e una messa a punto delle categorie per predicare l'illiceità e l'invalidità totale o parziale dell'atto di autonomia-consenso *privacy* a partire dal contrasto delle specifiche finalità di trattamento con norme imperative, con principî raccolti in formule quali i "nostri" ordine pubblico e buon costume, e, più generalmente, a partire dalla lesione dei diritti fondamentali riconosciuti dal diritto europeo. In proposito, sembra corretto ammonire di evitare automatismi dogmatici nazionali, perché l'ambito normativo interessato dalla teorizzazione in questione è - lo si sottolinea di nuovo - di diritto europeo.

Ed è, infine, una conclusione che attende anche uno svolgimento tecnologico. Ed infatti, se, come risaputo, all'ingegnerizzazione del trattamento dei dati personali digitali si è già risposto con *software* a tutela della *privacy*, ossia disegnati per individuare trattamenti lesivi del complesso dei diritti tradizionalmente associati alla protezione assicurata agli interessati dal GDPR³⁷, la medesima tecnologia è senz'altro idonea ad essere impiegata per sottoporre le specifiche finalità di trattamento dei dati personali ingegnerizzate in prodotti *software*, a più ampi test e controlli di legittimità, eccedenti la tutela *privacy*, e comprensivi della tutela di tutti i diritti fondamentali.

Ci sembra che si tratti di svolgimenti tutti necessari alla luce del complesso delle normative europee che si vanno sistemando intorno al GDPR, e anche storicamente giustificati: il consenso *privacy* non può più correttamente intendersi come

³⁴ Si fa riferimento alla Proposta COM(2021) 206 *final* del 21.4.2021 di Regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione sull'intelligenza artificiale (proposta di *Artificial Intelligence Act*).

³⁵ Cfr. art. 65 par. 1 proposta di *Artificial Intelligence Act*: "Un sistema di IA che presenta un rischio è inteso come un prodotto che presenta un rischio definito all'articolo 3, punto 19, del regolamento (UE) 2019/1020 per quanto riguarda i rischi per la salute o la sicurezza o per la tutela dei diritti fondamentali delle persone".

³⁶ Per una prima indicazione, anche bibliografica, sia consentito rinviare a S. ORLANDO, *Regole di immissione sul mercato e «pratiche di intelligenza artificiale» vietate nella proposta di Artificial Intelligence Act*, in *Persona e mercato* 3/2022, p. 346 ss.

³⁷ Cfr. da ultimo, anche per maggiori riferimenti bibliografici, A. BERNES, *Privacy Enhancing Technologies, trasparenza e tutela della persona nell'ambiente digitale*, in *Annuario OGID 2022- Yearbook JODI 2022*, a cura di S. Orlando e G. Capaldo, Roma, Sapienza Università Editrice, 2022, p. 23 ss.; e v. anche M. RATTI, *Protezione dei dati fin dalla progettazione e protezione dei dati per impostazione predefinita*, in *Codice della Privacy e data protection*, a cura di R. D'Orazio, G. Finocchiaro, O. Pollicino, Milano, 2021, p. 410 ss.; H. HAAPIO, M. HAGAN, M. PALMIRANI, A. ROSSI, *Legal Design Patterns for Privacy*, in E. Schweighofer et Al. (a cura di), *Data Protection / LegalTech, Proceedings of the 21th International Legal Informatics Symposium 2018*, Berna, 2018, pp. 445-450.

una *conventio nuda*, tanto meno nell'epoca dell'economia dei dati.

IL FAVOR PER LO STATO DI FIGLIO TRA VERITÀ BIOLOGICA E INTERESSE DEL MINORE

Di Antonio Gorgoni

| 540

SOMMARIO: 1. *Oggetto dell'analisi: verità, responsabilità e interesse del minore nella conservazione e costituzione dello stato di figlio.* – 2. *Tre periodi della filiazione. I primi due: dal favor legitimatis al favor veritatis.* – 3. *(Segue) Il terzo periodo: relatività della verità biologica e interesse del minore allo stato di figlio.* – 4. *La conservazione dello stato di figlio quale conseguenza dell'assunzione di responsabilità e della tutela dell'identità personale del minorenne: l'art. 244 ultimo comma c.c.* – 5. *(Segue) L'art. 263 c.c. e il c.d. «riconoscimento di compiacenza».* – 6. *Specialità della disciplina della procreazione assistita: verità e assunzione di responsabilità.* – 7. *Dalla filiazione non biologica al valore della costituzione dello stato di figlio nella procreazione medicalmente assistita a prescindere dalla tecnica utilizzata e dal luogo di nascita.* – a) *La gestazione per altri e la prima sentenza della Cassazione a Sezioni Unite (2019).* – b) *La seconda sentenza della Cassazione a Sezioni Unite (2022) e il rafforzamento della posizione del nato.* – c) *La procreazione eterologa effettuata all'estero.* – 8. *Crisi del rapporto genitoriale, saldezza del legame genetico e doppia famiglia: la c.d. «adozione mite».* – 9. *Conclusione: la costituzione/conservazione dello status filiationis quale elemento essenziale dell'unicità dello stato di figlio e la proposta di regolamento europeo sulla genitorialità.*

ABSTRACT. *L'evoluzione della famiglia e della filiazione induce l'interprete a ravvisare oltre al favor veritatis anche un favor per la costituzione e la conservazione dello stato di figlio. Lo si deduce da diversi indici normativi: dalla nozione di vita familiare di cui all'art. 8 Cedu come enucleata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, dagli artt. 8 e 9 della legge n. 40/2004 sulla procreazione assistita, da alcune disposizioni sulle azioni di stato, dal diritto all'identità personale del minore e dalla rilevanza costituzionale della parentela posta in rilievo dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 79/2022. Il favore normativo per la costituzione dello stato di figlio assurge a elemento fondamentale per la soluzione delle problematiche relative soprattutto alla tutela del figlio nato dalla procreazione medicalmente assistita effettuata all'estero per superare i limiti di accesso ad essa stabiliti dagli artt. 4 e 5 della legge 40/2004. Anche la conservazione dello stato di figlio è un valore ordinamentale che esige di contenere sia l'esercizio delle azioni di stato ablative dello status filiationis sia l'adozione piena a beneficio della c.d. «adozione mite». Lo stato di figlio è, dunque, una condizione da valutare e da promuovere rispetto non soltanto alla verità biologica, ma soprattutto all'interesse del minore. Se ne trae un'ulteriore conferma dalla proposta di regolamento dell'Unione europea sulla circolazione dello stato di figlio.*

The evolution of the family and filiation leads the interpreter to recognize, in addition to the favor veritatis, also a favor for the establishment and preservation of the status of a child. This can be deduced from various regulatory indices: from the notion of family life referred to in art. 8 ECHR as enucleated by the European Court of Human Rights, by Articles 8 and 9 of the law n. 40/2004 on assisted procreation, by some provisions on state actions, by the right to personal identity of the child and by the constitutional relevance of kinship highlighted by the Constitutional Court in sentence no. 79/2022. The regulatory favor for the establishment of the status of a child becomes a fundamental element for the solution of the problems relating mostly to the protection of the child born from medically assisted procreation carried out abroad to overcome the limits of access to it established by Articles 4 and 5 of law 40/2004. Even the preservation of the status of a child is a legal value that is appreciated in the need to contain the exercise of ablative state actions of the status filiationis and the full adoption for the benefit of the so-called "mild adoption". The status of a child is, therefore, a condition to be evaluated not only with respect to biological truth but above all to the interest of the minor. Further confirmation can be drawn from the proposal for a regulation of the European Union on the circulation of the status of child.



1. Oggetto dell'analisi: verità, responsabilità e interesse del minore nella conservazione e costituzione dello stato di figlio.

Favor veritatis e interesse del minore sono due sintagmi che, nella reciproca necessaria interazione, conformano la decisione giudiziale sullo stato di figlio. Il primo esprime la tendenziale predilezione dell'ordinamento per la derivazione genetica quale fondamento della filiazione; il secondo, perno della «EU Strategy on the rights of the child»¹, relativizza tale fondamento, considerato che l'identità del minore di età si struttura in ragione dell'accudimento duraturo e non soltanto del mero legame biologico².

¹ La Commissione europea nel 2022 ha pubblicato un importante documento intitolato «EU Strategy on the rights of the child» con due allegati: uno denominato «EU acquis and policy documents on the rights of the child», l'altro «EU and international framework». La Commissione propone una serie di azioni mirate rispetto a sei aree tematiche. Nella quarta area intitolata «Child-friendly justice: an EU where the justice system upholds the rights and needs of children» si afferma a pag. 14 quanto segue: «Judicial proceedings must be adapted to their age and needs, must respect all their rights and give primary consideration to the best interests of the child». Ancora: «national justice system must be better equipped to address children's needs and rights».

² Fondamentale è il richiamo dell'art. 3 Conv. New York («Sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza») del 1989 ratificata con legge n. 176/1991 che, da un lato, impone il perseguimento dell'interesse superiore del fanciullo in ogni decisione giudiziale, dall'altro, pone a carico degli Stati parti il dovere di «assicurare al fanciullo la protezione e le cure necessarie al suo benessere». La protezione del fanciullo, come stabilisce l'art. 8 della medesima Convenzione, esige anzitutto che gli Stati parti rispettino «il diritto del fanciullo a preservare la propria identità, ivi compresa la sua nazionalità, il suo nome e le sue relazioni familiari, così come riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali [corsivo mio]». Rilevanti sono anche gli artt. 12 e 16 della Conv., rispettivamente sul diritto del fanciullo di vedere presa in considerazione la sua opinione e sul divieto di interferenze arbitrarie e illegali nella propria vita familiare. Si segnala anche la Risoluzione del Parlamento europeo del 5 aprile 2022 «Tutela dei diritti dei minori nei procedimenti di diritto civile, amministrativo e di famiglia», in cui si «esorta gli Stati membri a rispettare il diritto di ogni minore a mantenere contatti personali e diretti con ciascun genitore, indipendentemente dalla composizione del nucleo familiare o dal legame biologico, a meno che tali contatti non siano contrari all'interesse superiore del minore» [corsivo mio]. Vi è, insomma, un quadro normativo e programmatico in cui la verità genetica non domina la scena della filiazione, dovendo essa confrontarsi con il concreto interesse del minore e con i legami familiari in atto, i quali sono degni di considerazione anche se non basati sulla discendenza genetica. Si consideri che la questione dello stato di figlio e del fondamento della filiazione è interessata, come segnalato nella citata Risoluzione, da un incremento del numero dei bambini nati in famiglie con un elemento di carattere transfrontaliero. Il che induce, secondo il punto «O» della Risoluzione, a «stabilire norme armonizzate a livello dell'UE in materia di diritto civile e di famiglia transfrontaliero».

Se non vi è un'assoluta corrispondenza tra verità genetica e miglior interesse del minore³, è evidente che nelle azioni volte a eliminare lo stato di figlio – *id est*: disconoscimento della paternità, contestazione dello stato di figlio e impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità – il *favor veritatis* non è l'unico valore rilevante né quello decisivo, poiché l'affermazione della verità biologica è influenzata dal concreto interesse del minore a conservare lo stato di figlio (non genetico) esistente.

La rilevanza dell'interesse del minore nelle azioni di stato emerge non tanto dalla normativa specifica del codice civile, tant'è che è stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 cod. civ.⁴, quanto piuttosto dal sistema delle fonti sovraordinate alla legge ordinaria. Il quale sistema impone di bilanciare la verità biologica, quale criterio fondante dello *status filiationis*, con il diritto del minore al rispetto della propria vita familiare (art. 8 Cedu). Il cui significato si appunta, com'è noto, sulla stabile relazione affettiva non necessariamente basata sulla discendenza di sangue. Così vita familiare e identità personale, entrambi oggetto di attenzione giurisprudenziale crescente⁵, si intrecciano e

³ L. LENTI, *Diritto della famiglia*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, 2021, 214-218; M. SESTA, *La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell'attuale disciplina giuridica della filiazione*, in *Fam. e dir.*, 2021, 7, 763 ss.; A. MENDOLA, *Le mobili frontiere della filiazione*, Pisa, 2020, 113 ss.; A.G. GRASSO, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 757 ss.; ID., *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Torino, 2022; A. C. NAZZARO, *Il difficile rapporto tra genitorialità e famiglia tra indicazioni giurisprudenziali e novità legislative*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, 850 ss.; U. SALANITRO, *Azioni di stato e favor minoris tra interessi pubblici e privati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 552 ss.; A. SASSI, *Filiazione intenzionale e interesse del minore*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, 2, 531 ss.; R. SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover essere*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, 980 ss.; V. SCALISI, *Maternità surrogata: come «far cose con regole»*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1097 ss.; G. RECINTO, *La genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Napoli, 2016, 79 ss.; F. QUARTA, *Volontà e consolidamento della filiazione. A proposito del controllo di meritevolezza sull'impugnazione del riconoscimento consapevolmente falso*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 978 ss.

⁴ Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Corriere giur.*, 2018, 4, 446 ss., con nota di G. FERRANDO, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*; in *Giur. it.*, 2018, 1830 ss., con nota di E. FALLETTI, *Il riconoscimento in Italia dello status di figlio nato surrogacy straniera*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 8-9, 4, 540 ss., con nota di A. GORGONI, *Art. 263 c.c.: tra verità e conservazione dello status filiationis*. Cfr. anche E. DEL PRATO, *Status di figlio: autore sponsabilità e verità*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 4, 742 ss.; B. CECCHINI, *L'interesse del minore nell'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, 1, 217 ss.

⁵ A. AMENDOLA-M. R. MARELLA, *Identità e riproduzione sociale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2022, 1, 1 ss., sottolineano come l'emergere dell'identità personale, soprattutto nella giurispru-

fanno risaltare l'interesse del fanciullo a conservare i legami di parentela acquisiti a prescindere dalla linea biologica.

L'interesse del minore, insomma, impone talvolta di conservare lo stato di figlio non veridico. Ne consegue che, in tale eventualità, gli artt. 244 ult. co. cod. civ. e 263 cod. civ. sono da interpretare sistematicamente, recuperando la complessità della filiazione che rifugge dal bipolarismo semplicistico, esistito in passato, caratterizzato dall'alternativa secca verità/falsità della filiazione rispetto al solo parametro genetico. Piuttosto va sottolineato come il passaggio dal *favor veritatis* al *favor stabilitatis* implichi un'attenta valutazione del caso concreto da collocare nel rinnovato quadro assiologico e regolativo della filiazione⁶. Non si intende dire che il sistema ordinamentale si sia spostato bruscamente da un versante all'altro: dalla verità alla stabilità. Piuttosto occorre avere contezza che i diritti fondamentali e le *rationes* sottese a ciascun *favor* devono integrarsi e bilanciarsi ragionevolmente al fine di attuare il preminente interesse del minore.

Del resto, neppure nella filiazione c'è spazio per un valore che annichilisca gli altri valori potenzialmente confliggenti. Vi sono invece più posizioni giuridiche soggettive da bilanciare, sebbene l'interesse del minore abbia un peso maggiore⁷. Queste posizioni sono per quanto ci interessa: l'interesse del genitore non genetico nei cui confronti si è ugualmente costituito lo stato di figlio a far emergere la verità, l'interesse del genitore genetico che non figuri nell'atto di nascita a esercitare il proprio diritto a mantenere, educare e istruire il fi-

denza, rappresenti «l'emblema dell'evoluzione del diritto privato in senso personalistico»; un diritto che assumere doverosamente su di sé la «complessità della persona umana». Personalismo e complessità umana escludono l'ideologia della opposizione di una identità a un'altra, privilegiando, invece, la logica della relazione con gli altri e una «soggettività più larga e inclusiva». Ma allora – si può aggiungere – anche la filiazione deve essere ripensata in ragione di una soggettività, quella del minore di età, scevra da contenuti rigidi, dove il rapporto con il genitore assume, come vedremo, valore decisivo in funzione conservativa o costitutiva dello stato di figlio.

⁶ G. VETTORI, *Il pensiero di Mario Nuzzo nell'unità plurale di una Grande Scuola*, in *Persona e mercato*, 2022, 1, 9, recupera l'invito di Mario Nuzzo al giurista di confrontarsi con i dati reali, dovendo la riflessione muovere non già dai concetti ma dai problemi, per riadattare i concetti al fine di individuare gli strumenti tecnici più adeguati al caso concreto secondo una ricostruzione coerente del sistema.

⁷ Cass. ord., 21 gennaio 2022, n. 1842, in *Banca dati-leggi d'Italia*. Secondo L. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., 89, deve ammettersi, traendo argomento dall'art. 3 co. 1, della Conv. sui diritti del fanciullo, che l'interesse del minore è «un parametro di giudizio, ma non l'unico parametro». Questa posizione è stata accolta dalle più recenti pronunce della Corte costituzionale (n. 272/2017, n. 127/2020 e 33/2021).

glio (art. 30, comma 1°, Cost)⁸ e l'interesse del figlio stesso a salvaguardare la propria identità attraverso la conservazione del proprio status⁹, soprattutto, come vedremo, in alcuni casi del procreazione medicalmente assistita (PMA).

Lo scenario è, tuttavia, ancora più articolato, poiché oltre a esservi l'interesse del figlio a conservare il proprio *status filiationis*, potrebbe sussistere l'interesse a costituirlo. Si consideri la rilevanza che assume sia il rapporto tra il cosiddetto «genitore d'intenzione» e il nato dalla surroga biologica di maternità o dalla procreazione eterologa omosessuale sia il fenomeno della genitorialità sociale. Tutto questo si colloca in un contesto giuridico in cui la relazione affettiva ha valore normativo.

La filiazione, insomma, non è caratterizzata dal dominio del *favor veritatis*, ma dalla dialettica tra verità e interesse del minore alla conservazione o costituzione dello stato di figlio. Su questo si intende riflettere rispetto ad alcune fattispecie di procreazione naturale o medicalmente assistita. Sono la *conservazione* e la *costituzione* dello *status filiationis* i due profili oggetto di analisi, i quali esigono la presa d'atto del pluralismo dei valori fondativi della filiazione: verità e responsabilità declinati in funzione del preminente interesse del minore.

Ebbene, nel tentativo di interpretare sistematicamente talune disposizioni, come quelle contenute negli artt. 244 ult. comma cod. civ., 263 cod. civ. e 8 l. n. 40/2004 («Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»), è utile distendere un sintetico filo storico. La prospettiva diacronica rafforza la consapevolezza dello sviluppo ordinamentale e delle sue ragioni, favorendo soluzioni più armoniche con la cultura civilistica europea.

2. Tre periodi della filiazione. I primi due: dal *favor legitimitatis* al *favor veritatis*.

La linea storico-evolutiva della filiazione è essenziale per comprendere il presente e per orientare l'attività giudiziale e legislativa. Essa consente di cogliere il tratto più significativo della filiazione,

⁸ Il padre vero non è legittimato ad agire in giudizio con l'azione di disconoscimento della paternità; dunque, egli non ha modo di superare la presunzione di paternità di cui all'art. 231 c.c. se non nei ristretti limiti dell'art. 244, ult. co., c.c. Sul punto si tornerà più avanti.

⁹ È venuta meno – e la giurisprudenza lo ha riconosciuto – l'idea che identità personale si inveri solo nel legame genetico e quindi nello stato di figlio conforme a questo legame; in verità anche la conservazione del rapporto con il genitore non genetico può essere funzionale alla tutela dell'identità del figlio, il quale identifica il proprio genitore in quella figura. Ne sono consapevoli sia la Corte costituzionale sia la Corte di Cassazione.

ancora in parte inespresso. Lo si indentifica nella rilevanza dell'assunzione di responsabilità quale fondamento di rapporti giuridici familiari, cui si lega tendenzialmente lo stato di figlio¹⁰. Si fissino allora i tratti principali dell'itinerario normativo, ponendo la lente di ingrandimento retrospettiva sulla disciplina delle azioni di stato. È questo un angolo di osservazione ricco di ritorni concettuali, poiché la congerie di tutele restituiscono un'immagine nitida dei valori ordinamentali.

Sono distinguibili con un po' di approssimazione tre periodi in quasi 160 anni. Il primo si è sviluppato dal 1865 fino alla riforma del diritto di famiglia del 1975 esclusa, durante il quale sulla verità della procreazione – vera perché basata sul legame genetico tra generante e generato – ha prevalso la stabilità della filiazione legittima a tutela della saldezza del matrimonio. Il codice civile dell'epoca non attribuiva alcuna protezione ai figli adulterini, se non nel ristretto ambito alimentare; inoltre, soltanto il marito poteva agire con l'azione di disconoscimento della paternità. Vi erano, infine, ampie restrizioni all'accertamento della paternità/maternità naturale.

La finalità di quest'impianto normativo era, come si accennava sopra, non già di tutelare il figlio matrimoniale e la sua identità, ma di garantire l'onore familiare e l'intangibilità del matrimonio. Nell'idea del tempo soltanto il matrimonio assicurava una vita ordinata, svolgendosi così una funzione pubblica di salvaguardia dell'ordine sociale e morale. Di conseguenza la filiazione nata nel matrimonio era l'unica legittima, ossia approvata e favorita dalla legge, la quale finiva con l'incentivare le coppie a contrarre

matrimonio¹¹. Lo Stato, tramite la disciplina della filiazione, induceva a sposarsi e a valutare negativamente la convivenza di fatto quale formazione sociale in cui crescere i figli.

L'entrata in vigore della Costituzione ha mutato radicalmente l'assiologia della famiglia e della filiazione¹², ponendo le basi del secondo periodo che si dispiega dalla già richiamata riforma del 1975 fino alla riforma della filiazione 2012-2013 esclusa.

In questo torno di anni il *favor legitimitatis* è stato progressivamente sostituito dal *favor veritatis*, segno, questo, di un rafforzamento della persona rispetto alle ragioni di stampo pubblicistico che ammantavano l'istituto del matrimonio. Il legislatore e i giudici hanno attuato sempre più incisivamente il principio personalistico, dismettendo l'idea che qualsivoglia formazione sociale potesse conculcare i diritti della persona contro la sua personalità e identità.

¹⁰ P. PERLINGIERI, *Stagioni del diritto civile. A colloquio con Rino Sica e Pasquale Stanzone*, Napoli, 2021, 91, afferma che «la compresenza della responsabilità nella libertà individuale richiede collaborazione e solidarietà. L'interesse individuale di ciascun familiare non è pensabile se non in relazione a quello degli altri familiari: l'interesse di ciascuno diviene in varia misura interesse degli altri, la convivenza (e i bisogni che il suo svolgimento volta a volta manifesta) è interiorizzata». Responsabilità e solidarietà interagiscono, allora, anche nel rapporto familiare di filiazione, rendendo giuridici profili non espressamente normati come quello del c.d. «secondo genitore sociale» o del «terzo genitore» (cfr. sul punto A. CORDIANO, *Alcune riflessioni a margini di un caso di surrogacy colposa. Il concetto di genitorialità sociale al banco di prova delle regole vigenti*, in *Dir. pers. fam.*, 2017, 2, 473 ss.). Se l'assunzione di responsabilità della crescita del figlio del partner da parte del nuovo compagno/companna rende rilevante a certe condizioni tale rapporto, è evidente che l'uccisione del figlio implica la risarcibilità del danno non patrimoniale subito non solo dal genitore giuridico ma anche dal genitore di fatto (Cass., 21 aprile 2016, n. 8037, in *Fam. e dir.*, 2017, 4, 329 ss., con nota di L. LA BATTAGLIA, *Il danno non patrimoniale da perdita del figlio del partner: variazioni sul tema della famiglia di fatto*; in *Danno e resp.*, 2017, 1, 30 ss., con nota di A. GARIBOTTI, *Il risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale nell'ambito delle famiglie ricostituite e nelle unioni civili*).

¹¹ R. CATERINA-L. LENTI, *La famiglia*, in *Trattato del diritto privato*, diretto da S. Mazzamuto, Torino, 2022, 2 ss. sottolineano il legame «strettissimo», oggi «molto allentato», tra nascita e matrimonio. Sull'evoluzione della famiglia cfr. *amplius*: P. ZATTI, *Familia familiae – Declinazione di un'idea*. I. *La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, 13 ss.; P. RESCIGNO, *Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche*, in *Familia*, 2002, 11; F. D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 4, 509 ss.; F. D. BUSNELLI-M. C. VITUCCI, *Frantumi europei di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 4, 767 ss.; V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità ad oggi, parte prima, Dalla famiglia-istituzione alla famiglia-comunità: centralità del rapporto e primato della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 5, p. 1043 ss. e ivi 2013, 6, 1287 ss., parte seconda, *Pluralizzazione e riconoscimento anche in prospettiva europea*; V. SCALISI, *«Famiglia» e «famiglie» in Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1, 7 ss.; T. AULETTA, *Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma*, in *Nuove leggi, civ. comm.*, 2015, 3, 615 ss.; F. D. BUSNELLI, *Il diritto di famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 6, 1447 ss.; U. SALANITRO, *Per una riflessione sistemica sul diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 3, 563 ss.; M. SESTA, *La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell'attuale disciplina giuridica della famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2021, 7, 763 ss.; ID., *Mezzo secolo di riforme*, in *Fam. e dir.*, 2021, 1, 17 ss.; S. PATTI, *La famiglia: dall'isola all'arcipelago?*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 3, 507 ss.

¹² Diversi Autori hanno sottolineato il nesso tra la famiglia, nelle sue diverse declinazioni, e lo sviluppo della personalità umana, il che implica di valorizzare le esigenze individuali, temperate, però, dal principio di solidarietà, per cui l'interesse di ciascuno deve diventare anche interesse dell'altro in un sistema unitario di diritti, principi (quali quelli di democraticità, uguaglianza, pari dignità) e doveri. Cfr. *amplius* almeno: P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo la italo-europea delle fonti*, Napoli, 2020, vol. III, 337 ss. in particolare sul significato da attribuire al sintagma «unità della famiglia» di cui all'art. 29, co. 2, Cost; F. PROSPERI, *La famiglia «non fondata sul matrimonio»*, Napoli, 1980, 93 ss. soprattutto sull'applicazione analogica di disposizioni previste per i coniugi ai conviventi di fatto; G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, *passim*.



È la verità del legame genetico il nuovo valore espresso dall'ordinamento giuridico, l'asse portante della filiazione dove l'identità del figlio si salda con l'ascendenza biologica. Se lo stato di figlio dipende dal legame genetico, il quale fonda e impone i doveri genitoriali, dovevano progressivamente attenuarsi – ciò che è avvenuto – le diversità di disciplina tra filiazione legittima e filiazione naturale¹³.

Il ribaltamento di prospettiva emerge soprattutto da alcune novità contenute nella riforma del 1975. Sono stati aggiunti tra i legittimati all'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità la madre e il figlio (art. 243-bis, comma 1, c.c.) maggiorenni (art. 244, comma 5, c.c.). Così si è accresciuta la possibilità che emergesse la verità del legame filiale, non essendo più il marito l'unico soggetto da cui dipendevano le sorti dello stato di figlio legittimo e la stabilità del matrimonio. La legittimazione del figlio e del curatore speciale ai sensi dell'art. 244, ultimo comma, c.c. hanno invertito la gerarchia dei valori: non era più la filiazione a essere subordinata al matrimonio, ma era quest'ultimo (non più governato dal marito-padre) a cedere il passo all'interesse del figlio ad affermare la verità delle sue origini.

Quanto alla filiazione nata fuori del matrimonio, definita «naturale» dalla riforma del 1975, la dichiarazione giudiziale di paternità non era più limitata a pochi eccezionali casi. Qualora i genitori non riconoscessero il figlio, quest'ultimo poteva e può agire giudizialmente in qualunque momento per far costituire lo *status filiationis* (art. 270, comma 1, c.c.) in conformità all'art. 30, comma 1, Cost. È stato introdotto in sostanza il diritto allo stato di figlio, di cui è titolare anche il figlio nato fuori del matrimonio.

In quella prima complessiva riforma della famiglia, il predominio della verità emergeva anche dal disposto dell'art. 263 c.c. («Impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità») nella versione antecedente alla seconda riforma del 2012-2013. Esso prevedeva che tutti i legittimati attivi all'impugnazione per difetto di veridicità – *id est*: l'autore del riconoscimento, il riconosciuto e chiunque avesse interesse – potessero agire in qualunque tempo, essendo l'azione imprescrittibile. Dal 2013, com'è noto, non è più così, giacché la regola

¹³ Si noti che il legislatore valorizzava il matrimonio a scapito di altri modelli familiari e della tutela del singolo individuo. L'art. 180 del codice civile del 1865 stabiliva, infatti, il divieto di riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio da due persone «di cui anche una soltanto fosse al tempo del concepimento legata in matrimonio con altra persona». Il codice civile del 1942 intitolava il capo II del titolo VII (filiazione) del libro I «Della filiazione illegittima e della legittimazione», a sottolineare che la filiazione fuori del matrimonio rappresentava un modello riprovato dall'ordinamento e per questo regolamentato in modo deteriore rispetto alla filiazione matrimoniale.

dell'imprescrittibilità rischiava di danneggiare il figlio, il quale anche dopo diversi anni rischiava di perdere la figura paterna in ragione della scoperta della mancanza del legame genetico. Un eccesso di rilevanza del canone della verità è nemico del bene, come si vedrà in seguito.

Adesso però va ricordato che il legislatore non è stato l'unico a sospingere la verità. Questo nuovo corso, di matrice personalistica e identitaria, si è intensificato in virtù della pregevole opera della Corte costituzionale, la quale, con pronunce sul disconoscimento della paternità¹⁴, sulla dichiarazione giudiziale¹⁵ e sull'incesto¹⁶, ha consolidato il legame genetico quale fondamento della filiazione. Il che – preme sottolinearlo – è del tutto comprensibile, poiché la verità genetica, essendo legata all'identità personale del figlio, non doveva, nell'idea allora imperante, incontrare ostacoli né nelle azioni costitutive né in quelle ablative dello *status filiationis*.

Vero è che una filiazione dominata dal principio di verità è più agevole da ricostruire nei procedimenti giudiziari. Infatti, prima della riforma 2012/2013 e dell'ulteriore sviluppo da essa innescato, l'attività del giudice era più semplice, consistendo nel mero accertamento della presenza o meno del legame genetico. Il *decisum* sarebbe stato inevitabilmente conseguente. Ma questa prospettiva si è rivelata angusta, perché la genitorialità non è espressa soltanto dalla discendenza di sangue, bensì soprattutto dal prendersi cura del minore di età in ogni aspetto della sua vita a prescindere dalla generazione. Le situazioni in cui ciò accade sono diverse e tutte meritevoli di attenzione da parte del giurista,

¹⁴ Corte cost., 6 luglio 2006, n. 266, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 7, 628 ss., con nota di M. D. BEMBO, *Prova dell'adulterio e indagini ematogenetiche: la svolta della Consulta, sull'illegittimità dell'art. dell'art. 235, comma 1, n. 3, c.c. che subordinava l'esame delle prove tecniche alla previa dimostrazione dell'adulterio della moglie.*

¹⁵ Corte cost., 10 febbraio 2006, n. 50, in *Fam. e dir.*, 2006, 3, 237 ss., con nota di M. SESTA, *L'incostituzionalità dell'art. 274 c.c.: è ancora possibile la delibazione dell'interesse del minore?*, sull'incostituzionalità dell'art. 274 c.c. nella parte in cui prevede(va) una preliminare delibazione di ammissibilità dell'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità naturale.

¹⁶ Corte cost., 28 novembre 2002, n. 494, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002, 6, 1209 ss., con nota di L. DI PAOLA, *Figli incestuosi: una connotazione destinata a scomparire*, sull'incostituzionalità dell'art. 278, comma 1, c.c. nella parte in cui escludeva la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale e le relative indagini nel caso in cui, ai sensi dell'art. 251, comma 1, il riconoscimento dei figli incestuosi era vietato. La Consulta ha inteso così slegare la posizione del figlio incestuoso, cui è stata riconosciuta l'azione volta alla dichiarazione giudiziale dello stato di figlio, da quella dei genitori di mala fede che avevano commesso il reato di incesto. Con la riforma del 2012, com'è noto, la disciplina è stata modificata consentendo ai genitori di mala fede di riconoscere il figlio previa autorizzazione giudiziale.

senza assolutismi. Qui l'interprete deve trarre indicazioni proprio dalla linea evolutiva della filiazione e sottolineare, anzitutto, l'elasticità del principio di verità, ossia la sua idoneità a essere compresso da altri principi¹⁷.

3. (Segue) Il terzo periodo: relatività della verità biologica e interesse del minore allo stato di figlio.

Dopo l'ascesa della verità genetica, necessaria per superare una più risalente impostazione socio-culturale incompatibile con i valori costituzionali¹⁸, due fattori hanno palesato l'insufficienza del criterio veritativo quale ragione preminente giustificatrice della filiazione. Essi sono: il diritto al rispetto della vita familiare e la diffusione di una maggiore varietà strutturale dei rapporti familiari. La derivazione genetica non esprimeva più, compiutamente, la fenomenologia della filiazione, caratterizzata non solo dalla procreazione ma anche, in alternativa, dal rapporto incentrato sull'affettività e sull'assunzione di responsabilità del minore all'interno di un progetto procreativo o di una famiglia c.d. ricomposta.

Si pensi pertanto alla rilevanza giuridica della genitorialità sociale¹⁹ o dell'ascendenza di fatto²⁰,

¹⁷ L. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., 133 ss. sottolinea come la elasticità del principio di verità esista da secoli, come dimostra la dialettica con altri principi. L'Autore, in prospettiva diacronica, ne indica tre. Due ricordati con maggior frequenza: la difesa della famiglia legittima e il favore per la legittimità del figlio. Il terzo, ricordato più raramente, è l'ampia garanzia «dell'irresponsabilità maschile in caso di procreazione fuori dal matrimonio, fondamento dei limiti all'accertamento della paternità».

¹⁸ La dottrina più risalente ha rimarcato questo passaggio. Cfr.: A. M. SANDULLI, *Sub art. 30*, in *Comm. al dir. it. della fam.*, diretto da Cian-Oppo-Trabucchi, Padova, 1992, 62 ss., in particolare sul significato, già decisamente ridimensionato dall'Autore, del limite costituzionale della tutela della filiazione naturale costituito dalla compatibilità con i diritti dei membri della famiglia legittima; M. GIORGIANNI *Problemi attuali di diritto familiare*, Prolusione letta in un'aula dell'Università di Bologna il 19.1.1956, in *Le prolusioni dei civilisti*, Napoli, III, 2012, 2780 ss., si mostra sensibile alla rivoluzione introdotta dall'art. 30, comma 3, Cost.; ID, *La filiazione fuori del matrimonio*, in *La riforma del diritto di famiglia*, Atti del II Convegno di Venezia 11-12.3.1972, Padova, 1972, 123 ss.; P. RESCIGNO, *La tutela dei figli nati fuori del matrimonio*, in *Studi in memoria di L. Barassi*, 1966, 725 ss. e in *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, 2000, 277 ss..

¹⁹ Corte cost., 20 ottobre 2016, n. 225, in *Foro it.*, 2016, 11, 3329 ss., si è pronunciata a favore dell'applicabilità dell'art. 333 c.c. nel caso in cui il genitore impedisca la frequentazione del proprio figlio con l'ex partner, il quale, durante la relazione di coppia, si sia comportato come un secondo genitore. Quest'orientamento è stato confermato dal Trib. Como, 13 marzo 2019, in www.ilcaso.it, stante l'interesse del minore alla stabilità dei legami affettivi con chi, di fatto, abbia svolto le

laddove, rispettivamente, chi si comporta come fosse genitore (rispetto al figlio del coniuge o del convivente di fatto) o nonno/nonna crea una relazione familiare la cui disciplina dovrebbe essere stabilita dal legislatore²¹.

Oltre alle famiglie ricomposte, anche la diffusione delle tecniche di PMA ha determinato un ampliamento del fondamento della filiazione. La procreazione eterologa e la surroga biologica di maternità, avendo disallineato la verità genetica dal nucleo familiare di partenza, hanno accresciuto le possibilità – oltre all'adozione - di dar vita alla filiazione a prescindere dal legame genetico.

In questo contesto si giustifica la revisione legislativa del 2012-2013 dei termini di proponibilità di talune azioni di stato, i quali nella previgente normativa finivano col pregiudicare l'interesse del figlio alla conservazione dello *status filiationis* quale elemento fondamentale della sua identità personale. Prima della riforma 2012-2013 l'azione di disconoscimento della paternità era proponibile anche se l'adulterio o l'impotenza fossero stati scoperti diversi anni dopo la nascita; inoltre, l'impugnazione per difetto di veridicità era sempre ammissibile. Sussisteva, pertanto, uno sbilanciamento di posizioni, di talché la Commissione presieduta dal Prof. Cesare Massimo Bianca, impegnata nella riforma appena ricordata, ha posto limiti temporali alle azioni ablativo dello stato di figlio, accrescendo, in un rinnovato bilanciamento tra verità e stabilità, il valore della relazione e l'effettività del diritto all'identità personale del figlio.

Si è avviato e si è consolidato così il terzo periodo della filiazione, connotato dall'unicità dello stato di figlio²²; principio, quest'ultimo, che ha spostato il

funzioni genitoriali. Il Tribunale sottolinea due profili: non vi è un modello di genitorialità fondato esclusivamente sul legame biologico; 2) va valorizzata l'assunzione di responsabilità genitoriale (si noti che, nel caso di specie, la collocazione prevalente è stata disposta a favore del genitore sociale, sebbene il minore sia stato affidato ai Servizi sociali). Trib. Palermo, decr. 6 aprile 2015, in www.ilcaso.it, ha, invece, ritenuto applicabile alla genitorialità sociale l'art. 337-ter cod. civ. interpretato evolutivamente.

²⁰ Cass., 25 luglio 2018, n. 19780, in 2019, 4, 378, con nota di S. CAPPUCIO, *La rilevanza del rapporto affettivo con il nonno sociale: la lettura evolutiva dell'art. 317-bis c.c.*, sulla legittimazione della cosiddetta «nonna sociale» ad agire in giudizio ai sensi dell'art. 317-bis c.c. a tutela del suo diritto di conservare il rapporto significativo che ella ha instaurato, come seconda moglie del nonno (giuridico), con le nipoti di fatto.

²¹ Un intervento legislativo agevolerebbe i giudici e tutelerebbe più efficacemente i minori di età. Non mancano i modelli cui attingere in prospettiva *de jure condendo* (cfr. sul punto la ricca analisi di M. CINQUE, *Quale statuto per il genitore sociale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 6, 1487 ss., in particolare sul modello francese).

²² C.M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo i figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1 ss.



baricentro della filiazione dalla verità della procreazione allo stato unico. Si è assistito all'attenuazione del *favor veritatis* rispetto al rilievo di altri elementi quali il diritto al rispetto della vita familiare, l'assunzione della responsabilità della nascita o della crescita del figlio altrui²³. Alcune disposizioni sono espressive di questa ulteriore e più matura linea evolutiva.

Anzitutto va richiamato l'art. 30, ultimo comma, Cost., il quale, attraverso la previsione secondo cui «la legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità», sancisce la relatività del principio del *favor veritatis* come hanno rilevato la Cassazione²⁴ e la Corte costituzionale²⁵. Se il Costituente è stato

²³ G. RECINTO, *Le genitorialità tra favor legitimitatis, veritatis e affectionis*, in *Famiglie e successioni tra libertà e solidarietà*, a cura di R. Pane, Napoli, 2017, 61 ss.; ID., *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Napoli, 2016; M. PORCELLI, *Accertamento della filiazione e interesse del minore*, Napoli, 2016, 90 ss.; P. STANZIONE, *Le genitorialità tra legittimità, verità e responsabilità*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 668 ss.

²⁴ Cass., 3 aprile 2017, n. 8617, in *Corr. giur.*, 2017, 10, 845 ss., con nota di M. N. BUGETTI, *Favor veritatis, favor stabilitatis, favor mioris: disorientamenti applicativi*, sull'azione di disconoscimento della paternità promosso ai sensi dell'art. 244, ult. co., c.c., sostiene «l'assenza di ogni automatismo nel cogliere l'interesse del minore rispetto al principio di verità biologica della filiazione». Cfr. anche Cass., 22 dicembre 2016, n. 26767, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 851 ss., con nota di F. SCIA, *Disconoscimento della paternità tra favor veritatis e interesse del minore*.

²⁵ Cfr.: Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, in *Corr. giur.*, 2021, 8-9, 1034 ss., non nota di S. TONOLO, *La Corte costituzionale e la genitorialità delle coppie dello stesso sesso tra trascrizione degli atti di nascita esteri e soluzioni alternative*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 956 ss., con nota di M. C. VENUTI, *Diritti dei figli vs. genitorialità same sex: antitesi o composizione? Il dialogo (muto?) tra la Corte costituzionale e il legislatore italiano*, in *Fam. e dir.*, 2021, 710 ss., con nota di G. FERRANDO, *La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme e di due papà ad avere due genitori*. La Consulta afferma che «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia» e che «la tutela del preminente interesse del minore comprende la garanzia del suo diritto all'identità affettiva, relazione, sociale, fondato sulla stabilità dei rapporti familiari e di cura e sul loro riconoscimento giuridico»; Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, *Corr. giur.*, 2021, 8-9, 1034 ss. annotata sempre da Tonolo e Cecchini, su un caso di surroga biologica di maternità effettuato all'estero da una coppia di uomini, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 3, 609 ss., con nota di B. CECCHINI, *L'omogenitorialità ancora al vaglio della Corte costituzionale*; Corte cost., 25 giugno 2020, n. 127, in *Fam. e dir.*, 2021, 3, 253 ss., con nota di A. CORDIANO, *Legami affettivamente (in)sucuri e biologicamente (ir)reali: le regole per contestarli ancora all'esame della Corte costituzionale*, con riguardo alla fattispecie del c.d. riconoscimento di compiacenza impugnato ai sensi dell'art. 263 c.c., afferma che il giudice deve bilanciare il concreto interesse del minore con il *favor veritatis* e non già semplicemente decidere in base alla verità/falsità della filiazione; analogamente Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, cit., secondo cui il *favor* dell'ordinamento per la verità biologica non è «un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento» in cui rilevi il preminente interesse del minore,

lungimirante nel negare assolutezza alla verità genetica, il valore della verità è comprimibile solo a tutela della persona.

Proprio in attuazione del disposto costituzionale, nel 2013 sono stati modificati gli artt. 244 e 263 c.c., prevedendo rispettivamente un termine di improponibilità sia dell'azione di disconoscimento della paternità (comma 4°) sia dell'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (commi 3° e 4°). Non si tratta però di un ritorno al *favor legitimitatis*, caratterizzante il primo periodo sopra descritto, ma dell'inveramento di una nuova assiologia delle azioni di stato, il cui esercizio è condizionato dalla durata del rapporto che induce a conservare lo stato di figlio a tutela dell'identità del minore. Quando è preclusa l'azione ablativa dello status, la filiazione si fonda non già sul legame genetico, ma sulla «verità sociale ormai formatasi»²⁶, sul rapporto genitoriale esplicitatosi nel tempo.

Sempre lungo la linea temporale in esame, va richiamata la legge n. 173/2015 sul diritto alla continuità affettiva dei minori in affidamento familiare, la quale, ora in funzione adottiva (art. 4, comma 5-bis) ora di mantenimento del rapporto con la famiglia affidataria (cfr. art. 4 comma 5-ter), ha valorizzato i legami affettivi significativi creati con il minore. Il che dimostra, una volta di più, come oltre la verità biologica vi sia la rilevanza giuridica del rapporto affettivo quale fatto giustificativo tanto dell'adozione piena (quella di cui agli artt. 6-28 l. n. 184/1983) quanto della continuità delle relazioni socio-affettive con gli affidatari.

Ancora: l'istituto dell'adozione in casi particolari esprime, tra le sue diverse *rationes* giustificatrici, la valorizzazione «dell'effettività di un rapporto instauratosi con il minore»²⁷. La lett. a) dell'art. 44 l. n. 184/1983 stabilisce che il minore può essere adottato da persone a lui unite «da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento»; la lett. b) prevede, al fine di valorizzare il rapporto in essere,

il quale interesse è «immanente nell'ambito delle azioni di stato volte alla rimozione dello *status filiationis*»; Corte cost., 25 giugno 2021, n. 133, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 6, 1367 ss., con nota di L. LENTI, *Impugnazione del riconoscimento e termini di decadenza*, nella parte in cui considera costituzionalmente legittimo il termine quinquennale di cui all'art. 263, comma 3, c.c. È l'evoluzione normativa e giurisprudenziale, anche europea, puntualmente illustrata in queste pronunce, che ha determinato un ampliamento dei rapporti familiari giuridicamente rilevanti; Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Corr. giur.*, 2014, 8-9, 1062, con nota di G. FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa*.

²⁶ R. CATERINA-L. LENTI, *La famiglia*, cit., 166.

²⁷ Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, in *Banca dati-Leggi d'Italia*, § 5.2.2.

l'adottabilità da parte del «coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge»; la lett. d), grazie alla sua formula elastica - «impossibilità di affidamento preadottivo» -, è divenuta centrale nel sistema delle azioni, consentendo la *stepchild adoption* e la cosiddetta «adozione mite»²⁸. Com'è noto la peculiarità dell'adozione in casi particolari sta, in armonia con il disposto di cui all'art. 1, comma 1, l. n. 184/1983, nella conservazione dello stato di figlio nei confronti della famiglia di origine, alla quale se ne aggiunge un'altra (quella adottiva).

Alla filiazione basata sulla verità può affiancarsi, dunque, una filiazione adottiva incentrata sul legame affettivo con l'adottante. Secondo la Cassazione un tale legame va favorito anche quando vi è un buon rapporto con il padre biologico, il quale, consapevole del «semiabbandono permanente» in cui si trova il figlio, presta il consenso all'adozione²⁹. Vi sono, pertanto, casi di doppia famiglia, il che induce ad ammettere che l'idea dell'unicità della famiglia è un dogma e che l'adottato in casi particolari, come ha stabilito la Corte costituzionale, deve beneficiare

di una parentela completa come nell'adozione piena³⁰.

Va rilevato che se le disposizioni di legge qui richiamate mostrano plasticamente la relatività del *favor veritatis*, la giurisprudenza ha il merito di aver colto questa terza linea evolutiva in cui la significatività, durevolezza e stabilità del rapporto di filiazione giustificano ora la conservazione ora la costituzione dello stato di figlio oltre la verità. Non fosse altro perché vi sono due affermazioni ricorrenti nelle pronunce della Cassazione e della Corte costituzionale. La prima: «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia»³¹. La seconda: «l'interesse del figlio, specie se minore, è immanente nell'ambito delle azioni di stato volte a rimuovere lo status di figlio»³².

È corretto allora che, in un tale sistema ordinamentale, la giurisprudenza abbia valorizzato nel singolo caso concreto e nell'interesse del minore il rapporto di filiazione non genetico attraverso la conservazione o la costituzione dello stato di figlio.

4. La conservazione dello stato di figlio quale conseguenza dell'assunzione di responsabilità e della tutela dell'identità personale del minore: l'art. 244 ultimo comma c.c.

La verità biologica non è l'unico criterio che informa la decisione del giudice, adito con un'azione di stato ablativa dello stato di figlio. È insufficiente, a fini decisori, la mera equazione mancanza di verità = accoglimento dell'azione volta a eliminare lo *status filiationis*. Essa ignora il preminente interesse del minore e il diritto al rispetto della vita familiare. Inoltre, l'esistenza di quest'ultima cristallizza la responsabilità dei suoi protagonisti. Allora il problema si appunta piuttosto sui limiti entro cui il genitore possa elidere lo stato di figlio (non veridico).

L'essere diventato genitore attraverso la formalizzazione dello stato di figlio trascende l'interesse esistenziale del singolo, assumendo centralità il

²⁸ F. TROLLI, *L'adozione dei minori di età in casi particolari*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da G. Bonilini, *La filiazione e l'adozione*, Milano, 2022, III, 609 sottolinea questo riposizionamento della lett. d) dell'art. 44 l. n. 184/1983 nel sistema delle adozioni: da disposizione residuale a strumento fondamentale di valorizzazione dei rapporti che appaiono nella sostanza di filiazione, ben oltre le fattispecie di cui alla lett. a), che richiede l'essere orfano di padre e di madre, e alla lett. b) limitata al coniugio. Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Corr. giur.*, 2016, 1203 ss., con nota critica di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della step child adoption*, ha accolto la tesi secondo cui l'impossibilità di cui alla lett. d) è da riferirsi non solo a quella di fatto, ma anche a quella di diritto che si ha quando manchi lo stato di abbandono stante la presenza di un genitore titolare della responsabilità genitoriale.

²⁹ Cass., 5 aprile 2022, n. 10989, in *newsletter Ondif 2022*, ha chiarito che l'esistenza di un buon rapporto tra il padre biologico e il figlio non è di ostacolo all'adozione in casi particolari da parte del coniuge della madre, purché vi sia l'assenso del padre biologico (art. 46 l. n. 184/1983), manifestato nella consapevolezza di non poter esercitare compiutamente la responsabilità genitoriale. Nella sentenza si sottolinea che l'adozione in casi particolari è un istituto funzionale sia ad assicurare continuità con i genitori biologici – qui emerge il principio fondamentale dell'adozione piena (quella ex art. 6 ss. l. n. 184/1983) quale *extrema ratio* – sia a costituire una nuova famiglia attraverso lo *status filiationis*. Il fatto che l'adozione piena sia stata limitata a beneficio della conservazione della famiglia di origine nonostante la formalizzazione di nuovi legami genitoriali (e di parentela per effetto della sentenza della Corte cost. n. 79/2022) poggia anche sull'elaborazione concettuale del «semiabbandono permanente». Il quale si ha quando, pur mancando lo stato di abbandono, «i genitori biologici versano in condizioni che impediscono in maniera permanente l'effettivo esercizio della responsabilità genitoriale». In questo caso l'adozione in casi particolari consente al minore di sfuggire «al destino del ricovero in istituto o al succedersi di affidamenti temporanei».

³⁰ Corte cost. n. 79/2022, cit., ha eliminato un elemento pregnante di differenziazione tra l'adozione c.d. «piena» e quella in casi particolari. La prima, com'è noto, si differenziava dalla seconda per una maggiore ampiezza dei legami di parentela che acquisiva l'adottando. La Consulta, attraverso la dichiarazione di incostituzionalità (dell'art. 55 l. n. 184/1983 nel richiamo all'art. 300 c.c.), ha determinato l'ingresso dell'adottato in casi particolari nella famiglia dell'adottante. Così la differenza che residua tra i due tipi di adozione sta nella recisione dei legami con la famiglia d'origine che accade soltanto nell'adozione piena.

³¹ Cfr. *supra* nota 19.

³² Cfr. *supra* nota 24.



rapporto con il minore, soprattutto educativo³³. Una funzione, quella educativa - sia consentita una parentesi - complicata da Internet e dai social network, i quali, nel loro utilizzo patologico, consegnano il minore a un'idea di relazione sterile e anaffettiva³⁴. Occorre rimarcare allora che dal legame caratterizzato dalla interazione virtuosa tra la responsabilità genitoriale e i diritti del minore³⁵, veicolo della for-

³³ P. PERLINGIERI, *Stagioni del diritto civile*, cit., 94-95, sottolinea come la visione odierna della filiazione debba appuntarsi non tanto sull'assoluta centralità dei figli, ma piuttosto su «una concezione egualitaria, partecipativa e democratica della comunità familiare». Gli artt. 315-bis, 316 e 147 cod. civ., nel loro complesso, calano i diritti del figlio nella dinamica relazionale con i genitori. Il figlio sviluppa la propria personalità e conquista un equilibrio interiore tramite la relazione con i genitori e con i parenti caratterizzata dalla «partecipazione [del medesimo] al processo educativo (art. 315-bis, comma 2°, cod. civ.)». Anche L. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., p. 93 ss. sottolinea come l'interesse del minore debba sempre essere valutato all'interno delle sue relazioni familiari in una logica non già di contrapposizione ma di componimento. È evidente allora che se i diritti del minore prendono corpo nella relazione e se quest'ultima è governata dalla responsabilità genitoriale, l'eliminazione dello stato di figlio non può basarsi esclusivamente sulla mancanza di verità, dovendo essere valutata la posizione giuridica soggettiva del minore di età rispetto a quella del genitore.

³⁴ R. SENIGAGLIA, *Il dovere di educare i figli nell'era digitale*, in *Persona e mercato*, 2021, 3, 515, affronta il problema della difficoltà dei genitori di educare i figli i quali, utilizzando la rete Internet, rischiano di essere eterodiretti, tramite la degenerazione dell'algoritmo (p. 522-523), nella costruzione della propria identità personale che diviene aliena da sé e vuota. L'utente minore che resta ingabbiato (c.d. «filter bubble») in uno spazio ristretto di notizie e di contenuti reiterati, senza la dimensione salvifica e stimolante della pluralità dei diversi punti di vista, smarrisce se stesso. L'impegno delle Istituzioni – sottolinea puntualmente l'Autore – deve essere perciò quello di permettere al minore di «sapersi esprimere nello spazio digitale, vivendolo non come un mondo parallelo ma come estensione della propria vita sociale e opportunità di affermazione della propria identità, la quale deve, in ogni caso, rimanere integra e unitaria» (p. 519). Secondo gli studiosi della materia, la strategia da attuare è coinvolgere diversi soggetti, pubblici e privati, nell'attuazione di misure proattive tese soprattutto a evitare il rischio dell'isolamento del minore: una «rete flessibile di attori e strumenti regolativi» a supporto e completamento dell'attività educativa dei genitori (p. 523-525).

³⁵ Sulle implicazioni del passaggio dalla potestà alla responsabilità genitoriale e sulle nuove sfide educative cfr.: F. RUSCELLO, *Autonomia dei genitori, responsabilità genitoriale e intervento pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 12, 717 ss.; I. GARACI, *Il superiore interesse del minore nel quadro di uno sviluppo sostenibile dell'ambiente digitale*, in *Nuove leggi. civ. comm.*, 2021, 4, 800 ss.; R. SENIGAGLIA, *Il dovere di educare i figli nell'era digitale*, in *Persona e mercato*, cit., 511-518 ss.; B. AGOSTINELLI, *L'educazione della prole tra antiche prerogative genitoriali e nuove interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 1, 155 ss.; C. RIMINI, *L'esercizio della responsabilità genitoriale al tempo dell'emergenza sanitaria*, in *Giur. it.*, 2020, 5, 1092 ss.; G. CASSANO, *La responsabilità genitoriale nell'uso dell'odierna tecnologia telematica*, in *Fam. e dir.*, 2020, 6, 631 ss.; A. THIENE, *Riservatezza e autodeterminazione del minore nelle scelte esistenziali*, in *Fam. e dir.*, 2017, 2, 172

mazione della identità del figlio, non si può uscire *ad libitum*, semplicemente in ragione dell'assenza della derivazione genetica tra genitore e figlio. L'applicazione di due disposizioni del codice civile, apparentemente neutre rispetto al principio costituzionale del preminente interesse del minore (artt. 2, 30 e 31, comma 2°, Cost.), conferma quanto rilevato. Una è contenuta nell'art. 244 ultimo comma, l'altra nell'art. 263 del codice civile.

La prima attribuisce al curatore speciale la legittimazione ad agire in giudizio con l'azione di disconoscimento della paternità. Il curatore, com'è noto, è nominato dal tribunale ordinario su istanza del pubblico ministero o dell'altro del genitore ovvero del minore quattordicenne. Ciò che interessa è se il pubblico ministero, sollecitato a proporre istanza di nomina del curatore, e il tribunale debbano decidere esclusivamente in base al *fumus* della mancanza del legame genetico. È evidente che, per quanto rilevato fin qui, la risposta è negativa.

In un caso deciso dalla Cassazione³⁶ il padre naturale, soggetto non legittimato all'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità, aveva sollecitato il PM a promuovere ricorso per la nomina del curatore speciale. Nominato il curatore e promossa l'azione, i giudici del merito, accertata la mancanza del legame genetico con il presunto padre, avevano eliminato lo stato di figlio senza svolgere alcun'altra valutazione. Ma secondo la Cassazione un siffatto automatismo decisionale non coglie la complessità del sistema della filiazione, perché nonostante «una progressiva e lenta affermazione [...] del *favor veritatis*, rimane coesistente all'ordinamento l'esigenza di un bilanciamento tra la verità e la necessità di garantire i valori inerenti alla certezza e alla stabilità dello status»³⁷ (emerge il terzo periodo della filiazione di cui si diceva). Questi valori – certezza e stabilità dello status – conseguono a una «sempre maggiore considerazione del diritto all'identità [del figlio], non necessariamente correlato alla verità biologica, ma ai legami affettivi e personali sviluppatasi all'interno della famiglia»³⁸. In considerazione di ciò, anche il cura-

ss.; P. VIRGADAMO, *Minori e nuovi media*, in *Diritto civile minorile*, a cura di A. Cordiano e R. Senigaglia, Napoli, 2022, 357 ss.

³⁶ Cass., 3 aprile 2017, n. 8617, cit.

³⁷ Così Cass., 3 aprile 2017, n. 8617, cit., § 11. Cfr. analogamente Cass., 22 dicembre 2016, n. 26767, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 851 ss. Già Corte cost., 27 novembre 1991, n. 429, in *Foro it.*, 1992, I, 2908 ss., aveva affermato, in un caso di sospetta incostituzionalità dell'art. 244, ult. comma, c.c., che il tribunale adito dal p.m. deve valutare la sussistenza dell'interesse del minore all'esperimento di un'azione che lo spoglierebbe dello stato di figlio legittimo senza garantirgli l'acquisto dello stato di filiazione nei confronti del padre naturale.

³⁸ Cass., 22 dicembre 2016, n. 26767, cit.

tore speciale nominato dal tribunale deve valutare attentamente la posizione del figlio prima di proporre (o di proseguire) l'azione giudiziale, poiché la pronuncia di accoglimento o di rigetto è idonea a passare in giudicato anche nei confronti del figlio³⁹.

In sostanza certezza e stabilità dello status possono frenare l'affermazione della verità, al fine di salvaguardare l'identità, lo sviluppo della personalità e l'equilibrio psichico del minore di età.

Il disconoscimento della paternità, dunque, pone una questione non solo di verità, ma soprattutto di tutela dei diritti fondamentali del figlio: il diritto al rispetto della propria vita familiare (art. 8 Cedu), il diritto all'identità personale e, in definitiva, il diritto del minore di età di essere protetto dalle Istituzioni della Repubblica attraverso provvedimenti appropriati che ne assicurino il benessere, come si desume anche dall'art. 3, comma 2, della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza⁴⁰.

Occorre pertanto un bilanciamento giudiziale tra diversi interessi: del figlio alla conservazione dello status, del genitore alla verità, di colui che ritiene di aver generato alla costituzione dello stato di figlio e dell'ordinamento alla certezza dei rapporti. È un bilanciamento che ha fondamento nell'art. 30, ultimo comma, Cost. negli artt. 8 Cedu, 24 comma 2 CDFUE (interesse superiore del minore) e nell'art. 6 Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori che prescrive al giudice regole procedurali per giungere a una decisione effettivamente attuativa del concreto interesse del minore⁴¹. Ne con-

³⁹ A. SASSI, *Filiazione intenzionale e interesse del minore*, cit., 541.

⁴⁰ Possono essere richiamati, della stessa Convenzione, anche l'art. 6 secondo il quale gli Stati parti «assicurano in tutta la misura del possibile (...) lo sviluppo del fanciullo», l'art. 8 in cui si sottolinea l'impegno degli Stati di preservare l'identità del fanciullo, l'art. 12 che attribuisce rilevanza alle opinioni del fanciullo in considerazione della sua età e del grado di maturità e l'art. 24 che impegna gli Stati a garantire al minore il migliore stato di salute possibile (tra cui va ricompresa anche la salute psichica).

⁴¹ L'art. 6 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata dall'Italia con legge n. 77/2003, stabilisce che «Nei procedimenti che riguardano un minore, l'autorità giudiziaria, prima di giungere a qualunque decisione, deve: a) esaminare se dispone di informazioni sufficienti al fine di prendere una decisione nell'interesse superiore del minore e, se necessario, ottenere informazioni supplementari, in particolare da parte dei detentori delle responsabilità genitoriali; b) quando il diritto interno ritiene che il minore abbia una capacità di discernimento sufficiente: - assicurarsi che il minore abbia ricevuto tutte le informazioni pertinenti; - nei casi che lo richiedono, consultare il minore personalmente, se necessario in privato, direttamente o tramite altre persone od organi, con una forma adeguata alla sua maturità, a meno che ciò non sia manifestamente contrario agli interessi superiori del minore, permettere al minore di esprimere la propria opinione; c) tenere in debito conto l'opinione da lui espressa» (corsivo mio). Questa di-

segue che il giudice adito per la nomina del curatore speciale deve valutare, fin da subito, la posizione del minore, non potendosi ritenere tale valutazione assorbita dalla richiesta di nomina proveniente dal PM, non fosse altro perché è insufficiente una cognizione sommaria⁴². Come pure il giudice investito con la domanda di disconoscimento della paternità proposta dal curatore speciale dovrà stabilire se l'eliminazione dello stato di figlio attui o meno l'interesse del minore di età.

5. L'art. 263 c.c. e il c.d. «riconoscimento di compiacenza».

La seconda disposizione di cui si diceva, da interpretare in modo sistematico e costituzionalmente orientato, è quella contenuta nell'art. 263 c.c. che regola l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità.

Va subito rilevato che anche con riguardo alla filiazione nata fuori del matrimonio, la mancanza del legame genetico tra l'autore del riconoscimento e il soggetto riconosciuto non è condizione sufficiente per l'accoglimento della domanda giudiziale. Il giudice dovrà valutare se l'interesse a far valere la verità, propugnato dall'attore in giudizio, prevalga su quello del minore a conservare il proprio *status filiationis*.

Come si diceva, non deve ingannare il silenzio dell'art. 263 c.c. su tale valutazione, la quale è senz'altro da compiere giacché desumibile in via interpretativa. Secondo la Corte costituzionale «la necessità di valutare l'interesse alla conservazione della condizione identitaria acquisita, nella comparazione con altri valori costituzionali rilevanti, è già contenuta nel giudizio di cui all'art. 263 ed è imminente ad esso»⁴³. Oltre alla verità biologica l'interesse del minore è, dunque, elemento imprescindibile della decisione sull'impugnazione per difetto di veridicità.

Non si tratta di forzare la natura del fatto filiazione, ma di coglierne la complessità e la variabilità. Così, da un lato, l'identità di una persona si lega con forza alle origini naturali, come ha sottolineato una recente sentenza della Corte costituzionale sul co-

sposizione pone in rilievo l'effettività dell'interesse del minore che la pronuncia giudiziale deve invero, il che postula la disponibilità da parte del giudice delle informazioni occorrenti per decidere, compresa, in caso di accertata maturità, l'opinione del minore.

⁴² Il provvedimento di nomina o revoca del curatore speciale ai sensi dell'art. 244 ult. co. è revocabile ai sensi dell'art. 242 c.p.c. e non ricorribile in Cassazione.

⁴³ Corte cost., 25 giugno 2020, n. 127, cit.



gnome⁴⁴. Dall'altro, però, l'identità e l'equilibrio del figlio possono dipendere dal rapporto, costruito nel tempo, con chi si sia comportato come fosse genitore pur mancando la derivazione genetica.

Il bilanciamento deve basarsi su circostanze di fatto pertinenti che consentano di ponderare gli interessi contrapposti. La Corte costituzionale ne ha indicate alcune, affermando che «la regola di giudizio che il giudice è tenuto ad applicare deve tenere conto di variabili più complesse della rigida alternativa vero o falso», quali: «il legame del soggetto riconosciuto con l'altro genitore; la possibilità di instaurare il legame di filiazione con il genitore biologico; la durata del rapporto di filiazione e del consolidamento della condizione identitaria acquisita per effetto del falso riconoscimento; l'idoneità dell'autore del riconoscimento allo svolgimento del ruolo di genitore»⁴⁵. Siffatte variabili, ad avviso di chi scrive, andrebbero considerate anche rispetto all'azione di disconoscimento della paternità.

Si impone un interrogativo: come si coniuga la complessità del fondamento della filiazione con il c.d. «riconoscimento di compiacenza», ossia con quel riconoscimento effettuato nella consapevolezza di non essere il genitore? Va sottolineato che a seguito della riforma 2012/2013, il tema della disciplina del «riconoscimento di compiacenza» è divenuto meno problematico⁴⁶. Com'è noto, ai sensi del comma 3 dell'art. 263 c.c., l'autore del riconoscimento – non si specifica se di compiacenza o meno

⁴⁴ Secondo Corte cost., 31 maggio 2022, n. 131, in *www.cortecostituzionale.it*, il nato fuori dal (o nel) matrimonio assume il cognome di entrambi i genitori, nell'ordine dai medesimi concordato, fatto salvo l'accordo per attribuire il cognome di uno di loro soltanto. Anche Corte cost., 21 dicembre 2016, in *Fam. e dir.*, 2017, 3, 213 ss., con nota di E. AL MUREDEN, *L'attribuzione del cognome tra parità dei genitori ed identità personale del figlio*, sul cognome del figlio nato nel matrimonio, sottolinea il legame tra il doppio cognome, l'identità e la personalità sociale del nato e, naturalmente, l'eguaglianza morale e giuridica tra i coniugi.

⁴⁵ Corte cost., 25 giugno 2020, n. 127, cit., § 4.2.3 Tali circostanze possono in concreto rendere ardua la loro ponderazione giudiziale. Si pensi al caso in cui l'identità del figlio si sia strutturata rispetto a una figura genitoriale, attore in giudizio ai sensi dell'art. 263 c.c., le cui capacità genitoriali siano problematiche e insufficienti. Andrà valutata la durata del rapporto di filiazione, il tipo di legame affettivo e relazionale instaurato con il genitore e anche la possibilità (e l'utilità concreta per il minore) di instaurare lo stato di figlio nei confronti del genitore biologico.

⁴⁶ Va ricordato, infatti, che il caso sotteso alla sentenza n. 127/2020 della Corte costituzionale era assoggettato all'art. 263 c.c. nella formulazione antecedente alla riforma 2012/2013, quando l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità era imprescrittibile per tutti i legittimati attivi. Poteva perciò accadere che la relativa azione fosse proposta dopo diversi anni dal riconoscimento «per compiacenza», quando ormai il soggetto riconosciuto aveva strutturato la propria identità e riconoscibilità sociale rispetto all'autore del riconoscimento attore in giudizio.

– può impugnare il proprio atto costitutivo dello stato di figlio nel termine di un anno dalla sua annotazione nell'atto di nascita. Occorre allora stabilire se la consapevolezza di non essere genitore genetico impedisca la decorrenza annuale.

Ebbene un fatto impeditivo è indicato espressamente dal comma 3° dell'art. 263 ed è l'ignoranza della propria impotenza *generandi*; in tal caso il *dies a quo* del termine di improponibilità decorrerà dal giorno della conoscenza di tale circostanza. Un altro impedimento al termine dell'azione è stato aggiunto dalla Corte costituzionale, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. nella parte in cui non prevede che il termine di decadenza annuale decorra dalla conoscenza dell'ulteriore relazione della madre con un altro uomo all'epoca del concepimento. Con questa pronuncia additiva la Consulta ha avvicinato l'art. 263 c.c. all'art. 244, comma 2°, c.c. nella parte in cui quest'ultimo, sempre ai fini della decorrenza del termine, dà rilievo all'adulterio della moglie al tempo del concepimento⁴⁷.

Cosa si desume? Che i fatti impeditivi della decorrenza del termine di esercizio dell'azione hanno fondamento nell'impossibilità di esercitare il diritto di agire (artt. 24 Cost. e 2935 c.c.). Perciò, tornando al «riconoscimento di compiacenza», soltanto chi ignora di non essere padre per ragioni meritevoli di tutela beneficia del mancato decorso del termine annuale, ferma restando in ogni caso l'improponibilità dell'azione dopo cinque anni dall'annotazione del riconoscimento (art. 263, comma 3, c.c.). Diversamente, se si è certi di non essere il padre e ciononostante si sia effettuato il riconoscimento, il termine dovrebbe decorrere subito dalla data dell'annotazione del riconoscimento nell'atto di nascita. Il genitore che sa di non essere tale non merita di beneficiare della sospensione del termine di proponibilità dell'azione, disponendo egli di un anno di tempo per agire in giudizio. Opinando diversamente si avrebbe un ampliamento ingiustificato del termine annuale, al punto che l'autore del riconoscimento di compiacenza beneficerebbe di 5 anni per agire in giudizio. Ciò senza alcun fondamento né ragione giustificatrice meritevole di considerazione.

Con tale esito interpretativo sembra concordare la Corte costituzionale nella citata sentenza n. 133/2021 sull'incostituzionalità parziale dell'art. 263 c.c. In essa vi è un *obiter dictum* in cui si afferma che «può ritenersi non irragionevole che il termine annuale [di cui all'art. 263 comma, 3° cod. civ.] decorra dall'annotazione del riconoscimento per chi abbia

⁴⁷ Corte cost., 25 giugno 2021, n. 133, cit.

posto in essere l'atto [di riconoscimento] nella consapevolezza della non paternità biologica»⁴⁸.

Il termine annuale – lo si sottolinea – vale solo per l'autore del riconoscimento di compiacenza e non anche per il genitore naturale, il quale, avendo interesse all'impugnazione, rientra tra i legittimati attivi dell'azione di impugnazione per difetto di veridicità. Il genitore naturale, pertanto, potrà impugnare il riconoscimento effettuato falsamente da un altro soggetto entro 5 anni dall'annotazione del medesimo.

6. Specialità della disciplina della procreazione assistita: verità e assunzione di responsabilità.

La conservazione dello *status filiationis* non veridico è giustificata dall'interesse del figlio alla stabilità del rapporto genitoriale; stabilità funzionale all'attuazione del diritto al rispetto della vita familiare, all'identità e al benessere psico-fisico del figlio stesso. Vita familiare e identità personale si intrecciano a prescindere dal legame biologico; ne è convinta la Corte Europea dei diritti dell'uomo⁴⁹. Di conseguenza le azioni ablativo dello stato di figlio sono connotate dalla dialettica tra i due valori della verità e dell'interesse del minore, nel senso che l'attuazione del primo dipende da una valutazione giudiziale del secondo.

Se è legittima la conservazione dello stato di figlio non veridico, occorre chiedersi se sia giustificabile anche la costituzione di un tale stato di figlio per la stessa esigenza di tutela dei diritti fondamentali del minore. L'interrogativo si pone rispetto a quelle nascite avvenute attraverso la procreazione medicalmente assistita (PMA) effettuata all'estero per superarne i limiti di accesso posti dalla legge italiana. Non è infrequente che coppie di donne, spinte dal desiderio di avere un figlio, si rechino in un altro paese per ricorrere alla procreazione eterologa, ovvero che coppie omo o etero sessuali ricorrano alla surroga biologica di maternità fuori dall'Italia.

Ci si è interrogati, sul piano del diritto internazionale privato, sulla riconoscibilità in Italia del provvedimento straniero che attribuisca lo stato di figlio nei confronti del c.d. «genitore d'intenzione»,

ossia del membro della coppia non legato geneticamente al nato. Il problema è più ampio e, come vedremo, si spoglia del connotato dell'internazionalità qualora la nascita avvenga in Italia.

C'è un punto da cui muovere per sviluppare ogni successivo ragionamento: la filiazione naturale e quella assistita non sono state disciplinate allo stesso modo, perché diversi sono i fatti da cui promana la nascita e diversa è la rilevanza della volontà procreativa. Non a caso l'art. 8 della legge n. 40/2004 impone la costituzione automatica dello stato di figlio e l'art. 9 stabilisce il divieto di disconoscimento della paternità e di anonimato della madre. Ciò in quanto è soprattutto la scelta ponderata di avere un figlio (art. 6 l. n. 40/2004) piuttosto che la verità genetica a imprimere giuridicità alla filiazione; così il genitore non può *venire contra factum proprium* non riconoscendo il nato o chiedendo di non essere nominato nell'atto di nascita. L'assunzione di responsabilità fonda e costituisce irreversibilmente la filiazione da PMA a prescindere dal legame genetico.

L'esigenza di distinguere la procreazione naturale da quella assistita è risultata evidente in un caso giurisprudenziale di fecondazione *post-mortem* effettuata all'estero, ove è stato utilizzato il seme del marito⁵⁰, con nascita in Italia ben oltre i trecento giorni dallo scioglimento del matrimonio. La Cassazione ha ritenuto inapplicabile l'art. 232, comma 1, c.c., con conseguente attribuzione della paternità al genitore che, prima di morire, aveva acconsentito al congelamento del proprio seme e a utilizzarlo per la procreazione assistita dopo il proprio decesso⁵¹.

⁵⁰ In Italia non è possibile utilizzare il seme congelato del marito o del convivente di fatto defunti, neppure se questi abbiano espresso il consenso all'impiego *post mortem*. Lo impedisce l'art. 5 l. n. 40/2004 come interpretato dalla dottrina maggioritaria, la quale individua quale momento in cui deve essere vivo l'uomo ai fini dell'accesso alla (e della prosecuzione della) PMA quello della fecondazione dell'ovulo (R. VILLANI, *La procreazione assistita*, Torino, 2004, 181, A. MARTINI, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2006, 48). Se il decesso dell'uomo avviene, invece, quando l'ovulo non è stato ancora fecondato, la procreazione assistita verrà interrotta pena l'applicazione della sanzione amministrativa di cui all'art. 12, comma 2, l. n. 40/2004 (*contra* A. VALONGO, *Profili evolutivi della procreazione assistita post mortem*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 2, 538-541).

⁵¹ Cass., 15 maggio 2019, n. 13000, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 6, 1282 ss., con nota di M. FACCIOLO, *La condizione giuridica del soggetto nato da procreazione assistita post mortem*. Se fosse stato applicato l'art. 232 c.c., essendo trascorsi più di trecento giorni dalla data di scioglimento del matrimonio per morte del marito, non sarebbe stato possibile attribuire la paternità al soggetto defunto. Dopo la morte del marito la vedova ne aveva utilizzato il seme congelato in una clinica estera, stante il divieto espresso dalla legge italiana di applicare tecniche di procreazione medicalmente assistita «a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi» (art. 12 comma 2 e art. 5 l. n. 40/2004). Secondo la Cassazione il figlio va considerato

⁴⁸ Corte cost., 12 maggio 2021, n. 133, § 7.2.1.

⁴⁹ Corte EDU, 12 novembre 2020, *H. c. Francia*, ric. n. 19511/16; Corte EDU, 26 giugno 2014, *Mennesson e Labassee c. Francia*, ric. n. 65941/11; Corte EDU-Grande Camera, CEDU, 27 aprile 2010, *Moretti e Benedetti c. Italia*, ric. n. 16318/07; Corte EDU, 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. n. 25358/12 e Corte EDU, *Grande Chambre*, 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. n. 25358/12.



In questa fattispecie ha prevalso il diritto di procreare di entrambi i genitori e l'interesse identitario del nato a essere ricondotto al genitore defunto e al di lui ramo parentale. Recessivo, invece, è apparso il diritto del nato di avere due genitori viventi, desumibile dalla legge n. 40/2004 (artt. 5 e 12, comma 2).

Si noti come l'attribuzione della paternità al genitore defunto è dipesa essenzialmente dall'assunzione di responsabilità di entrambi i soggetti della procreazione assistita, pur sussistendo il legame genetico con entrambi i genitori: quello vivente e quello defunto prima della PMA. Certo, a fronte di un dissenso dell'uomo alla fecondazione *post mortem*, non sarebbe stato possibile attribuirgli lo status di genitore nonostante il legame genetico.

La necessità di un ragionamento scevro dai principi della procreazione naturale e da perniciose astrazioni è palese anche in un altro caso, caratterizzato dalla revoca del consenso alla procreazione medicalmente assistita da parte dell'uomo dopo la formazione e il congelamento degli embrioni. La sopravvenuta separazione personale tra i coniugi aveva indotto l'uomo a desistere dal progetto genitoriale e la donna a perseverare, invece, nel proprio intento di diventare genitore attraverso l'utilizzo degli embrioni crioconservati (c.d. «impianto» *post mortem*)⁵².

I giudici hanno accolto le ragioni della donna, anzitutto in forza dell'art. 6, comma 3, l. n. 40/2004, che vieta la revoca del consenso dal momento della fecondazione dell'ovulo. Se nella procreazione naturale l'elemento della volontarietà del concepimento è irrilevante ai fini dell'assunzione della responsabilità della nascita – ciò che conta è il fatto in sé della procreazione ai sensi dell'art. 30 comma 1 Cost. – nella procreazione medicalmente assistita decisiva è proprio la volontà di accedere alle tecniche procreative. Anche in questo caso, pertanto, è stata l'assunzione della responsabilità, unitamente

nato nel matrimonio, poiché il consenso del coniuge defunto all'utilizzo del proprio seme *post mortem* è intervenuto durante il matrimonio quale atto di scelta consapevole della genitorialità. Si aggiunga, sempre secondo la Cass., che l'art. 8 della legge 40/2004 deve essere ritenuto applicabile anche alle ipotesi di PMA illecite; ciò a tutela del preminente interesse del minore. Va sottolineato, allora, che la disciplina di attribuzione dello *status filiationis* nella PMA «configura un sistema alternativo [a quello del codice civile] e speciale».

⁵² Nel caso di specie gli embrioni erano stati congelati per motivi di salute della donna, il che è consentito stante la prevalenza della salute della donna sulla condizione giuridica dell'embrione. Il quale, a tutela della sua dignità, viene crioconservato in attesa che la donna superi l'impedimento (art. 14, comma 1, l. n. 40/2004). A. VALONGO, *Profili evolutivi della procreazione assistita post mortem*, cit., p. 528, distingue tra «impianto» *post mortem* e «fecondazione» *post mortem*.

alla rilevanza giuridica dell'embrione⁵³, e non la verità a giustificare la costituzione dello stato di figlio.

Si vuole sottolineare come nella procreazione medicalmente assistita la verità biologica e l'assunzione espressa di responsabilità (art. 6 l. n. 40/2004) abbiano entrambe incidenza nella costituzione dello stato di figlio. Tuttavia, mentre la PMA deve essere voluta e consapevole (c.d. «procreazione da responsabilità»), nella procreazione naturale spicca la verità biologica a prescindere dalla presenza o meno del desiderio di un figlio (c.d. «responsabilità da procreazione»). Se nel primo tipo di procreazione l'assunzione di responsabilità è il presupposto imprescindibile dello stato di figlio e dei doveri genitoriali, nel secondo tipo i doveri genitoriali sono una conseguenza necessitata della sola procreazione.

Ora se nei casi di PMA sopra esaminati l'assunzione di responsabilità genitoriale si intreccia con la verità biologica, in altri, che esamineremo nel paragrafo successivo, è soltanto l'assunzione di responsabilità l'elemento decisivo della costituzione dello stato di figlio, stante la mancanza del legame biologico con chi ha voluto la nascita, condividendo un progetto procreativo di coppia.

7. Dalla filiazione non biologica al valore della costituzione dello stato di figlio nella procreazione medicalmente assistita a prescindere dalla tecnica utilizzata e dal luogo di nascita.

a) La gestazione per altri e la prima sentenza della Cassazione a Sezioni Unite (2019).

Se nelle fattispecie esaminate la responsabilità della procreazione fonda lo stato di figlio rispetto a una filiazione comunque genetica, in altre il progetto procreativo prevede la sussistenza del legame genetico soltanto con uno dei membri della coppia. L'altro membro, denominato «genitore d'intenzione» («*intended parent*»), si assume la responsabilità della nascita. Qui i casi sono differenti: la procreazione assistita tramite gestazione per altri o procreazione eterologa è effettuata all'estero e la nascita avviene nel paese straniero o in Italia.

Nell'ipotesi della gestazione per altri, la dottrina ha discusso vivacemente, con diversità di accenti, sugli effetti riconoscibili in Italia della surroga biologica di maternità effettuata all'estero (art. 64 lett. g l. n. 218/2015) In particolare, è incerto il regime

⁵³ R. SENIGAGLIA, *Quale degno destino per gli embrioni soprannumerari?* in *Eur. e dir. priv.*, 2022, 2, 421 ss.

dello stato di figlio rispetto al «genitore d'intenzione», sebbene siano stati compiuti significativi progressi indotti dal principio del preminente interesse del minore e dall'unicità dello stato di figlio.

Si sono susseguite diverse pronunce della Cassazione, due delle Sezioni Unite⁵⁴. Più di recente la Suprema Corte, con l'ordinanza n. 1842/2022, ha richiesto un nuovo pronunciamento della Cassazione a Sezioni unite, poiché, a suo dire, il diritto vivente come ricostruito dalle Sezioni unite nel 2019 confliggerebbe con il diritto al rispetto della vita familiare (art. 8 Cedu) e con il diritto all'identità personale del nato (art. 2 Cost.).

Nell'ordinanza, ad avviso di chi scrive, è stata suggerita alle Sezioni Unite una soluzione più equilibrata della precedente, poiché si tiene conto, più

efficacemente, non solo dell'interesse del minore, ma anche delle esigenze giustificatrici del divieto di surroga biologica di maternità. Il riconoscimento in Italia dello stato di figlio nei confronti del «genitore d'intenzione» dovrebbe essere ammesso non già in ogni caso, ma solo ove non vi siano talune circostanze di fatto («negative»), la cui presenza determinerebbe ora una lesione della dignità della donna, ora un pericolo di sfruttamento del minore. Dette circostanze, individuate dalla Cassazione, sono: 1) la violazione da parte della coppia committente – la quale in Italia non integra i requisiti dell'adozione piena – della legge del Paese estero che disciplina la surroga biologica di maternità; 2) la conclusione di un accordo di surrogazione di maternità a titolo oneroso che postulerebbe, inevitabilmente, la mancanza di libertà e di consapevolezza della madre surrogata.

La Cassazione ha altresì indicato due circostanze «in positivo», le quali devono sussistere affinché sia riconoscibile lo stato di figlio nei confronti del «genitore d'intenzione»: il legame genetico di uno dei membri della coppia col nato; la previsione nella legge straniera della facoltà per la madre surrogata di revocare il consenso alla rinuncia allo status di genitore fino alla nascita del bambino.

In definitiva solo in mancanza dei predetti elementi negativi e in presenza di quelli positivi, il giudice italiano potrà delibare il provvedimento straniero che riconosca quale genitore anche quello non legato biologicamente al nato⁵⁵. Altrimenti, qualora si ritenga che il giudice italiano debba in ogni caso delibare il provvedimento straniero, si favorirebbe lo sfruttamento del minore e della madre surrogata.

L'esito ermeneutico è pregevole: attraverso le circostanze positive e negative, la Cassazione ha

⁵⁴ Cass. Sez. un. n. 12193/2019, in *Fam. e dir.*, 2019, 7, 653 ss., con nota di G. FERRANDO, *Maternità di sostituzione all'estero: le Sezioni unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 4, 737 ss., con nota di U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surroga di maternità*; in *Corr. giur.*, 2019, 10, 1198 ss., con nota di D. GIUNCHEDI, *Maternità surrogata tra ordine pubblico, favor veritatis e dignità della maternità*. Questa sentenza è stata posta in discussione da Cass. ord. 21 gennaio 2022, n. 1842, cit., la quale ha rimesso gli atti al Primo Presidente al fine di una nuova rimessione della questione alle Sezioni Unite della Cassazione. Secondo le Sezioni semplici il diritto vivente come ricostruito dalle Sezioni unite del 2019 non è idoneo a impedire la lesione dei diritti fondamentali del minore. È intervenuta Cass. Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, in www.osservatoriofamiglia.it, la quale, pur confermando la soluzione accolta dai precedenti Sezioni Unite del 2019, ha rafforzato la tutela del nato dalla tecnica procreativa della gestazione per altri. Cfr. per completezza: Cass. ord. 29 aprile 2020, n. 8325, in *Corr. giur.*, 2020, 7, 902 ss., con nota di U. SALANITRO, *L'ordine pubblico dopo le Sezioni unite: la prima sezione si smarca... e apre alla maternità surrogata*; in *Fam. e dir.*, 2020, 7, 675 ss., con nota di G. RECINTO, *Un inatteso revirement della Suprema Corte in tema di maternità surrogata*; in *Fam. e dir.*, 2020, 7, 675 ss., con nota di G. FERRANDO, *I diritti del bambino con due papà: la questione va alla Corte costituzionale*. Qui la Suprema Corte solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 6, l. n. 40/2004, dell'art. 18 d.P.R. n. 396/2000 e dell'art. 64, comma 1 lett. g) l. n. 218/1995 nella parte in cui non consentono il riconoscimento dello stato di figlio nei confronti del «genitore d'intenzione». In risposta è intervenuta Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit., la quale, pur avendo dichiarato la questione di costituzionalità inammissibile, ha richiesto un intervento del legislatore. Quale pronuncia più risalente sulla surrogazione materna cfr. Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Corr. giur.*, 2015, 4, 471 ss., con nota adesiva, sebbene con un ragionamento più articolato, di A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 3, 10235 ss., con nota di C. BENANTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*, con riferimento a un caso di surroga di maternità effettuato in Ucraina in cui nessuno dei genitori committenti era legato biologicamente al nato.

⁵⁵ Sull'attività di bilanciamento quale competenza non esclusiva del legislatore ma propria del giudice ed imprescindibile nel momento applicativo in ragione «delle ineliminabili e imprevedibili peculiarità del caso concreto» cfr. G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni Unite in tema di d.c. maternità surrogata*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 2, 343-344, il quale critica, sotto questo profilo, le Sezioni Unite del 2019. Analogamente tramite un discorso più ampio sull'incidenza del principio di sussidiarietà nel diritto di famiglia cfr. M. PARADISO, *Sussidiarietà e limiti all'autoregolazione dei rapporti familiari*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 1, 163-164. In tema, più di recente, G. VETTORI, *Il pensiero di Mario Nuzzo nell'unità plurale di una grande scuola*, cit., 9-10, il quale, nel ricostruire il pensiero di Nuzzo, afferma che il giudice, rispetto al legislatore artefice degli interessi rilevanti, bilancia questi ultimi «al fine di stabilire la prevalenza e la misura della tutela» e dunque di porre la regola della decisione. Occorre però, continua Vettori, un controllo dell'esito ermeneutico sulla base di tre criteri: 1) coerenza tra mezzi impiegati e fine perseguito; 2) «minimo sacrificio degli interessi incisi»; 3) commisurazione della tutela in forza dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità, così da salvaguardare la certezza del diritto attraverso il vincolo del precedente.

coniugato l'identità del nato e il diritto al rispetto della vita familiare, da un lato, con la protezione del minore e della donna, dall'altro, nel rispetto della legge e dell'unità dell'ordinamento. Inoltre, la Cassazione, esigendo che la legge straniera preveda la revocabilità del consenso da parte della madre surrogata, ha valorizzato uno dei punti qualificanti del nostro sistema della filiazione secondo cui è madre colei che ha partorito.

Non vanno nascoste le difficoltà di accertamento delle già menzionate condizioni, come ha rilevato la Procura Generale della Corte di Cassazione nelle sue recenti osservazioni⁵⁶.

La pronuncia della Cassazione n. 1842/2022 è comunque più convincente di quella emanata dalle Sezioni unite della Cassazione del 2019⁵⁷, poiché è indubbio che l'interesse del minore di età giustifica, a certe condizioni, il riconoscimento dello *status filiationis* nei confronti del «genitore d'intenzione»⁵⁸. Lo stato di figlio è strumento di tutela ottimale del nato, in quanto attuativo della bigenitorialità e costitutivo dei legami di parentela con entrambi i rami genitoriali. Quest'ultimo aspetto è di particolare rilievo, come si evince da una condivisibile pronuncia della Corte costituzionale, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 55 l. 184/1983 nella parte in cui rinvia all'art. 300 comma 2° c.c.⁵⁹. Nella motivazione si è sottolineato che la rete dei legami di parentela è uno degli istituti necessari su cui la Repubblica fa leva, ai sensi dell'art. 31, comma 2, Cost., per proteggere l'infanzia e la gioventù.

⁵⁶ Rileva la Procura Generale della Corte Suprema di Cassazione, osservazioni del 21 ottobre 2022, in www.ilcaso.it, che il potere di accertare la sussistenza delle condizioni positive e negative spetterebbe in prima battuta all'ufficiale di stato civile, il quale non riuscirebbe a pervenire ad alcuna certezza sul se sia stata violata o meno la dignità della gestante. L'accesso al giudice sarebbe solo eventuale in seconda battuta a seguito di impugnazione dell'atto di trascrizione da parte del pubblico ministero o di chi ne ha interesse. Ma il giudice, secondo la Procura, non potrebbe compiere il bilanciamento caso per caso tra la posizione del minore e quella della gestante, spettando, l'attività di bilanciamento, come ha chiarito la Corte costituzionale, al legislatore.

⁵⁷ È di avviso contrario la Procura Generale della Corte Suprema della Cassazione, osservazioni 21 ottobre 2022, cit., secondo la quale le Sezioni Unite, investite dall'ordinanza della Cass. n. 1842/2022, dovranno ribadire quanto affermato da Cass. Sez. un. n. 12193/2019, cit.

⁵⁸ A. MALOMO, *Divieto di maternità surrogata in Italia, nascita all'estero mediante tecnica di gestazione per altri e riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore "intenzionale"*, in *Dir. succ. fam.*, 2021, 2, 409 ss., sostiene che il legislatore non debba intervenire prevedendo una regola rigida, generale e astratta. Spetta, invece, al giudice individuare volta a volta, nel momento applicativo, la soluzione normativa più rispondente alle specificità del caso concreto (p. 410-421).

⁵⁹ Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, cit.

E allora se la parentela ha rilievo costituzionale, ne consegue che gli ostacoli al suo sorgere devono avere un fondamento parimenti costituzionale, attuativo di un interesse prevalente rispetto a quello del minore di età a vedersi riconosciuto lo stato di figlio nei confronti del «genitore d'intenzione». Un tale interesse diverso da quello del minore difetta (salvo il caso in cui vi sia stato uno sfruttamento economico), poiché la parentela garantisce al nato un'esistenza più ricca e protetta anche sul piano patrimoniale (art. 316-bis e 433 ss. c.c.).

Va sottolineato che il problema della riconoscibilità in Italia dello stato di figlio nei confronti del «genitore d'intenzione» non può dirsi risolto adeguatamente dalla sentenza della Corte costituzionale sull'incostituzionalità parziale dell'art. 55 l. n. 184/1983. Si considerino, infatti, due aspetti. Il primo: il genitore biologico committente, cessata la relazione affettiva con il coniuge/convivente/unito civile, potrebbe negare l'assenso all'adozione in casi particolari richiesto dall'art. 46, comma 1, l. n. 184/1983, precludendo così la costituzione dello stato di figlio. Il secondo: i tempi lunghi del procedimento adottivo contrasterebbero con l'urgenza e la delicatezza degli interessi del nato. Entrambi questi profili sono stati stigmatizzati dalla Corte costituzionale⁶⁰.

Il mancato assenso da parte del genitore biologico, quale impedimento alla costituzione dello stato di figlio, determina, secondo la Corte costituzionale, una «disarmonia di sistema», cagionando al nato un pregiudizio irrimediabile⁶¹. L'ordinamento finisce con l'accettare i riflessi negativi sul nato delle dinamiche interne alla coppia⁶², il che non è accettabile sul piano della gerarchia dei valori⁶³.

⁶⁰ Corte cost. n. 32/2021, cit., § 2.4.1.3, rileva come l'adozione in casi particolari sia impraticabile proprio «nelle situazioni più delicate per il benessere del minore» come quelle in cui vi sia la crisi della coppia o la negazione dell'assenso da parte del genitore biologico esercente la responsabilità genitoriale; assenso richiesto dall'art. 46 l. n. 184/1983. Anche la lunghezza del procedimento adottivo in casi particolari è un aspetto disfunzionale alla tutela del minore, come ha rilevato anche la Corte EDU-Grande Camera nel parere consultivo del 10/04/2019.

⁶¹ Corte cost. n. 32/2021, cit., § 2.4.1.4.

⁶² Il caso sotteso alla citata pronuncia della Corte cost. n. 32/2021 riguardava la nascita in Italia di un figlio da una coppia di donne che avevano procreato all'estero con la procreazione eterologa. È accaduto che, a seguito della crisi di coppia, il genitore biologico abbia negato l'assenso all'adozione; diniego, questo, insuperabile per via giudiziaria qualora provenga dal genitore esercente la responsabilità genitoriale. Da qui la «disarmonia di sistema» di cui ha parlato la Consulta.

⁶³ P. PERLINGIERI, *Stagioni del diritto civile*, cit., 54-55, da tempo sottolinea come la gerarchia dei valori scaturente dalla gerarchia delle fonti sia indispensabile nel procedimento ermeneutico e nel controllo della soluzione cui perviene l'interprete. È evidente allora che la posizione giudica del minore, caratte-

Si aggiunga anche l'eventualità, pregiudizievole per il minore di età, della mancata proposizione della domanda di adozione da parte del «genitore d'intenzione», il quale potrebbe così sfilarsi dal progetto procreativo inizialmente condiviso.

b) La seconda sentenza della Cassazione a Sezioni Unite (2022) e il rafforzamento della posizione del nato.

La soluzione proposta dal giudice rimettente – *id est*: la Corte di Cassazione – non è stata accolta dal nuovo atteso pronunciamento della Cassazione a Sezioni Unite⁶⁴, la quale ha ribadito che il provvedimento straniero, giudiziale o atto di nascita, non è riconoscibile dallo Stato italiano nella parte in cui preveda lo stato di figlio nei confronti del «genitore d'intenzione», perché l'art. 12, comma 6°, l. n. 40/2004 è norma espressiva dell'ordine pubblico internazionale.

rizzata dalla centralità dell'identità personale e dall'interesse alla conservazione del legame affettivo familiare, non possa recedere rispetto alle pulsioni soggettive del genitore legale. *Quid iuris* allora? Soccorre, come autorevolmente rilevato da V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 2, 414-417, il principio del preminente interesse del minore utilizzato anche a «fini integrativi o più propriamente correttivi per mitigare la rigidità del principio di legalità o anche a volte per giustificare la disapplicazione, giungendo in molti casi ancora a ergersi al rango di vero e proprio principio fondativo della stessa legittimità e giuridicità di situazioni di fatto coinvolgenti il minore, che diversamente resterebbero non giustiziabili sul piano giuridico e senza un'appropriata tutela [corsivo mio]». L'A. ricorda come il superiore interesse del minore sia stato applicato «in funzione derogatoria di regole generali anche poste a tutela degli stessi minori (...) quante volte ad esigerlo è la particolare e specifica condizione in cui versi il singolo minore di che trattasi» (p. 420); si pensi ai casi di disapplicazione del principio di bigenitorialità, alle modalità agevolate per la madre di espiazione della pena, all'ingresso del minore extracomunitario in Italia sebbene affidato in kafalah, ai limiti all'espulsione dell'immigrato irregolare con prole e alla sottrazione internazionale di minore. Insomma, secondo Scalisi, l'interesse del minore, come è emerso anche dalla giurisprudenza della Corte Europea, è in grado di trasformare il fatto in diritto ove ciò sia necessario a scopo di tutela, anche imponendosi sulla singola norma di legge (p. 422). Affronta questo punto anche L. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., 98 ss., in un paragrafo intitolato «l'interesse del minore e il principio di legalità», denunciando il rischio di scardinamento degli «strumenti di protezione del minore previsti in via generale e astratta dal sistema legislativo. Il *caveat* è giusto, ma il principio del preminente interesse del minore è funzionale proprio a non cadere nelle angustie della decisione astratta (cfr. G. VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, in *Persona e mercato*, 2015, 2, 53 e 56, il quale lega l'interpretazione all'effettività del rimedio, perseguibile attraverso un'argomentazione basata «non solo sul metro della conformità a una regola, ma da criteri di correttezza, ragionevolezza, proporzionalità, imposti dal nuovo ordine giuridico»). Sia le regole che i principi, dunque, «vanno sottratti all'astrattezza», il che è particolarmente necessario nel diritto minorile.

⁶⁴ Cass. Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit.

Sebbene l'esito ermeneutico sia il medesimo di quello espresso dalla precedente sentenza della Cassazione a Sezioni Unite, la posizione del nato ne esce rafforzata. Ma si proceda con ordine, spendendo anzitutto qualche parola di sintesi sull'articolata motivazione della sentenza del 2022.

Il divieto della surroga biologica di maternità, sanzionato penalmente, tutela – lo si ribadisce – la dignità della donna e l'istituto dell'adozione o, più esattamente, il principio secondo cui lo stato di figlio slegato dalla derivazione genetica non dipende da un accordo di genitorialità se non nei casi espressamente previsti dalla legge: adozione e procreazione medicalmente assistita eterologa. Non vi è, dunque, un diritto assoluto di diventare genitore.

La dignità della donna è lesa, continuano le Sezioni Unite, anche se la surroga di maternità è stata effettuata a titolo gratuito, perché «la riduzione del corpo della donna ad incubatrice meccanica, a contenitore di una vita destinata ad altri, ne offende la dignità, anche in assenza di una condizione di bisogno della stessa e a prescindere dal concreto accertamento dell'autonoma e incondizionata formazione del suo processo decisionale»⁶⁵. Viene in rilievo un'accezione oggettiva della dignità, giustificata dall'intento *legis* general-preventivo di evitare una «china scivolosa» verso l'abuso e lo sfruttamento delle condizioni di fragilità della persona⁶⁶.

All'argomento, invero decisivo, sulla natura dell'art. 12, comma 6°, l. n. 40/2004, sono state aggiunte dalle Sezioni Unite due constatazioni. La prima: la Corte EDU ha negato che gli Stati siano obbligati a tutelare il nato attraverso il riconoscimento del provvedimento straniero, essendo appropriata anche l'adozione, purché questa sia disposta celermente e sia idonea a garantire all'adottato una parentela completa in attuazione dell'art. 8 della Cedu. La seconda: la Corte costituzionale, nella convinzione che la maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane» ha invocato, nello spirito della leale collaborazione tra i poteri dello Stato, un intervento del legislatore affinché il nato non sia esposto a vuoti di tutela.

Ancora: secondo le Sezioni Unite i suggerimenti del giudice rimettente sui criteri (positivi e negativi) da seguire nel procedimento di delibazione del provvedimento straniero sarebbero creativi del diritto e, perciò, invasivi dello spazio della politica⁶⁷.

⁶⁵ Cass. Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit., § 18.

⁶⁶ Cass. Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit., § 18.

⁶⁷ Cass. Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit., § 6, afferma che «la valutazione in sede interpretativa non può spingersi sino alla elaborazione di una norma nuova con l'assunzione di un ruolo sostitutivo del legislatore. La giurisprudenza non è fonte del diritto».



Inoltre, si verrebbe a creare una sorta di automatismo del riconoscimento, poiché il primo a essere chiamato a valutare l'atto straniero sarebbe soprattutto l'ufficiale dello stato di civile rispetto alla domanda di trascrizione dell'atto di nascita formato legittimamente in un altro paese.

556 Le Sezioni Unite non potevano fermarsi qui: dovevano altresì valutare se l'adozione in casi particolari, scelto quale strumento per costituire eventualmente lo stato di figlio, avrebbe fornito una tutela davvero effettiva al nato dalla gestazione per altri. Ed è su questo aspetto che la sentenza ha compiuto un passo avanti significativo rispetto a quello già effettuato dalla Corte costituzionale con la sentenza che ha esteso all'adottato in casi particolari la parentela completa propria dell'adozione piena⁶⁸. È stata prospettata la praticabilità dell'interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 46, comma 2° e 57 l. n. 184/1983, nel senso di ammettere l'intervento sostitutivo del giudice qualora il genitore biologico esercente la responsabilità genitoriale abbia negato ingiustificatamente - solo per una ripicca dettata dalla crisi di coppia - l'assenso previsto dall'art. 46, comma 2°, l. n. 184/1983 all'adozione in casi particolari⁶⁹. Con questa correzione interpretativa, il nato non incorre nell'inattuazione del principio di bigenitorialità a causa di un sopravvenuto contrasto tra i responsabili della sua nascita.

Per le Sezioni Unite, quindi, l'adozione in casi particolari è uno strumento di tutela divenuto oramai idoneo a tutelare adeguatamente il nato, poiché rispetta i requisiti di disciplina richiesti dalla Corte

⁶⁸ Corte cost., 22 febbraio 2022, n. 79 cit.

⁶⁹ Cass. Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit., § 11, sostiene che «il dissenso alla costituzione del legame di filiazione adottiva da parte del genitore biologico esercente la responsabilità genitoriale non può essere espressione di un volere meramente potestativo, ma va collocato in una dimensione funzionale». Da questo angolo di osservazione le Sezioni Unite aggiungono che «è possibile superare la rilevanza ostativa del dissenso all'adozione in casi particolari ai sensi della lettera d), tenendo conto che il contrasto [ndr tra il genitore biologico e il genitore d'intenzione] rischia, non di vanificare l'acquisto di un legame ulteriore rispetto a quello che il minore ha con la famiglia di origine [ndr fattispecie in cui si giustifica l'assenso], ma proprio di sacrificare uno dei rapporti sorti all'interno della famiglia nella quale il bambino è cresciuto, privandolo di un apporto che potrebbe invece essere fondamentale per la sua crescita e il suo sviluppo». Perciò «il genitore biologico potrebbe negare l'assenso all'adozione del partner solo nell'ipotesi in cui quest'ultimo non abbia intrattenuto alcun rapporto di affetto e di cura nei confronti del nato, oppure abbia partecipato solo al progetto di procreazione ma abbia poi abbandonato il partner e il minore». Se l'assenso è negato senza alcuna giustificazione a tutela dell'interesse del minore, il giudice potrebbe pertanto emanare un provvedimento che tenga luogo dell'assenso mancante, quale presupposto indispensabile dell'adozione in casi particolari.

europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte costituzionale.

Questo nuovo pronunciamento è senz'altro equilibrato poiché sviluppa - va riconosciuto - una (non l'unica) linea interpretativa ragionevole e coerente; esso esprime una concezione del diritto quale scienza in evoluzione, contrassegnata non già da rotture ma da acquisizioni progressive quali riflesso di una corrispondenza virtuosa tra esigenze sociali e regole giuridiche in chiave ricostruttiva di sistema. Nel rispetto delle competenze di ciascun potere dello Stato e con l'intento di assicurare la leale collaborazione tra le Corti⁷⁰, le Sezioni Unite, pur avendo contezza delle aperture di altri paesi⁷¹, hanno rifiutato la tesi della riconoscibilità del provvedimento straniero, preoccupandosi però - va apprezzato - di rafforzare la tutela del nato: la vera novità è l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 46, comma 2°, l. n. 184/1983.

Proprio quest'ultima, tuttavia, fa sorgere il dubbio di una forzatura, scontrandosi con il tenore letterale dell'art. 46, comma 2°, l. n. 184/1983, il quale stabilisce chiaramente che qualora il diniego dell'assenso provenga dal genitore esercente la responsabilità genitoriale non sussiste il potere sostitutivo del giudice. Se, come hanno ritenuto le Sezioni Unite, l'assenso si giustifica solo per evitare che si costituisca una seconda famiglia - quella tra adottante e adottato - e non già quando la famiglia è una soltanto - come nel caso del progetto procreativo comune - allora non dovrebbe proprio applicarsi l'art. 46 l. n. 184/1983; invece le Sezioni Unite lo ritengono applicabile evocando il potere sostitutivo del giudice nell'interesse del minore. Sarebbe apparso più coerente sostenere l'illegittimità costituzionale dell'art. 46, comma 2° cit. nella parte in cui prevede l'assenso del genitore esercente la responsabilità genitoriale anche nell'ipotesi in cui vi sia una sola famiglia nella quale è maturato il progetto procreativo.

Ad ogni modo la critica più penetrante, di cui le Sezioni Unite sono consapevoli⁷², attiene al fatto che l'adozione da parte del «genitore d'intenzione», fondandosi sull'iniziativa di quest'ultimo, offre una comoda via per dismettere la propria responsabilità: è risolutivo non proporre alcuna domanda di adozione. E allora la soluzione delle Sezioni unite, da

⁷⁰ Cass. Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit., sottolinea la necessità metodologica di «un progredire nel dialogo con i precedenti» (§ 7). Così le Sezioni Unite non intendono vanificare l'impostazione della Corte costituzionale, la quale, con la sentenza-monito di inammissibilità n. 33/2021, ha avviato un dialogo istituzionale con il legislatore, per adesso non proseguito da quest'ultimo.

⁷¹ Cass. Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit., § 18, in particolare del Bundesgerichtshof.

⁷² Cass. Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit., § 12.

un lato, lascia aperto un *vulnus* nella tutela del nato, dall'altro, non assicura la tutela della dignità della gestante poiché le coppie, verosimilmente, continueranno a ricorrere alla gestazione per altri in paesi laddove è consentita.

Ad avviso di scrive c'era lo spazio, forse più stretto, per un'altra soluzione che non avrebbe contrastato né con il sistema né con quanto affermato dalla Corte Costituzionale e dalla Cassazione a proposito della legittima prerogativa del legislatore di avversare la surroga di maternità quale pratica contrastante con valori fondamentali della Repubblica: occorre tenere separati il piano della valutazione della tecnica procreativa da quello della tutela del nato. Seguendo questa impostazione si svolgono le seguenti considerazioni.

La procreazione medicalmente assistita – lo si ribadisce – si fonda essenzialmente sul principio dell'assunzione di responsabilità della nascita non revocabile *ad nutum* (artt. 6, comma 3°, 8° e 9° l. n. 40/2004). Tale principio connota, come rilevato sopra, anche la procreazione naturale, sebbene “a valle” di questa. Allora se lo stato di figlio si giustifica a prescindere dalla verità biologica, se la parentela è un istituto protettivo del minore i cui diritti devono essere effettivamente garantiti, ne consegue che soluzioni preclusive in assoluto dello stato di figlio non appaiono soddisfacenti. Non lo è quella suggerita dalla Corte costituzionale⁷³ di applicare l'art. 333 c.c. a fronte della condotta del genitore che impedisca ogni frequentazione del figlio con il «genitore d'intenzione»; non lo è neppure quella che reinterpretando l'art. 279 c.c. sulla responsabilità per il mantenimento e l'educazione al fine di ammettere la relativa azione contro il «genitore d'intenzione» che rifiuti di adottare il nato⁷⁴. Entrambe le tesi eludono la rilevanza costituzionale della parentela: un risultato, questo, non in linea con il preminente interesse del minore che si traduce nel diritto alla bigenitorialità quale valore da salvaguardare, come ha più volte sottolineato la Corte europea dei diritti dell'uomo⁷⁵.

⁷³ Corte cost., 25 ottobre 2016, n. 225, cit.

⁷⁴ La prima soluzione si limita a garantire una mera frequentazione tra il genitore sociale e il minore di età, senza che vi sia titolarità della responsabilità genitoriale di esclusiva spettanza del genitore biologico. La seconda inverte il diritto del nato di essere mantenuto, istruito ed educato, tenendo però il medesimo fuori dalla famiglia del genitore non biologico. Su queste posizioni cfr. l'ampia analisi di G. CHIAPPETTA, *Tutela del minore e continuazione della responsabilità genitoriale de facto*, in *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, a cura di F. Pesce, Napoli, 2022, 83 ss.

⁷⁵ Cfr. più di recente Corte EDU, 22 novembre 2022, *caso D.B. e altri c. Svizzera*, ric. n. 58817/15 e 58252/15, in www.hudoc.echr.coe.int, la quale, in un caso di gestazione per altri effettuata da una coppia di uomini, da un lato ribadisce che lo Stato Membro deve necessariamente prevedere una misura

Si dovrebbe, invece, valorizzare l'assunzione di responsabilità della nascita quale fondamento della filiazione, impermeabile al ripensamento da parte del genitore biologico e del «genitore d'intenzione». Chi ha determinato la nascita non può revocare *ad libitum* il proprio consenso, come si evince dai termini di improponibilità delle azioni di stato, dal diritto al rispetto della vita familiare e dagli artt. 6, comma 3, 8 e 9 della legge n. 40/2004. Altrimenti si determina una violazione del principio del preminente interesse del minore e dell'unicità dello stato di figlio, posto che lo *status filiationis* dipenderebbe dalla oscillante volontà del «genitore d'intenzione» o del genitore esercente la responsabilità genitoriale. Certo, il preminente interesse del minore non implica supremazia assoluta su gli altri valori e interessi in conflitto (ciò che non sarebbe conforme alla Costituzione), ma esso è pur sempre centrale nel sistema della filiazione, di talché il bilanciamento non può pervenire a esiti che mettano a rischio il benessere psico-fisico del minore. È stato acutamente rilevato in dottrina che si tratta di un «bilanciamento ineguale»⁷⁶.

In questo quadro normativo si giustifica la trascrizione del provvedimento straniero che indica una doppia genitorialità da gestazione per altri⁷⁷,

volta alla costituzione dello stato di figlio anche nei confronti del genitore d'intenzione (§ 81), dall'altro, sottolinea che il minore non può né essere lasciato nell'incertezza giuridica quanto alla sua identità nella società, né essere privato della possibilità di vivere ed evolvere in un ambiente stabile (§ 89).

⁷⁶ V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, cit., 433-434, rileva come l'interesse del minore rispetto ad altri interessi stia in rapporto di «preferenzialità nel senso che, nei casi dubbi o di difficile soluzione (ad es. di interessi difficilmente conciliabili), il superiore interesse del minore beneficia pur sempre, in linea di principio, di una considerazione determinante e prevalente ai fini della più appropriata decisione da adottare». Il che deve avvenire sempre, secondo una valutazione non già aprioristica, ma a posteriori, personalizzata e contestualizzata.

⁷⁷ *Contra* V. CALDERAI, *Ordine pubblico internazionale e Drittwirkung dei diritti dell'infanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 3, 478 ss., il cui elegante ragionamento fa leva essenzialmente sull'indisponibilità dello status (cfr. in part. p. 500). Si può replicare che le ragioni sottese a quest'ultimo principio vanno bilanciate con il preminente interesse del minore, le cui applicazioni giurisprudenziali nelle azioni di stato hanno finito con l'oltrepassare l'indisponibilità dello stato proprio a tutela il minore. All'Autrice non sfugge la centralità del minore nel diritto di famiglia; Ella propende per l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 46 l. n. 184/1983, così da ritenere insussistente il potere in capo al genitore esercente la responsabilità genitoriale di negare l'assenso all'adozione ove ciò sia contrario all'interesse del minore. Rimarrebbe però il problema della mancata iniziativa giudiziale da parte dell'adottante, il quale, non richiedendo l'adozione, avrebbe una comoda via per dismettere le proprie responsabilità. Lo rileva giustamente E. BILOTTI, *La tutela dei nati a seguito di violazione dei divieti previsti dalla l. n. 40/2004. Il compito del legislatore dopo il giudizio della Corte costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*,



previa verifica di conformità all'interesse del minore da parte del giudice adito⁷⁸ anche da parte del genitore biologico qualora quello d'intenzione non intenda più dare seguito al progetto procreativo inizialmente condiviso.

È comunque difficile trovare un punto di equilibrio tra l'intenzione del legislatore di ostacolare la gestazione per altri e la tutela del preminente interesse del minore, il quale non può subire una privazione ingiustificata dello stato di figlio, né perdere all'improvviso una figura genitoriale di riferimento a seguito del trasferimento familiare in un altro paese europeo. Il problema andrebbe più compiutamente affrontato, come si dirà meglio in seguito, a livello europeo.

c) La procreazione eterologa effettuata all'estero.

2021, 4,923-924, il quale, a tutela dell'interesse del minore, propone *de jure condendo* di estendere tutte le norme del Titolo IX del libro primo del codice civile al rapporto tra il nato e il genitore committente non biologico, senza però - se si è ben compreso - la costituzione dello *status filiationis* (p. 923) e a iniziativa processuale del nato. Ciò appare problematico sotto il profilo di una discriminazione dei nati da gestazione per altri rispetto a chi è nato da altre partiche di procreazione assistita legittime o illegittime. Bilotti estende la sua proposta di reclamare la responsabilità genitoriale e non già lo stato di figlio anche nei confronti del genitore committente biologico, che pure - non va sottaciuto - ha posto in essere una pratica riprovata dall'ordinamento italiano. Si può replicare che scindere la titolarità della responsabilità genitoriale dallo stato di figlio appare lesivo dell'identità personale del nato, il quale verrebbe sminuito nei diversi contesti sociali, non avendo la dignità giuridica di figlio. Altra è la prospettiva di B. CECCHINI, «*Vita familiare*» vs «*maternità surrogata*»: il nuovo punto di equilibrio della Corte europea. *Quale rilevo all'identità del nato?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 2, 396 ss., più centrata sul nato e sulla necessità di individuare un «fondamento minimo della filiazione». Si sostiene che, valorizzando il diritto alla vita privata del nato di cui all'art. 8 Cedu, la mancanza del legame genetico nei confronti del «genitore d'intenzione» non ostacolerebbe il riconoscimento dello stato di figlio a tutela dell'identità personale di chi è nato da una PMA vietata in Italia (p. 401).

⁷⁸ Trib. Bari, 20 luglio 2022, in www.ilcaso.it, respinge la domanda di cancellazione del «genitore d'intenzione» proposta ai sensi dell'art. 95 d.P.R. n. 396/2000, argomentando come segue: dal diritto alla continuità del legame affettivo del nato con entrambe le madri, le quali avevano condiviso un progetto di genitorialità tramite gestazione per altri negli Stati Uniti dove è avvenuta la nascita; dalla rilevanza dell'assunzione di responsabilità nella legge 40/2004; dall'inadeguatezza dell'adozione in casi particolari quale strumento di attuazione del principio della bigenitorialità. Occorre, secondo il Trib., un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 8 l. 40/2004, che agevoli lo *status filiationis*, soprattutto quando non vi è «stata alcuna concreta lesione della dignità della gestante [per altri] che possa prevalere sulla tutela dei diritti del nato».

Ci si chiede se siffatti argomenti valgano anche nel caso della procreazione eterologa effettuata all'estero da una coppia di donne con nascita del bambino in Italia, così da ammettere la legittimità della formazione dell'atto di nascita con l'indicazione di due madri: la donna che ha partorito e quella che si è assunta la responsabilità della nascita⁷⁹. La risposta affermativa non è affatto agevole, poiché la tesi negativa vanta argomenti significativi che muovono da un dato: con la nascita in Italia è da escludere l'inquadramento della fattispecie nel diritto internazionale privato, pertanto è applicabile il diritto italiano e non il parametro dell'ordine pubblico internazionale quale limite all'ingresso di provvedimenti stranieri nel nostro ordinamento. Di conseguenza la Corte di Cassazione ha negato la legittimità della doppia maternità: solo la donna che ha partorito è da indicare nell'atto di nascita che si forma in Italia⁸⁰.

A sostegno la Suprema Corte ha addotto i seguenti argomenti: il divieto di accesso alla PMA da parte delle coppie omosessuali (art. 5 l. 40/2004); il requisito della sterilità/infertilità non altrimenti rimosibile quale presupposto oggettivo di accesso alla PMA (art. 4 l. n. 40/2004), al quale non è riconducibile l'infertilità (non patologica) della coppia omo-affettiva; l'impraticabilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 8 l. n. 40/2004, il quale, secondo l'impostazione accolta dalla Cassazione, imporrebbe la costituzione dello stato di figlio solo a fronte dell'espletamento di tecniche di PMA consentite dalla legge⁸¹. La donna che non ha partorito potreb-

⁷⁹ Nella coppia, la donna non gestante potrebbe aver donato i propri ovuli alla propria compagna in modo che entrambe le donne siano coinvolte nella procreazione. Il nato sarà figlio genetico della donna donatrice, sebbene egli sia stato partorito dall'altra donna, la quale è comunque madre ai sensi della normativa vigente.

⁸⁰ Cass., 13 luglio 2022, n. 22179, in *newsletter Ondif 2022*. Analogamente: Cass., 23 agosto 2021, n. 23320, in *Fam. e dir.*, 2022, 2, 154 ss., con nota adesiva di C. DIQUATTRO, *Lo status del minore nato in Italia da una coppia di donne*. Secondo la Cass. la deroga al legame genetico quale fondamento della filiazione è consentita dalla legge 40/2004 solo rispetto alla coppia eterosessuale che abbia avuto accesso alla procreazione eterologa (cfr. anche Cass. n. 23321/2021 identica nella motivazione). Cfr. anche Cass. 22 aprile 2020, n. 8029, in *Banca dati-Leggi d'Italia*, Cass., 3 aprile 2020, n. 7668, in *Corr. giur.*, 2020, 8-9, 1041 ss., con nota critica di A. G. GRASSO, *Nascita in Italia e PMA da coppia di donne: la Cassazione nega la costituzione del rapporto filiale*, secondo la quale è contrario alla legge n. 40/2004 il riconoscimento della doppia maternità, poiché il legislatore ha inteso garantire al nato da PMA «le migliori condizioni di partenza» date dalla presenza di un padre e di una madre.

⁸¹ Cass., 13 luglio 2022, n. 22179, cit., § 2.3, afferma che l'esegesi costituzionalmente orientata è praticabile solo quando vi è un'alternativa ermeneutica che si palesi in contrasto con norme o principi costituzionali. Ora, secondo la Cassazione e la

be, tuttavia, ricorrere all'adozione in casi particolari per formalizzare il legame di fatto esistente con il nato⁸².

Questo orientamento della Suprema Corte, avvertato da qualche giudice di merito⁸³ e da alcuni Autori⁸⁴, sembra inattaccabile poiché consonante alle scelte di fondo della legge 40/2004, le quali postulano l'adesione al modello tradizionale della filiazione: quello con due genitori di sesso diverso («famiglia *ad instar naturae*»)⁸⁵. Tuttavia, qualche dubbio sulla correttezza dell'esito ermeneutico si insinua se si scinde la posizione giuridica del nato rispetto all'interpretazione unitaria della legge 40/2004 in punto di requisiti di accesso alla PMA.

Corte costituzionale, la disposizione che vieta l'accesso alla PMA alle coppie dello stesso sesso non è affatto in contrasto con la Costituzione; dunque, mancherebbe proprio quell'alternativa incostituzionale da correggere con un'altra interpretazione conforme alla Costituzione. Spetta, dunque, al legislatore stabilire se nei confronti della seconda madre (c.d. «genitore d'intenzione») possa essere costituito lo stato di figlio. La Cassazione è convinta che, in forza di un'interpretazione unitaria della legge 40/2004, non si possa scindere il piano dei requisiti di accesso alla PMA rispetto al piano delle regole di costituzione dello stato di figlio, perciò se i requisiti soggettivi e oggettivi sono stati violati non è possibile riconoscere lo stato di figlio. Concorda Cass. Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit., § 21.2, secondo la quale gli artt. 8 e 9 l. n. 40/2004 si applicano solo alla procreazione eterologa cui abbiano avuto accesso coppie formate da soggetti di sesso diverso.

⁸² Cass., 13 luglio 2022, n. 22179, cit., § 2.4.

⁸³ È interessante leggere le motivazioni della Corte d'Appello di Roma e della Corte d'Appello di Perugia, riportate rispettivamente da Cass. n. 23320/2021 e da Cass. n. 23321/2021 cit., favorevoli alla costituzione dello stato di figlio anche nei confronti del «genitore d'intenzione».

⁸⁴ In particolare da V. BARBA, *Procreazione medicalmente assistita eterologa omosessuale: c'è differenza se il figlio nasce in Italia o all'estero. Intorno a tre recenti sentenze della Cassazione*, in *Dir. succ. fam.*, 2021, 3, 819 ss.

⁸⁵ Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, in *Corr. giur.*, 2019, 12, p. 1460 ss., con nota di G. RECINTO, *La legittimità del divieto per le coppie same sex di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche "chiarimento" e alcuni "revirement, sottolinea come come la legge 40/2004 si basi su due architravi: 1) l'ammissibilità della PMA solo per superare sterilità/infertilità; 2) l'accoglimento del modello di genitorialità caratterizzato da due genitori di sesso diverso. Il caso riguarda l'accesso alla PMA negato da un centro italiano a una coppia di donne. Sulla stessa linea interpretativa si pone Corte cost., 15 novembre 2019, n. 237, in *Fam. e dir.*, 2020, 4, 325 ss., con nota di M. SESTA, *L'atto di nascita del cittadino straniero nato in Italia non può recare il riconoscimento di due madri*, secondo la quale la norma desumibile da diverse disposizioni di legge che esclude la doppia maternità non determina né una discriminazione basata sull'orientamento sessuale né un'ingiustificata disparità di trattamento delle coppie omosessuali rispetto a quelle eterosessuali. Il caso è quello di due donne, una cittadina italiana l'altra americana, che hanno effettuato la procreazione eterologa in Danimarca con nascita del figlio in Italia. L'una è madre gestazionale (l'unica riconosciuta dal diritto italiano), l'altra, cittadina italiana, è «genitore d'intenzione» esclusa dall'ufficiale dello stato civile dall'atto di nascita.*

Sono plurime le considerazioni da svolgere. Anzitutto non è possibile escludere la rilevanza del preminente interesse del minore nelle questioni statutarie⁸⁶, ciò che accadrebbe se l'art. 5 della legge 40/2004 impedisse all'ufficiale dello stato civile di indicare due madri nell'atto di nascita. L'interesse del minore esige una tutela effettiva del nato, funzionale a garantirgli sicurezza e sviluppo armonico della personalità, come emerge dalle fonti sovranazionali e dalle politiche dell'Unione Europea. Un tale obiettivo, a ben vedere, è stato perseguito dal legislatore nell'art. 9 della legge 40/2004, il quale impedisce a ciascun membro della coppia di dismettere la propria responsabilità genitoriale. Va richiamato anche l'art. 6 l. 40/2004 che detta regole sul procedimento di formazione del consenso informato e prescrive al comma 3 l'irrevocabilità del consenso dal momento della fecondazione dell'ovulo.

Se il legislatore ha inteso garantire la costituzione dello *status filiationis*⁸⁷, si ha la conferma che, sul piano assiologico, la posizione del nato è superiore agli interessi della coppia e alle ragioni di politica del diritto sottese ai limiti di accesso alla PMA. L'interprete non deve smarrire il rilievo costituzionale primario dell'interesse del minore, «sovraordinato a valori confliggenti espressi dalla legislazione nazionale ordinaria»⁸⁸. Di conseguenza il riferimento letterale dell'art. 8 l. 40/2004 ai «nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita» deve essere inteso in senso ampio, ossia comprensivo anche di quei nati mediante tecniche procreative illecite⁸⁹.

⁸⁶ Perspicua è la sottolineatura di V. BARBA, *op. ult. cit.*, 833, secondo cui il superiore interesse del minore è non solo un principio e una regola procedurale, ma anche un diritto sostanziale, come ha affermato il Comitato dei Diritti del Fanciullo, istituito dalla Convenzione Onu sui diritti del fanciullo.

⁸⁷ Già Cass., 16 marzo 1999, n. 2315, in 1999, I, 1834 ss., commentata da diversi Autori, ha negato l'azione di disconoscimento della paternità da parte del marito che aveva acconsentito alla procreazione eterologa, poiché la mancanza del legame genetico è sopperita dall'assunzione di responsabilità della nascita.

⁸⁸ Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, in *Giur. it.* 2017, 11, 2365 ss., con nota di A. DIURNI, *Omogenitorialità: la giurisprudenza italiana si apre all'Europa e al mondo*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 3, 362 ss., con nota di G. PALMERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*; in *Corr. giur.*, 2017, 2, 181 ss., con nota di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, § 8.4.

⁸⁹ *Contra* E. BILOTTI, *op. ult. cit.*, p. 928 e *contra* Cass. Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit. Invece A. SASSI, *Filiazione intenzionale e interesse allo status*, cit., 552, sottolinea come la legge 40/2004 abbia valorizzato l'assunzione di responsabilità «posta dal sistema a fondamento del divieto di accertamento negativo contenuto nell'art. 9 l. n. 40/2004 e, specularmente, del diritto del figlio ad acquisire lo stato su di essa fondato». V. BARBA, *op. ult. cit.*, 831, ritiene applicabile l'art. 250 c.c. per analogia.

L'acquisizione dello stato di figlio nonostante l'illegittimità della tecnica procreativa è inoltre coerente con l'unicità dello stato di figlio (art. 315 c.c.), principio da cui si desume il tendenziale rilievo dello *status filiationis* per tutti i nati. Si può dunque desumere un *favor* per la costituzione dello stato di figlio in tutti i casi in cui si sia stata determinata la nascita; *favor* proteso a realizzare una tutela piena del nato anche in ragione della rilevanza costituzionale della parentela qui più volte sottolineata.

Un tale quadro giuridico mal si concilia, come invece ha sostenuto la Cassazione⁹⁰, con una diversità di regole applicabili allo stato di figlio a seconda del Paese in cui sia avvenuta la nascita⁹¹: se all'estero lo Stato italiano delibera il provvedimento straniero⁹², se in Italia l'organo giudiziario riconosce come madre solo la donna che ha partorito. Si determinerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra nati da PMA, oltre ad aversi un effetto sanzionatorio di un soggetto debole. Di più: si svaluterebbe il legame affettivo familiare tutelato a prescindere dalla derivazione biologica⁹³ e la rete parentale quale dimensione strutturale del diritto minorile⁹⁴.

⁹⁰ Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, cit. e Cass. 13 luglio 2022, n. 22179, cit. Nella prospettiva di V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, cit., 418, il principio del preminente interesse del minore opererebbe in funzione adeguatrice e correttiva del principio di legalità.

⁹¹ *Contra* M. SESTA, *L'atto di nascita del cittadino straniero* (...), cit., 331, il quale concentra l'argomentazione sul disegno costituzionale che sarebbe estraneo all'idea «che possano costituire coppia genitoriale due genitori dello stesso sesso». La Corte costituzionale è giunta tuttavia a una determinazione diversa, ossia che la Carta costituzionale non impone la genitorialità di sesso diverso, lasciando il legislatore libero di stabilire se due persone dello stesso sesso possano adottare o accedere alla PMA.

⁹² Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, cit., afferma che la delibazione del provvedimento straniero (atto di nascita spagnolo) da cui risultano due madri – una gestazionale, l'altra fornitrice degli ovuli – nell'ambito di un progetto genitoriale condiviso non contrasta con l'ordine pubblico internazionale, poiché la disposizione di cui all'art. 269, comma 3, c.c. non è imposta dalla Costituzione. Ciò in quanto l'art. 31, comma 2, Cost. non «tutela esclusivamente la maternità che si manifesta con il parto, relegando nel mondo dell'irrelevanza giuridica la trasmissione del patrimonio genetico racchiuso nell'ovulo donato dalla donna» (cfr. § 11.1). L'art. 269, comma 3, c.c., continua la Suprema Corte riprendendo il pensiero della dottrina, è solo «una norma riguardante la prova della maternità» e non già il fondamento di essa.

⁹³ V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, cit., 426, sottolinea come l'interesse del minore possa fondare «un vero e proprio rapporto di filiazione».

⁹⁴ V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, cit., p. 432-433, richiama, quale sostrato normativo della rete familiare in cui si inserisce il minore, gli artt. 317-bis e 337-ter comma 1, c.c. sul legame con gli ascendenti. Cfr. *amplius* R. SENIGAGLIA, *Status filiationis e dimensione relazione dei rapporti di famiglia*, Napoli, 2013.

Di tutto questo occorre tener conto anche rispetto alla tecnica procreativa vietata dalla legge; ne va della tutela del diritto del nato al pieno e integrale sviluppo della sua persona⁹⁵ e della sua sicurezza rispetto a eventi quali la crisi di coppia o il decesso del genitore biologico.

8. Crisi del rapporto genitoriale, saldezza del legame genetico e doppia famiglia: la c.d. «adozione mite».

Si è sottolineato che la costituzione dello *status filiationis* è la soluzione che tutela maggiormente il nato, anche quando la procreazione medicalmente assistita è effettuata all'estero e a prescindere dal paese di nascita del figlio. Non ne deriva una svalutazione del *favor veritatis* causata, secondo una voce diffusa, da un individualismo esasperato che tutto subordina al benessere psichico dell'adulto. Non è questione di «fare un processo alle intenzioni»⁹⁶: la verità resta un valore di primo piano, pur essendo influenzata da fatti che evocano altri valori e diritti da bilanciare. Non fosse altro perché la costituzione dello stato di figlio attua più compiutamente l'impegno degli Stati, assunto ai sensi dell'art. 8 della Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, «di rispettare il diritto del fanciullo a preservare la propria identità, ivi compresa (...) le sue *relazioni familiari*, così come riconosciute dalla legge, senza ingerenze illegali».

Le «relazioni familiari», oltre a innestarsi sulla discendenza biologica, scaturiscono dal rapporto stabile e duraturo che riproduce quello genitoriale. Il che può verificarsi non solo rispetto alla genitorialità sociale o al progetto procreativo condiviso, ma anche rispetto a quella relazione significativa consolidatasi tra il minore di età e soggetti diversi dai genitori in un contesto di difficoltà socio-economica di questi ultimi nell'adempiere ai propri doveri. Su quest'ultima fattispecie si intende soffermarsi.

⁹⁵ Cfr. artt. 18, comma 1, 27, comma 1 e 29 comma 1 lett. a) Conv. Onu 1989. Se il principio del preminente interesse del minore è connotato al personalismo costituzionale, nelle decisioni giudiziali non può prevalere una logica astratta né un singolo divieto di legge non riguardante direttamente e specificamente il minore. Altrimenti cosa ne sarebbe del principio? Verrebbe spesso sacrificato in antitesi con la sua preminenza.

⁹⁶ Il fatto che non vi sia un diritto alla genitorialità esteso anche al *quomodo* oltre che all'*an* e al *quando*, come ha rilevato la Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, cit., non implica che, a fronte di una PMA riprovata dall'ordinamento, non si debba attuare il principio del preminente interesse del minore nel quadro dei diritti e dei valori costituzionali rilevanti. Nella dinamica giuridica che coinvolge la filiazione pesa fortemente la necessità costituzionale – lo si sottolinea in questa sentenza (§ 8.3) – di tutelare l'identità del minore.

Essa evoca due esigenze confliggenti: 1) proteggere l'identità personale del figlio legata al rapporto, da salvaguardare prioritariamente⁹⁷, con i propri genitori biologici; 2) garantire al medesimo una protezione adeguata anche attraverso l'allontanamento dai genitori e l'adozione. La questione principale attiene ai limiti entro cui la prima esigenza contenga la seconda. È questo un problema che coinvolge il diritto del minore di «crescere e di essere educato nell'ambito della propria famiglia» (art. 1 legge n. 184/1983). Si tratta di un diritto fondamentale, evocativo della costruzione del Sé, che esige di considerare l'adozione «piena» quale *extrema ratio*. Ciò implica che l'interruzione definitiva dei rapporti con la famiglia d'origine, effetto dell'adozione «piena» (art. 27, comma 3, l. 184/1983), postuli un «endemico e radicale stato di abbandono», conseguenza «dell'irreversibile incapacità del genitore» di allevare e curare il proprio figlio «per totale inadeguatezza»⁹⁸.

⁹⁷ M. MORETTI, *L'affidamento familiare*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da G. Bonilini. Milano, 2022, III, 484, sottolinea come l'istituto dell'affidamento familiare, espressione dell'art. 31 Cost., sia strumento di attuazione del diritto del minore di crescere nella propria famiglia di sangue (art. 1 l. n. 184/1983). Di conseguenza, qualora vi sia incertezza sulla recuperabilità della famiglia dui origine, occorre disporre comunque l'affidamento familiare, essendo l'adozione un'*extrema ratio*.

⁹⁸ Cass., 25 gennaio 2021, n. 1476, in *Corr. giur.*, 2021, 8-9, 1066 ss., con nota di U. SALANITRO, *L'adozione mite tra vincoli internazionali e formanti interni*. Cfr. anche: Cass., 17 maggio 2021, n. 23797, in *Banca dati-Leggi d'Italia*, la quale afferma al § 10.1 che lo stato di abbandono è subordinato all'individuazione, «rigorosamente accertata e provata» di «gravi ragioni» concrete e non astratte in proiezione futura, le quali impediscono alla famiglia di origine «di garantire una normale crescita ed adeguati riferimenti educativi»; Cass., 17 maggio 2019, n. 13408, in *Banca dati-Leggi d'Italia*, al § 6 si sofferma sulle indagini cui è tenuto il giudice sui genitori, sul minore e sui nonni prima di disporre lo stato di adottabilità; Cass., 30 giugno 2016, n. 13435, in *Foro it.*, 2016, 7-8, 1, 2319 ss., sulla non essenzialità di un solo episodio di abbandono; Cass., 13 febbraio 2020, n. 3643, in *Fam. e dir.*, 2020, 11, 1063 ss., con nota di A. THIENE, *Semiabbandono, adozione mite, identità del minore. I legami familiari narrati con lessico europeo* e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 4, p. 830 ss., con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Abbandono e semiabbandono del minore nel dialogo tra Cedu e Corti nazionali*, ribadisce l'eccezionalità dell'adozione piena e afferma che solo una volta escluso lo stato di abbandono il giudice può verificare se vi sono le condizioni per l'adozione ai sensi dell'art. 44 l. n. 184/1983. Che l'adozione piena abbia natura eccezionale lo si evince dall'art. 11, comma 1°, l. n. 184/1983, il quale impedisce la dichiarazione dello stato di adottabilità qualora vi siano parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi con il minore. La giurisprudenza ha chiarito che l'adozione piena va disposta non al fine di consentire al minore di età di essere accolto in un ambiente più favorevole, sottraendolo così alle cure dei suoi genitori biologici, «ma solo quando si siano dimostrate impraticabili le altre misure, positive e negative, anche di carattere assistenziale, volte a favorire il ricongiungimento con i genitori biologici, ivi compreso l'affidamento familiare di carattere temporaneo, ai fini della tutela del premi-

Siffatto livello di gravità dello stato di abbandono, assoluto e irrimediabile, non sussiste in caso di «*semiabbandono permanente*»; una locuzione, questa, di conio giurisprudenziale che indica una situazione di «grave fragilità genitoriale, pur in presenza di un rapporto affettivo significativo», anche «a carattere ciclico (com'è nel caso di alcuni figli di genitori tossicodipendenti)»⁹⁹. Il altri termini, se i genitori non sono in grado, nel lungo periodo, di assolvere a sufficienza ai loro doveri a causa di gravi problemi personali, psichici e caratteriali, e ciononostante residui un legame affettivo con il figlio, l'adozione «piena» non può essere disposta. Ci devono essere, tuttavia, soggetti disposti ad adottare il minore ai sensi della lett. d) dell'art. 44 l. n. 184/1983.

In tal caso è applicabile la cosiddetta «adozione mite», la quale consente all'adottato, ai sensi dell'art. 44 lett. d) l. n. 184/1983, di «conserva[re] tutti i diritti e i doveri» nei confronti dei genitori naturali (art. 55 l. n. 184/1983 e art. 330, comma 1, c.c.), diversamente dall'adozione «piena» (art. 27, comma 1, l. n. 184/1983)¹⁰⁰.

Indubbiamente la fattispecie dell'inadeguatezza genitoriale, scevra dal disinteresse per il figlio, non giustifica l'adozione piena, ma è difficile da valutare; vi è il rischio di conservare figure genitoriali negative, le quali, nella prosecuzione del rapporto, potrebbero continuare a destabilizzare il figlio, abbandonandolo del tutto. Un tale rischio, però, non deve oscurare il duplice interesse del minore: da un lato a non subire, attraverso l'adozione «piena», l'estromissione dalla propria vita di genitori naturali con i quali permane comunque un significativo legame familiare¹⁰¹, dall'altro, a costituire al contem-

nente interesse del figlio» (Cass. n. 1476/2021, cit., § 2.1). Lo Stato parte, secondo la Corte Europea dei Diritti dell'uomo, in ossequio ai suoi obblighi positivi scaturiti dall'art. 8 Cedu e in forza del diritto al rispetto della vita familiare, deve adottare rapidamente tutte quelle misure idonee a sostenere la genitorialità (Corte EDU, 22 giugno 2017, *Barnea e Caldaru c/Italia*, ric. n. 37931/15; Corte EDU-Grande Camera, 10 settembre 2019, *Strand Lobben e altri c/Norvegia*, ric. n. 37283/13). Il giudice, nel decidere sulla dichiarazione dello stato di adottabilità, «deve accertare la sussistenza dell'interesse del minore a conservare il legame con i suoi genitori biologici, pur se deficitari nelle loro capacità genitoriali» (Cass. n. 1476/2021, cit. § 2.4).

⁹⁹ Cass., 25 gennaio 2021, n. 1476, cit. § 2.3.

¹⁰⁰ L'«adozione mite» è stata ricondotta dalla giurisprudenza all'art. 44 lett. d) l. n. 184/1983, contenente una «clausola di chiusura del sistema», in forza della quale si costituisce lo stato di figlio nei confronti di chi abbia coltivato un rapporto stabile e duraturo con il minore, salvaguardando al contempo la vita familiare con la famiglia di origine. L'adottato assume il cognome dell'adottante in casi particolari e lo antepone al proprio (art. 55 l. n. 184/1983 e art. 299 c.c.).

¹⁰¹ Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, l'autorità italiana, pur nell'esercizio di un potere discrezionale, deve ado-



po, non essendo egli accaduto adeguatamente, un ulteriore stato di figlio mediante «l'adozione mite» da disporre nei confronti di chi si sia preso cura di lui (un parente o la famiglia affidataria ai sensi dell'art. 2 l. n. 184/1983).

Il giudice dovrà valutare, con l'ausilio dei Servizi sociali, se vi è l'interesse del minore a conservare il legame con i genitori biologici, sebbene questi siano fortemente deficitari nelle capacità genitoriali. In caso affermativo il minore avrà due famiglie e, per effetto della sentenza della Corte costituzionale già ricordata¹⁰², accrescerà i vincoli di parentela, entrando a pieno titolo nella famiglia dell'adottante. Al contempo la famiglia d'origine manterrà un ruolo significativo nella vita del figlio, anche se decaduta dalla responsabilità genitoriale (art. 50 l. n. 184/1983). La decadenza non impedisce *sic et simpliciter* al decaduto di coltivare il rapporto con il figlio, sebbene sia la coppia adottante ad assicurargli quelle cure e attenzioni necessarie per una vita serena e regolare. Decisive saranno la relazione dei Servizi sociali e la consulenza psicologica disposte dal

perarsi «mediante *strumenti* giuridici adeguati [l'adeguatezza esige rapidità] e sufficienti» (*Zhou c. Italia*, § 47, *infra*) per far rispettare il diritto del genitore di vivere con il figlio, evitando di incorrere nella violazione del diritto al rispetto della vita familiare (Corte EDU, 21 gennaio 2014, *Zhou c. Italia*, ric. n. 33773/11; Corte EDU, 13 ottobre 2015, S. H. c. Italia., ric. n. 52557/14, in *www.hudoc.echr.coe*). Questo sforzo delle Istituzioni – lo si sottolinea nel caso *Zhou c. Italia* – è tanto più rilevante quanto più il genitore è vulnerabile per problemi di salute. Occorre perciò che lo Stato offra al genitore concrete «possibilità di riallacciare dei legami con il figlio», attraverso «un'assistenza sociale mirata» (cfr. *Zhou c. Italia*, § 59). Qualora gli interventi di sostegno alla genitorialità non abbiano prodotto l'esito sperato, non si deve necessariamente recidere ogni legame con il genitore biologico. Merita tutela il legame genitoriale deficitario – per ragioni diverse dalla violenza o dal maltrattamento fisico o psichico – che esprime comunque interesse e affetto per il figlio. In tal caso giova, secondo la Corte EDU, quella forma di adozione c.d. «semplice» (*Zhou c. Italia*, § 60), praticata in Italia come «adozione mite». Questa giurisprudenza origina dal dato normativo secondo cui la dichiarazione di adottabilità costituisce un'ingerenza nell'esercizio del diritto al rispetto della vita familiare. Una tale ingerenza è legittima solo se necessaria a perseguire quei fini indicati dall'art. 8 Cedu. Ma la necessità, secondo la Corte EDU, implica un «bisogno sociale imperioso e che sia in particolare proporzionata al legittimo scopo perseguito» (*S.H. c. Italia*, § 38); occorre che i genitori siano «particolarmente indegni». Il legame genitoriale non deve però essere conservato – ne è consapevole la Corte EDU – contro il preminente interesse del minore, il quale interesse, anzi, «può prevalere su quello del genitore» (*S.H. c. Italia*, § 39). Certo è che le autorità italiane sono spesso apparse alla Corte EDU come carenti di un sufficiente impegno nel mantenere il legame con il genitore non violento ma malato e in difficoltà economiche e familiari. Nutre qualche riserva sulla giurisprudenza della Corte EDU di condanna dell'Italia per violazione del diritto alla vita familiare L. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., p. 93 ss., stante il diverso contesto di riferimento della decisione della Corte europea.

¹⁰² Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, cit.

giudice per conoscere la condizione e le intenzioni dei genitori biologici.

L'aggiunta di una nuova famiglia a quella di origine è confacente al sistema. L'unicità della famiglia non è imposta dal legislatore: l'istituto dell'adozione in casi particolari, le famiglie originate dallo scioglimento di un matrimonio in cui si è procreato e la figura del terzo genitore fanno sì che ulteriori compagini familiari si innestino su una famiglia preesistente, determinando piuttosto problemi di disciplina applicabile¹⁰³.

L'«adozione mite» è una risposta appropriata in grado di bilanciare il diritto di crescere nella propria famiglia, il diritto di avere un futuro e il diritto al rispetto della propria, nuova, vita familiare.

9. Conclusione: la costituzione/conservazione dello status filiationis quale elemento essenziale dell'unicità dello stato di figlio e la proposta di Regolamento europeo sulla genitorialità.

È emerso che la costituzione o la conservazione dello stato di figlio tutela più compiutamente il minore di età. Il legame giuridico con il genitore e con gli altri parenti è decisivo per lo sviluppo dell'identità del minore e per una crescita più sana, equilibrata e protetta¹⁰⁴ anche sul piano economico. Opportunamente la Corte costituzionale ha sottolineato – lo si ribadisce – che la parentela (art. 74 c.c.) è un istituto necessario attraverso cui la Repubblica protegge l'infanzia, come prescrive l'art. 31, comma 2°, Cost.¹⁰⁵

Questa linea di policy del diritto che si sostanzia in un *favor* per la costituzione dello stato di figlio, pur percepita dalla giurisprudenza e da alcuni studiosi¹⁰⁶, non si è ancora sviluppata compiutamente.

¹⁰³ A. CORDIANO, *Alcune riflessioni a margine di un caso di surrogacy colposa: il concetto di genitorialità sociale al banco di prova delle regole vigenti*, in *Dir. pers. fam.*, 2017, 2, 473 ss.

¹⁰⁴ La Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, cit., § 9 richiama la giurisprudenza della Corte EDU, in particolare una pronuncia del 1979 in cui si afferma come i legami parentali rappresentino «una parte considerevole della vita familiare» di cui all'art. 8 Cedu.

¹⁰⁵ Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, cit., § 7.1.2, afferma che «la rete dei legami parentali incarna ... uno dei possibili istituti che la Repubblica è chiamata a favorire al fine di proteggere, con una proiezione orizzontale dell'obiettivo costituzionale, l'interesse del minore». La formazione della parentela è, dunque, l'istituto che il legislatore deve favorire per attuare al meglio la protezione del minore, che si attua garantendo un complesso di relazioni parentali («proiezione orizzontale» della disposizione costituzionale) e perciò la formazione di una rete familiare.

¹⁰⁶ La dottrina più sensibile ha segnalato come la costituzione dello stato di figlio tuteli più efficacemente il minore. Cfr: E. DEL PRATO, *La scelta come strumento giuridico di filiazione?*,

Si pensi, infatti, alla regola che esige il riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio da parte della madre, diversamente dall'automatica costituzione del rapporto giuridico di filiazione prevista in altri paesi europei, il cui effetto è una maggiore tutela del nato rispetto a eventi patologici durante il parto¹⁰⁷. C'è di più: ciò che rischia di pregiudicare irrimediabilmente il nato è legato a una prospettiva interpretativa che non considera appieno la preponderante coincidenza tra il preminente interesse del minore e la costituzione/conservazione dello stato di figlio. Il problema è sovranazionale e ne è consapevole la Commissione europea, la quale, dopo aver annunciato una proposta legislativa al fine di facilitare il riconoscimento reciproco della genitorialità tra gli Stati Membri¹⁰⁸, ha pubblicato il 7.12.2022 la proposta di Regolamento «*on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenood and on the creation of Eueopan Certificate of parenthood*».

Le premesse giuridiche di questo provvedimento, auspicabile e condivisibile nella finalità di assicurare la libera circolazione dello stato di figlio, sono così sintetizzabili: c'è un nesso forte tra la genitorialità e l'identità del nato tale da giustificare la tendenziale permanenza della prima in tutti gli Stati dell'UE; dalla genitorialità costituita («*parenthood established*») in uno Stato Membro scaturiscono diritti imprescindibili, funzionali alla migliore crescita del nato (cfr. considerando 11 proposta di reg.); il

diritto al rispetto della vita familiare deve valere non solo nello Stato Membro in cui è avvenuta la nascita, ma in tutti gli Stati dell'Unione europea, altrimenti si determina una discriminazione basata sulla nascita (considerando 16, 20 e 21 proposta di reg. e art. 21 CDFUE).

Ai fini di garantire la conservazione dello stato di figlio nell'Unione europea, la proposta di Regolamento prevede disposizioni sulla giurisdizione competente, sulla legge applicabile, sul riconoscimento o accettazione sia delle decisioni delle Corti degli Stati Membri («*court decision*») sia degli atti autentici sullo stato di figlio («*authentic instrument*»); la proposta detta altresì disposizioni che regolano il «Certificato europeo della genitorialità» («*European Certificate of Parenthood*»). Perciò se, ad esempio, uno Stato europeo riconosce la doppia genitorialità, che sia omosessuale o esistente rispetto a una nascita avvenuta con una tecnica procreativa vietata in Italia, lo Stato italiano deve recepire il provvedimento straniero «*without any special procedure being required*» (art. 24 proposta di reg.), salvo nei casi tassativamente indicati dall'art. 31 della proposta di regolamento. Tra questi si prevede, come di consueto, la *manifesta contrarietà del provvedimento straniero all'ordine pubblico* (internazionale); tuttavia, in tale eventualità, occorre tenere comunque conto dell'interesse del minore. Dunque neppure la tutela dell'ordine pubblico può volgere a totale discapito del minore.

È questo un elemento di civiltà giuridica che conferma la necessità di tenere separati i piani attinenti alla condotta degli adulti, alle *policies* statali sulla procreazione medicalmente assistita e alla sfera giuridica del minore di età. Perciò, ad avviso di scrive, non è da ritenersi contrario all'ordine pubblico internazionale il riconoscimento da parte dell'Italia del provvedimento straniero da cui risulti lo stato di figlio nei confronti del genitore intenzionale¹⁰⁹.

Ancora: la proposta di regolamento istituisce, come si diceva, lo «*European Certificate of Parenthood*», da richiedere all'autorità giudiziaria preposta dello Stato Membro in cui la genitorialità è stata stabilita, affinché esso possa valere, nella parte in cui attesta il rapporto di genitorialità¹¹⁰, in un altro

in *Famiglia*, 2001, 1035 ss.; G. FERRANDO, *I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore*, ordine pubblico, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 4, 815 ss.; M. R. MARELLA, *Fra status e identità. L'interesse del minore e la costruzione della genitorialità*, in AA.VV., *Liber Amicorum Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, Napoli, 2018, 1213 ss.; A. SASSI, *Filiazione intenzionale e interesse del minore*, cit., p. 540. Anche la giurisprudenza interna ed europea ha sottolineato, come abbiamo rilevato sopra, la necessità di pervenire alla costituzione dello stato di figlio del nato con la PMA.

¹⁰⁷ L. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., 127, rileva esattamente che tale regola, nella sua diversità rispetto a quella sulla filiazione nata in costanza di matrimonio dove opera l'automatismo della costituzione dello stato di figlio, non è giustificabile, essendo le due situazioni – filiazione matrimoniale ed extramatrimoniale uguali con riferimento alla madre. Tale diversità regolamentare confligge con il principio dell'unicità dello stato di figlio, oltre a determinare conseguenze gravi qualora, nel corso del parto, la madre non coniugata muoia o entri in coma. In entrambi queste eventualità lo *status filiationis* potrà essere costituito soltanto attraverso la dichiarazione giudiziale della maternità naturale. L'Autore propone, invece, una regola unica: la costituzione di diritto del rapporto di filiazione materna a prescindere dallo stato civile della donna, nubile o sposata, salvo che ella dichiari di non voler restare anonima.

¹⁰⁸ Risoluzione del Parlamento europeo sulla «*Tutela dei diritti dei minori nei procedimenti di diritto civile, amministrativo e di famiglia*», cit. § 25.

¹⁰⁹ Di contrario avviso è, come si diceva *supra*, Cass. Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162, cit.

¹¹⁰ L'art. 53 co. 2 proposta di reg. consente la circolazione dello stato di figlio stabilendo che «*the Certificate shall be presumed to demonstrate accurately elements which have been established under the law applicable to the establishment of parenthood. The person mentioned in the Certificate as the child of a particular parent or parents shall be presumed to have the status mentioned in the Certificate*». La proposta disciplina in modo dettagliato il procedimento di emanazione del Certificato europeo (artt. 48-50) e il suo contenuto (art. 52).



Stato Membro senza alcuna speciale procedura di validazione (art. 53 proposta di reg.).

Questa proposta di legge, è bene chiarirlo, non impone un modello di genitorialità – ciò sarebbe estraneo alle competenze dell’Unione – piuttosto intende tutelare il minore di età e i suoi diritti fondamentali ovunque egli viva¹¹¹. Ciononostante la proposta, verosimilmente, non avrà un percorso istituzionale agevole poiché la sua entrata in vigore e la conseguente circolazione di diversi modelli familiari influenzeranno il dibattito sui caposaldi delle politiche su famiglia e procreazione medicalmente assistita. Nel frattempo l’interprete deve trovare una soluzione che garantisca il nato¹¹².

Le diverse pronunce giurisprudenziali succedutesi nel tempo e la pluralità di posizioni dottrinali sugli effetti della gestazione per altri segnalano la complessità del problema. Come si diceva, le Sezioni unite del 2019 hanno ritenuto in contrasto con l’ordine pubblico internazionale il riconoscimento in Italia dello stato di figlio nei confronti del «genitore d’intenzione». Quest’orientamento, confermato dal secondo intervento delle Sezioni Unite nel 2022, sottovaluta il *favor* per la costituzione dello stato di figlio, il valore della parentela e il principio di responsabilità quale cardine dei rapporti familiari¹¹³; elementi, questi, che pure contribuiscono a formare l’ordine pubblico internazionale. Non si ravvisa, pertanto, una rottura del sistema ove si ammetta la delibazione del provvedimento straniero che ricono-

¹¹¹ Nell’«*explanatory memorandum*» della proposta di regolamento si chiariscono le basi legali dell’intervento normativo. Anzitutto a proposito delle misure da introdurre sulle questioni di genitorialità con implicazioni trans-nazionali, si afferma che «*these measures will not lead to the harmonisation of the Member States’ substantive law on the definition of family or on the establishment of parenthood in domestic situations*». Vi sono però i presupposti legali affinché l’Unione intervenga: quanto ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità, si sottolinea rispettivamente che «*the consequences of the non-recognition of parenthood also have a Union dimension, as families may be deterred from exercising their right to free movement for fear that the parenthood of their child will not be recognised in another Member State for all purposes*», e che, con le misure previste non si oltrepassa la finalità di garantire il riconoscimento della genitorialità nelle questioni transnazionali.

¹¹² P. PERLINGIERI, *Stagioni del diritto civile*, cit., 47, nell’affrontare il tema delle tecniche interpretative, afferma che «in un sistema costruito sui principi, specie se di natura identitaria, il tema delle lacune non esiste in quanto la questione concreta, in assenza di una regola di dettaglio che la preveda, trova comunque riscontro per la decisione in uno o più principi».

¹¹³ M. PARADISO, *Sussidiarietà e limiti all’autoregolazione dei rapporti familiari*, cit., 175-177, sottolinea come la libertà e la responsabilità siano due principi legittimatisi ontologicamente nel fenomeno familiare, da reputare come una concreta specificazione del principio di sussidiarietà. Nella filiazione, però, la responsabilità assume un particolare rilievo, stante il coinvolgimento del nato.

sca lo stato di figlio nei confronti del genitore d’intenzione.

Un’altra soluzione giurisprudenziale, sopra esaminata, che suscita perplessità riguarda il caso della procreazione eterologa effettuata da una coppia di donne all’estero con nascita del figlio in Italia. Secondo la Cassazione nascere in Italia, poiché comporta l’applicazione della normativa interna con conseguente esclusione dell’ordine pubblico internazionale, impedirebbe di dichiarare esistente lo stato di figlio nei confronti della donna che non ha partorito¹¹⁴.

In verità questi orientamenti giurisprudenziali, incentrati su disposizioni di legge limitative di tecniche procreative e non sempre espressive di principi identificativi della Repubblica¹¹⁵, espongono il minore al rischio di vedersi preclusa la costituzione dello stato di figlio nei confronti del «genitore d’intenzione» o comunque di rimanere per lungo tempo con un secondo genitore solo di fatto, il quale non avrà poteri nelle questioni più rilevanti riguardanti il figlio. L’adozione in casi particolari non è una risposta appagante, soprattutto a fronte dell’eventualità di dismissione della responsabilità da parte del «genitore d’intenzione», il quale, per sopraggiunti contrasti nella coppia, decida di non ricorrere all’adozione.

Il giudice potrebbe valorizzare i seguenti elementi: il rispetto della normativa dello Stato estero come suggerito dalla Cassazione nell’ordinanza n. 1842/2022, la gratuità dell’intervento della madre surrogata (se si tratta di gestazione per altri), il divieto di disparità di trattamento rispetto a situazioni accomunabili¹¹⁶, il diritto al rispetto della vita familiare, l’alto valore dello stato di figlio e della parentela, il legame genetico quando presente nei con-

¹¹⁴ Cass., 22 aprile 2020, n. 8029, cit.

¹¹⁵ Secondo la Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, cit., l’art. 269, comma 3°, c.c. «non costituisce un principio di rango costituzionale» preclusivo del riconoscimento della maternità anche alla madre genetica ma non gestazionale. Tale articolo non impone che madre sia sempre e solo quella che ha partorito e che non vi possa essere un’altra madre, genetica o non genetica. La possibilità della doppia maternità trova risposta, come si è cercato di dimostrare, in un quadro più ampio delle fonti del diritto.

¹¹⁶ Nascere all’estero o nascere in Italia in conseguenza di una procreazione assistita effettuata in un paese diverso dall’Italia non può condurre a una disciplina diversa dello stato di figlio. L’interesse del nato alla costituzione dello stato di figlio è il medesimo indipendentemente dal luogo della nascita. Non solo: in entrambi i casi la nascita origina da una PMA nella quale spicca l’assunzione di responsabilità quale fondamento dello stato di figlio. Il criterio di decisione giudiziale andrebbe allora ribaltato: lo stato di figlio si costituisce nei confronti di entrambi i membri della coppia, salvo eccezionali ragioni impeditive.

fronti della madre non gestante¹¹⁷ e il principio della unicità dello stato di figlio. A tutto questo si aggiunga un altro dato rilevante: l'unitarietà della famiglia nonostante il pluralismo delle strutture familiari. Se il legame affettivo stabile e duraturo e la reciproca assistenza morale a materiale connotano la famiglia¹¹⁸ e se l'assunzione di responsabilità imprime giuridicità alla filiazione¹¹⁹, occorre accogliere soluzioni che valorizzino il legame familiare¹²⁰ e, per quanto ci interessa, di filiazione.

Tutti questi elementi contribuiscono a delineare il sistema della filiazione¹²¹. Di conseguenza vi potrà essere la delibazione del provvedimento straniero che riconosce la doppia genitorialità originata dalla maternità per sostituzione o, nel caso di nascita in Italia, l'ordine all'ufficiale dello stato civile di formare l'atto di nascita con l'indicazione dei due genitori dello stesso sesso. Ciò in coerenza anche con

l'assunzione di responsabilità quale principio cardine della legge n. 40/2004, cui si lega la costituzione dello stato di figlio (arg. ex artt. 6, 8 e 9)¹²².

Un'ultima riflessione: ostacolare il desiderio della coppia di avere figli a scapito del principio del preminente interesse del minore è un'operazione illegittima. Non perché la posizione del minore sia esclusa dal bilanciamento, ma perché l'impedimento alla costituzione dello *status filiationis* deve essere giustificato dalla necessità di tutelare un diritto o un valore costituzionale pertinente e preminente¹²³, invero difficile da individuare nelle fattispecie qui esaminate.

¹¹⁷ L. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., 193, ammette che si possa costituire lo stato di figlio nei confronti di entrambe le donne: quella che ha condotto la gravidanza e l'altra che ha fornito i propri ovuli per la formazione dell'embrione, ritenendo che l'art. 269, comma 3°, c.c. non sia d'ostacolo.

¹¹⁸ S. PATTI, *La famiglia: dall'isola all'arcipelago?*, cit., 516, rileva che il fondamento del «principio famiglia si rinviene nella carta costituzionale europea, come pure in sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia». Vi è, secondo l'A., un unico concetto di famiglia che dovrebbe indurre, in chiave sostanzialistica, «a parlare di tipicità della famiglia» oltre il matrimonio (p. 522). Egli, a sostegno dell'unità e di un «comune denominatore» (p. 518) dei diversi modelli familiari, richiama gli artt. 7, 9, 24 e 25 della CDFUE e ritiene che «non è stata una scelta felice quella del legislatore italiano che nella legge sulle unioni civili (...) ha evitato – con un'eccezione – di parlare di famiglia e di rapporti familiari, utilizzando l'espressione formazione sociale» (d'accordo P. ZATTI, *Introduzione al convegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 12, 1663 ss.).

¹¹⁹ P. PERLINGIERI, *Stagioni del diritto civile*, cit., 92 afferma che «la famiglia è sempre tale se risponde all'esigenza educativa dei figli e di sviluppo delle persone che vi fanno parte». Il che porta l'Autore ad affermare in un'altra sua opera *Il diritto civile nella legali costituzionale*, cit., p. 340, che il «profilo consensuale e l'affetto costante e spontanea fungono sempre più da denominatore comune di qualsiasi nucleo familiare».

¹²⁰ È da apprezzare Cass. Sez. un. pen., 26 novembre 2020, n. 10381, in *Dir. pen e proc.*, 2021, 8, 1078 ss., con nota di R. BARTOLI, *Con una lezione di ermeneutica le Sezioni unite parificano i conviventi ai coniugi*, in *Giur. it.*, 2021, 7, 1725 ss., con nota di G. FORNASARI, *Applicazione dell'art. 384 c.p. e famiglia di fatto: brusco overruling delle sezioni unite*. Cfr. anche V. VELLUZZI, *L'analogia giuridica presa sul serio: osservazioni su Cass., Sez. un. penali, 17.3.2021, n. 10381*, in *Discrimen*, 30.7.2021.

¹²¹ P. PERLINGIERI, *Stagioni del diritto civile*, cit., 36, insiste sull'inveramento del sistema quale garanzia di correttezza dell'esito ermeneutico. Quando Egli afferma che «il problema va risolto nel sistema», vuol sottolineare che vi è un limite alla discrezionalità dell'interprete. Il sistema, però, è non già un predato immutabile che soffoca l'interpretazione e argina l'evoluzione sociale, ma un faro che indica all'interprete di confrontarsi con le coordinate valoriali, con i principi e i diritti fondamentali dell'ordinamento.

¹²² La disposizione di cui all'art. 8 l. n. 40/2004 si interpreta traendo argomento dall'art. 9, per cui deve ritenersi che il riconoscimento nella PMA non va effettuato, essendo implicito nel consenso espresso all'accesso alle tecniche procreative; consenso preceduto dall'informativa di cui all'art. 6. Alcuni Autori hanno per l'appunto parlato di «consenso anticipato» (C. M. BIANCA, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 2017, 2, 403 e M. SEGNI, *Conviventi e procreazione assistita*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 7-11; *contra* L. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., p. 188-189, il quale ritiene comunque necessario il riconoscimento in caso di filiazione extra-matrimoniale, dunque, qualora tale riconoscimento espresso dovesse mancare, occorrerà agire con la dichiarazione giudiziale di paternità/maternità.

¹²³ Cass. ord., 21 gennaio 2022, n. 1842, cit., si sofferma sull'attività valutativa volta ad accertare la compatibilità della delibazione (o della trascrizione) del provvedimento straniero con i valori sottesi al divieto di surrogazione di maternità. Le seguenti considerazioni valgono però in generale. Decisivo è il «criterio della inerenza nell'individuazione dei valori costituzionali in potenziale conflitto», unitamente ai «principi di proporzionalità e ragionevolezza nella formulazione del bilanciamento, cui deve pervenire il giudicante, senza che vi sia un'aprioristica definizione di prevalenza di un interesse in gioco, neanche di quello del minore, sia pure non disattendendo il principio ribadito dalla Corte costituzionale della preminenza degli interessi del minore declinato nella direzione della ricerca della soluzione ottimale in concreto da privilegiare».



IL “PEGNO AGRARIO”. UNA RICOSTRUZIONE SISTEMATICA DELLA DISCIPLINA DEL PEGNO ROTATIVO NON POSSESSORIO IN AGRICOLTURA.

| 566

Di Nicola Lucifero

Il “pegno agrario”. Una ricostruzione sistematica della disciplina del pegno rotativo non possessorio in agricoltura (Nicola Lucifero)

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *Brevi cenni sulla nozione e sui caratteri del diritto di pegno.* – 3. *(segue) L’evoluzione della disciplina del pegno privo di spossessamento tra esigenze della prassi e la dialettica tra dottrina e giurisprudenza.* – 4. *Il pegno rotativo non possessorio e la sua applicazione al settore agroalimentare. Gli interventi del legislatore speciale e la prima figura di pegno “anomalo”: il pegno sui prodotti a denominazione di origine tutelata.* – 4.1. *Il pegno sui prodotti lattiero-caseari a denominazione di origine a lunga stagionatura.* – 5. *Il D.L. 18/2020 (c.d. “Cura Italia”): il pegno rotativo per i prodotti agricoli, alimentari Dop e Igp, inclusi i prodotti vitivinicoli e le bevande spiritose. Norme emergenziali e strumentalità del pegno non possessorio all’attività di impresa.* – 5.1. *L’ambito operativo del D.L. 18/2020: il difetto di spossessamento, il patto di rotatività e l’annotazione tramite registri, cartacei e telematici.* – 5.2. *Note critiche a margine della disciplina sul pegno dei prodotti Dop e Igp e le possibili soluzioni interpretative.* – 5.3. *L’applicazione del pegno agricolo sui prodotti Dop e Igp tra limiti impliciti e regole di mercato.* – 5.4. *Il ruolo dei consorzi di tutela nel settore vitivinicolo: modello organizzativo e funzione di tutela.* – 6. *Considerazioni conclusive.*

ABSTRACT. *Il saggio affronta la disciplina del pegno non possessorio in agricoltura attraverso una ricostruzione dell’evoluzione normativa mettendo in luce i profili applicativi, nonché il rapporto che si delinea tra la disciplina in esame e quella generale.*

The essay deals with the discipline of the non-possessory pledge in agriculture through a reconstruction of the legislative evolution by highlighting the application profiles, as well as the relationship that emerges between the discipline in question and the general one.



1. Premessa.

L'attenzione al tema del pegno non possessorio in agricoltura riflette l'esigenza di misurarsi con un istituto segnato da innovazioni significative tanto sul piano normativo, quanto su quello della prassi negoziale, oltre che dalla necessità di costruire uno schema negoziale capace di soddisfare le esigenze del mondo delle imprese in un mercato moderno particolarmente dinamico.

A partire dalla metà degli anni Ottanta, infatti, il legislatore speciale è intervenuto nella materia dei contratti di pegno con alcuni provvedimenti volti a superare i tradizionali limiti collegati alla disciplina codicistica delle garanzie reali. Invero, il rinnovato interesse per il tema relativo alla concessione della garanzia su beni in lavorazione nell'ambito del loro ciclo produttivo trae origine dalla progressiva consapevolezza di nuove forme di ricchezza su cui il vincolo può essere chiamato ad operare, nonché dalle problematiche, in vario modo, connesse all'esigenza di utilizzazione e di circolazione dei beni offerti in garanzia.

Sulla base di esigenze sorte dal mercato, e più in particolare in alcuni settori specifici, tra cui quello agricolo, il legislatore è stato indotto ad introdurre soluzioni in grado di contemperare l'obiettivo della tutela del creditore con quello della circolazione dei beni su cui è destinato a gravare il vincolo. Questa disciplina si è articolata attraverso interventi normativi tutt'altro che organici, sebbene caratterizzati da un medesimo comune denominatore indovinabili in alcuni degli elementi caratterizzanti, e solleva una serie di questioni sul piano ermeneutico e induce a riflettere in ordine alla portata stessa degli elementi che concorrono a delineare la fattispecie del pegno.

Il problema della configurazione del pegno rotativo nel settore agricolo è oltremodo interessante perché – come si avrà modo di osservare – circonda la sua applicazione, per l'impostazione data dal legislatore, ad una tipologia di prodotti che riflettono il modello giuridico consolidato nel diritto europeo sui prodotti di qualità, di cui al reg. (UE) 1151/2012¹; disciplina quest'ultima che valorizza e tutela i prodotti agricoli a denominazione d'origine protetta (Dop) e indicazione geografica protetta (Igp), e pertanto esige di conciliare tale disciplina con l'insieme di regole che governa il sistema della qualità, assegnando valore a beni ancora "improduttivi" e non commercializzabili sul mercato. Il sistema della qualità si lega alla disciplina del pegno facendo emergere caratteri di specialità della materia

attraverso l'adattamento nel nostro Ordinamento del c.d. *floating charge*². Invero, il pegno rotativo sui prodotti Dop e Igp supera il meccanismo "antieconomico" dello spossessamento (tipico del pegno codicistico) consentendo, in forza dell'operatività della clausola di rotatività, la sostituzione delle unità di prodotto sottoposte a pegno, senza effetti novativi sulla costituzione del vincolo.

Tale garanzia da ultimo, è stata oggetto di un intervento del legislatore nel contesto dell'emergenza sanitaria dettata dal Covid-19, che ne ha ulteriormente ampliato la sfera di applicazione³. Anticipando una considerazione su cui si tornerà a breve, è doveroso evidenziare che tale previsione normativa, pur riflettendo la sua matrice emergenziale, sembra essere destinata ad operare stabilmente nel nostro Ordinamento in quanto espressione della volontà del legislatore di normare una ulteriore ipotesi tipizzata di pegno in agricoltura, riconducibile alle figure del c.d. "pegno anomalo", senza limiti temporali o norme di caducazione che ne facciano venire meno l'efficacia.

2. Brevi cenni sulla nozione e sui caratteri del diritto di pegno.

In particolare, la gestione dell'impresa, che nel caso dell'impresa agricola per le caratteristiche che connotano la sua attività acquisisce una evidente peculiarità, richiedendo un costante afflusso di finanziamenti, impone all'imprenditore di sottoporre a garanzia – per ottenere la concessione di affidamenti da parte delle banche – sia il capitale fisso sia il capitale circolante. Tali operazioni possono generare effetti non sempre positivi sulla capacità economico-produttiva dell'impresa, e ciò in ragione della particolare configurazione che la garanzia pignorizia assume nel nostro Ordinamento. Il modello codicistico prevede, infatti, la costruzione della fattispecie come contratto reale, che si perfeziona mediante la consegna al creditore della *res* o del do-

² Le garanzie atipiche, su cui si inseriscono il pegno non possessorio e quello non rotativo, sono ricondotte alla diffusione nei sistemi di *common law* anglosassoni del c.d. *floating charge*, quale particolare forma di garanzia atipica, di natura rotativa, prestata dal debitore che rivesta la qualità d'imprenditore, avente ad oggetto il complesso dei beni aziendali di un'impresa. Sul tema dei *floating charge*, *ex multis*, si veda R.R. PENNINGTON, *The Genesis of the Floating Charge*, 23 Mod. L. Rev., 1960, p. 630; E. GABRIELLI e G.A. DANESE, *Le garanzie sui beni dell'impresa: profili della floating charge nel diritto inglese*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, I, p. 364; A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, Milano, 2000, spec. P. 253-274.

³ Cfr. artt. 78, co. 2 *duodecies*, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 convertito con modificazioni dalla l. 24 aprile 2020, n. 27. Sul punto v. *infra*.

¹ Cfr. Regolamento (UE) n. 1151/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 novembre 2012, sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari.

cumento che conferisce l'esclusiva disponibilità della cosa (art. 2786 c.c.); pertanto, l'imprenditore per poter costruire su di essi la garanzia pignorizia, si trova inevitabilmente costretto a privarsi dei beni aziendali oppure delle materie prime destinate alla lavorazione, dei prodotti finiti e dei crediti derivati dallo svolgimento dell'attività, con ripercussioni sull'attività dell'impresa.

La rigidità di tale struttura contrattuale si è nel tempo scontrata con la prassi commerciale accentuando la distanza tra le esigenze del mercato e la struttura della garanzia pignorizia. Attraverso l'apporto della dottrina è stato possibile individuare nuove forme di pegno che, senza intaccare i principi posti dal codice civile, conferissero allo schema del pegno una maggiore elasticità e adattabilità al processo produttivo dell'impresa. In tal modo, hanno trovato luogo alcune soluzioni normative in contesti specifici del mercato (quale quello creditizio, finanziario, e prim'ancora agroalimentare), felicemente denominate da autorevole dottrina quale ipotesi “anomale” di pegno, perché conformate in modo differente rispetto alla fattispecie tipica prevista dal codice civile, ma capaci di superare nella garanzia reale l'immobilità dell'oggetto e la sua fissità in funzione di garanzia del credito⁴.

Indubbiamente, la disciplina del pegno ha subito nel corso degli ultimi trent'anni una profonda evoluzione attraverso interventi legislativi che hanno delineato una pluralità di modelli idonei a coniugare meccanismi volti ad evitare immobilizzazioni antie-

conomiche di beni, garantendo al contempo la tutela del creditore pignorizio. Una evoluzione che ha tentato di intercettare le istanze che le profonde trasformazioni del sistema economico e degli scambi hanno generato con l'elaborazione di figure atipiche di garanzia da parte dei privati allontanandosi, in tal modo, dal modello previsto dal codice civile. In tale contesto, è stato possibile delineare una nuova figura di pegno – in cui non trova luogo lo spossessamento ed acquisisce un ruolo centrale il tema della rotatività dell'oggetto della garanzia attraverso cui procedere alla sostituzione dell'oggetto, nei limiti della pariteticità del valore economico tra il bene sostituito e quello subentrante, così come risultante dall'atto della singola sostituzione – che favorisce un allargamento qualitativo della garanzia che merita di essere esaminato nell'ambito dell'attività di impresa e, più in generale, dell'operazione economica complessiva cui la garanzia accede. Si tratta di ipotesi particolari che non possono essere estese al di fuori del proprio ambito di applicazione che, tuttavia, hanno acquisito una particolare rilevanza nel nostro Ordinamento, per le ricadute sistematiche nei diversi settori dell'economia ove sono state attuate.

3. (segue) L'evoluzione della disciplina del pegno privo di spossessamento tra esigenze della prassi e la dialettica tra dottrina e giurisprudenza.

La trattazione dell'istituto del pegno rotativo non possessorio, cui accede anche la clausola di rotatività, nel contesto agroalimentare richiede una preliminare disamina dei caratteri generali della disciplina che, attraverso l'apporto della dottrina, la cui tesi ha trovato conforto in giurisprudenza, ha favorito il transito da un approccio tradizionalmente statico della garanzia reale ad uno dinamico, mettendo in luce un nuovo rapporto tra autonomia privata e forma di autotutela del creditore⁵.

Nella sua accezione codicistica, il pegno è tradizionalmente legato ad una visione assai statica dei beni e poco funzionale rispetto all'attività di impresa e alle esigenze di finanziamento della medesima. Su tali basi si sono accolte nuove strutture negoziali giustificate dalla specializzazione, in senso commerciale, delle garanzie, volti a superare i formalismi

⁴ Il riferimento è a E. GABRIELLI, *Il pegno “anomalo”*, Padova, 1990, p. 74 e ss. La tesi prende le mosse dalla considerazione che nel nostro Ordinamento sono presenti molteplici disposizioni che contemplano, in linea di principio, la possibilità di sostituire l'oggetto della garanzia, con conseguente trasferimento del diritto di prelazione del bene originariamente assoggettato al vincolo a un altro che ad esso si sostituisce, in virtù di un fenomeno di surrogazione dell'indennità alla cosa concepita in pegno. A tali fini vengono richiamati gli artt. 2742 c.c., in materia di surrogazione dell'indennità alla cosa quando quest'ultima sia perita o deteriorata; l'art. 2795 c.c., per l'ipotesi di pegno di cose; l'art. 2803 c.c. in forza del quale il creditore pignorizio è tenuto a riscuotere, alla scadenza, il credito ricevuto in pegno e, se questo ha per oggetto denaro o altre cose fungibili, deve, a richiesta del debitore, effettuare il deposito nel luogo stabilito d'accordo o altrimenti determinato dall'autorità giudiziaria. Ancora, sul punto, E. GABRIELLI, *Sulle garanzie rotative*, Napoli, 1998, 119; ID., *Il pegno*, in R. Sacco (a cura di) *Trattato di Diritto civile*, vol. 5, Torino, 2005, p. 126. Per una ricostruzione della disciplina, *ex multis*, D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, p. 811; G. CHINÈ, *Pegno rotativo*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 2006, p. 1; A. CHIANALE, *Le garanzie reali*, in G. Iudica-P. Zatti (a cura di) *Trattato di Diritto privato*, Milano, 2019, p. 500; V. OCCORSIO, *Pegno non possessorio: uno studio su oggetto della garanzia e poteri del creditore*, Napoli, 2019; D. ACHILLE, *Il pegno “mobiliare” non possessorio. Fisionomia della garanzia reale per il finanziamento dell'impresa*, Napoli, 2022.

⁵ Le forme atipiche di pegno, sono ammesse nel nostro sistema giuridico, sotto il profilo formale, in quanto trovano il proprio fondamento nel disposto dell'art. 2785 del c.c., in forza del quale sono fatte salve “leggi speciali concernenti casi e forme particolari di costituzione di pegno” e, sotto il profilo sostanziale, in quanto dimostrano di saper rispondere con efficienza alle esigenze di mercato e alle necessità delle imprese, adeguandosi all'evoluzione delle prassi commerciali e bancarie.

smi e gli irrigidimenti strutturali dovuti al sistema codicistico

La riflessione avente ad oggetto tali figure ha indotto la dottrina a porre in evidenza alcuni riferimenti, particolarmente significativi e caratterizzanti di tale istituto: la mancanza dello spossessamento⁶ e l'impiego di tecniche alternative rispetto a quelle tipiche, sia per la realizzazione della funzione di garanzia, sia per l'assolvimento dei necessari requisiti che ineriscono al regime della circolazione e al sorgere della prelazione. Inoltre, il riconoscimento del meccanismo di sostituzione nel tempo dell'oggetto della garanzia – risultante da atto scritto avente data certa e con sufficiente indicazione del valore economico della cosa – senza che si determini, in tal modo, la rinnovazione del compimento delle formalità richieste per l'esercizio della prelazione del creditore pignoratorio e l'opponibilità ai terzi (art. 2787. Co. 3, c.c.), né il mutamento delle condizioni di revocabilità dell'operazione, è stato attuato attraverso la clausola di rotatività. Attraverso la rotatività del pegno si è determinata la possibilità di creare pattiziamente una figura di garanzia pignoratoria utilizzabile, non già a tutela di una determinata e singolare obbligazione, bensì per una pluralità di operazioni garantite nel tempo, purché collegate alla medesima parte contrattuale⁷. Ciò permette di salvaguardare l'unitarietà del rapporto, i cui effetti risalgono, come precisato dalla giurisprudenza⁸, al momento della consegna⁹, così cristallizzandosi il termine per l'esperibilità dell'azione revocatoria ordinaria o fallimentare, purché la sostituzione operi nei limiti dell'equivalenza del rapporto di valore¹⁰ tra i beni originari e i beni che ad essi subentrano¹¹.

⁶ Il pegno non possessorio si caratterizza per il venir meno del requisito tipico dello spossessamento del bene oggetto di garanzia, configurandosi come un contratto stipulato in via consensuale. Nel contesto economico attuale è proprio l'elemento dello spossessamento, e della contestuale consegna del bene vincolato al creditore, che ha rappresentato uno dei principali limiti all'accesso al credito per gli imprenditori e le imprese. Secondo l'impostazione del pegno tradizionale, infatti, il debitore-imprenditore è costretto a spossessarsi dei beni aziendali, e dunque produttivi, in favore del creditore, vedendo fortemente limitata la propria attività di impresa e la capacità produttiva.

⁷ Osserva E. GABRIELLI, *Sulle garanzie rotative*, op. cit., p. 557-558, che dal punto di vista formale della fattispecie, se si accoglie l'idea che sia la funzione ad individuare il tipo, la riscontrata mancanza di alterazioni della funzione tipica di garanzia del pegno con patto di rotatività non ne modifica la struttura formale, ma si inserisce sistematicamente al suo interno, quale fattispecie “anomala” e non “tipica”, perché la funzione di garanzia del tipo legale non viene comunque alterata dall'esistenza del patto.

⁸ Cfr. Cass., 5 marzo 2004, n. 4520, con nota di F. COMMISSO, *Sui requisiti del pegno rotativo*, in *Fall.*, 2005, p. 550.

⁹ Cfr. Cass., 11 novembre 2003, n. 16914, in *Foro it.*, 2004, I, p. 410.

¹⁰ Coerentemente alle pronunce della Corte di Cassazione, la giurisprudenza di merito ha rimarcato la validità del patto di

La legittimità della clausola di rotazione del pegno rappresenta una componente essenziale della complessa struttura negoziale delle nuove garanzie atipiche caratterizzate dallo spossessamento. Mediante il “patto di rotatività”¹², infatti, le parti convengono, *ab origine*, la sostituibilità e mutabilità nel tempo dei beni costituiti in pegno, considerati non nella loro individualità, bensì nel loro valore economico¹³. Tale circostanza sottolinea la centralità che assume il valore economico della garanzia piuttosto che il bene oppignorato specificatamente individuato nella sua fisicità, al punto da avvicinare la fattispecie in esame al c.d. “pegno di valore”¹⁴.

La validità di tale pattuizione è oggi supportata anche dal consolidato orientamento giurisprudenziale¹⁵ che, oltre a ribadire che essa trova luogo quando nella convenzione costitutiva del pegno le parti hanno previsto la possibilità di sostituire, senza effetti novativi sul rapporto iniziale, i beni originariamente oggetto della medesima garanzia, ne sottolinea le formalità dell'atto. Invero, la legittimità di tale pattuizione esige che essa risulti da atto scritto avente data certa e che il bene originariamente oggetto del pegno sia stato consegnato al creditore pignoratorio, e che il bene offerto in sostituzione ab-

rotatività, così Trib. Roma 29 gennaio 2000; Trib. Verona 17 febbraio 2000; Trib. Palermo 3 ottobre 2000; App. Milano, 4 luglio 2001.

¹¹ Sul punto, E. GABRIELLI, *Sulle garanzie rotative*, op. cit., p. 120, ove l'A. osserva che nella predisposizione del regolamento negoziale è infatti possibile indicare i beni o titoli sui quali il pegno originariamente costituito potrà trasferirsi, prevedendo – in virtù del carattere programmatico e della struttura unitaria dell'operazione economica – le singole fasi mediante le quali l'operazione si modulerà e dispiegherà articolandosi nel tempo, nonché la *res* oggetto della garanzia.

¹² In dottrina, A. CHIANALE, *Le garanzie reali*, cit., p. 236 s.; C. ABATANGELO, *Le nuove garanzie mobiliari tra realtà e obbligatorietà del vincolo*, Padova, 2012, p. 61; M. LOBUONO, *I contratti di garanzia*, in P. PERLINGIERI (diretto da) *Trattato di Diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2007, pp. 245-250; G. STELLA, *Il pegno a garanzia di crediti futuri*, Padova, 2003, p. 1 ss.

¹³ Cass. del 28 maggio 1998, n. 5264, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 1998, II, p. 485, con nota di A.M. AZZARO, *Il pegno “rotativo” arriva in Cassazione: ovvero “come la dottrina diventa giurisprudenza”*.

¹⁴ Tale considerazione nasce in quanto si riconosce che l'interesse protetto dalla garanzia pignoratoria non è quello diretto al conseguimento della *res*, ma del valore economico rappresentato dalla cosa offerta in pegno e dimostra di rispondere alle esigenze sorte nel contesto delle moderne transazioni commerciali, ove la necessità di tutela del creditore non risiede tanto sulla soddisfazione di un singolo bene individuato, quanto sul valore del bene stesso.

¹⁵ Cfr. Cass., 1° luglio 2015, n. 13508; si veda anche Trib. Roma, 13 febbraio 2017, n. 2764 secondo cui per l'ammissibilità del pegno rotativo è richiesta la previsione delle future ed eventuali sostituzioni del bene oggetto di pegno con beni di valore non superiore al primo e la presenza di una scrittura avente data certa.



bia un valore equivalente o non superiore a quello del primo¹⁶. Il ricorso al meccanismo della surrogazione reale consente di operare la sostituzione dell’oggetto del pegno mantenendo l’originaria unità e identità del rapporto, in quanto l’interesse protetto con la garanzia non è quello diretto al conseguimento della *res*, quanto quello diretto al conseguimento dell’utilità reale: del valore economico rappresentato dalla cosa, nella quale si identifica il concetto di garanzia reale¹⁷.

La costruzione del pegno rotativo richiede di essere coerente con l’esigenza di opponibilità della garanzia. Il fondamento dell’operatività del diritto di prelazione deve essere ricercato nella configurazione dell’operazione economica, dalla cui unità formale devono emergere le indicazioni necessarie ad identificare, nei successivi passaggi del vincolo di garanzia, i beni che ne costituiscono l’oggetto¹⁸. Ne consegue che, il profilo dell’opponibilità del pegno rotativo si riduce a un problema di interpretazione del negozio costitutivo della garanzia, al fine di verificare se, in concreto, nel contenuto del singolo atto di autonomia siano rispettati i requisiti richiesti dagli artt. 2787, co. 3, e 2800 c.c.¹⁹

¹⁶ Tale soluzione è stata introdotta con due interventi della Suprema Corte nei quali si è riconosciuto che il c.d. “patto di rotatività”, in base al quale si prevedeva fin dall’origine la sostituzione totale o parziale dei beni oggetto della garanzia, considerati non nella loro individualità ma per il loro valore economico, è idoneo a salvaguardare la continuità del rapporto e fa risalire alla consegna dei beni originariamente costituiti in garanzia gli effetti della loro surrogazione. Ciò, purché la sostituzione risulti da atto scritto avente data certa e la consegna sostitutiva sia effettiva e non superi i limiti di valore dei beni originariamente dati in pegno. Cfr. Cass. 28 maggio 1998, n. 5264; Cass. 27 settembre 1999, n. 10685 in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1459, con nota di A.M. CAROZZI, *Conferme e precisazioni sulla struttura del pegno rotativo*; D. FINARDI, *Efficacia reale del pegno rotativo: posizione consolidata della giurisprudenza*, in *Fall.*, 2000, p. 775. Per una ampia disamina della giurisprudenza v. C. SCARONI, *Le garanzie rotative*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, II, p. 409. In termini critici, F. GAZZONI, *Qualche dubbio sul pegno rotativo (in attesa di spiegazioni...)*, in *Riv. not.*, 2000, p. 1468, a cui hanno fatto seguito le osservazioni di E. GABRIELLI, “Pinocchio”, “il grillo parlante” e il problema del pegno rotativo spiegazioni...a richiesta (fra il serio e il faceto), *id.*, 2002, p. 547, e la successiva replica di F. GAZZONI, *Il vestito dell’imperatore (replica “ossessiva” sul pegno rotativo)*, *ibidem*, p. 563.

¹⁷ Sul punto, E. GABRIELLI, *Il pegno*, *op. cit.*, p. 341.

¹⁸ Ancora E. GABRIELLI, *Il pegno*, *op. cit.*, p. 248.

¹⁹ Così E. GABRIELLI, *Ibidem*, p. 248. Tale soluzione interpretativa ha trovato riscontro in giurisprudenza. Sulla base della tesi che ritiene lecita una surrogazione dell’oggetto della garanzia, si è affermata l’ammissibilità di modificazioni oggettive che non facciano venir meno l’identità del rapporto giuridico o che, pur dando vita alla costituzione di un nuovo rapporto, assicurino, comunque, la tutela della situazione giuridica preesistente. Cfr. Cass. 28 maggio 1998, n. 5264; Cass. 27 settembre 1999, n. 10685.

L’interazione tra il pegno non possessorio e il patto di rotatività dà forma all’ipotesi di pegno rotativo non possessorio, quale fattispecie, a formazione progressiva, che trae origine dall’accordo scritto e di data certa delle parti, caratterizzata dal difetto di spossessamento del bene e dalla sostituzione, totale o parziale, dello stesso, senza necessità di ulteriori stipulazioni e nella continuità del rapporto originario, purché venga rispettata la parità del valore del bene offerto in sostituzione²⁰.

Nell’ambito del pegno rotativo non possessorio è – appunto – l’aspetto relativo al valore economico dei beni oggetto di garanzia che ha sollevato più perplessità nella prassi, sia con riguardo alle modalità di determinazione del *quantum*, sia con riguardo al momento in cui fissare tale valore. In proposito, una parte della dottrina²¹ ritiene che, ai fini della validità del pegno rotativo, debba essere utilizzato il valore dei beni al momento della loro sostituzione. Diverso orientamento²² ritiene, invece, che il valore dei beni debba determinarsi con riferimento al momento dell’originaria costituzione della garanzia, poiché è solo da quel momento che il valore economico dei beni posti a garanzia viene destinato al soddisfacimento del creditore pignoratizio. La recente giurisprudenza di legittimità²³ ha dimostrato

²⁰ Il concetto di “parità di valore” permette di superare l’equivoco che si potrebbe generare relativamente alla “rotatività” della garanzia nel limite del valore originario della *res*, e se questa determini solo la sostituibilità del bene oggetto del pegno, ovvero consenta la sua integrazione, nell’ipotesi in cui divengano insufficienti alla sicurezza del creditore. La giurisprudenza ha sempre contemplato le fattispecie di sostituzione e non l’ipotesi dell’integrazione della garanzia. In particolare, per quanto già detto, una delle condizioni di validità del patto di rotatività è che la modificazione dell’oggetto della garanzia avvenga entro il limite del valore dei beni originariamente dati in pegno, valore che – tra l’altro – deve essere preventivamente indicato nell’ambito del patto stesso. L’indicatore a cui occorre fare riferimento per verificare l’equivalenza tra il valore del bene originario e quello del bene sostitutivo non potrà essere che il prezzo di mercato delle cose oggetto della garanzia. In dottrina, P. RESCIGNO, *Le garanzie “rotative” convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2001, I, p. 14.

²¹ Così P. RESCIGNO, *Le garanzie rotative convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina*, *op. ult. cit.*, pp. 14-18, C. UNGARI TRANSATTI, *Costituzione di pegno a favore di terzo e revocatoria fallimentare*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, p. 550.

²² Sul punto L. PANZANI, *Pegno rotativo e pegno sugli strumenti finanziari*, in *Fall.*, 2002, p. 943; L. RUGGERI, *Il pegno rotativo*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2002, 6, p. 2.

²³ Cass. 13 maggio 2021, n. 12733 in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2022, II, p. 327, con nota di R. CATALANO, *L’oggetto del pegno rotativo e il limite di valore entro il quale il bene può essere sostituito*. La citata sentenza evidenzia come la mancata previsione del limite di valore per la sostituzione del bene gravato dalla garanzia non importi, in sé e per sé, la nullità del patto, piuttosto, implica, l’inidoneità di questo a produrre gli effetti della continuità e unitarietà del rapporto di pegno: le sostituzio-



di voler accogliere tale secondo orientamento, riconoscendo che l'indicazione del valore economico della cosa inizialmente presa in garanzia funge da limite invalicabile per le future sostituzioni della stessa. La funzione tipica del patto di rotatività sarebbe, infatti, individuata nell'esigenza di conservare integro il valore economico del bene inizialmente dato in garanzia, per assicurare il rispetto della *par condicio creditorum*, risultando precluso alle parti congegnare il rapporto negoziale, in modo tale da abilitare la garanzia a gravare su cose di valore maggiore di quello che è proprio del bene inizialmente gravato. D'altronde, in una garanzia “fluttuante” si ha l'indistinzione dei beni che compongono l'oggetto della garanzia acquisendo rilievo il valore del bene che diviene requisito essenziale per il funzionamento della garanzia.

4. Il pegno rotativo non possessorio e la sua applicazione al settore agroalimentare. Gli interventi del legislatore speciale e la prima figura di pegno “anomalo”: il pegno sui prosciutti a denominazione di origine tutelata.

La flessibilità dimostrata dall'istituto del pegno rotativo non possessorio, e la sua marcata attitudine a rispondere alle esigenze produttive degli imprenditori, ha trovato applicazione nei settori che più di altri evidenziavano tale esigenza, tra cui il comparto agroalimentare²⁴.

La disciplina del pegno non possessorio in agricoltura ha avuto una genesi peculiare e si è articolata, nel tempo, attraverso il susseguirsi di interventi normativi a carattere settoriale con l'obiettivo di regolare l'applicazione del pegno ad un singolo comparto produttivo allontanandosi progressivamente dalle diverse figure di pegno che hanno trovato luogo in altri settori dell'economia, mettendo in tal modo in luce quello spiccato carattere di specialità della disciplina²⁵. Peraltro, tali norme specia-

ni della cosa, che vengano ad accadere, portano dunque, nella sostanza, alla formazione di pegni distinti, per così dire “nuovi”.

²⁴ Oltre alle fattispecie in esame, su cui ci si sofferma, giova puntualizzare che nell'arco di un periodo molto ristretto furono introdotte dal legislatore ipotesi in cui la funzione di garanzia si realizzava mediante strumenti alternativi alla consegna del bene, ma alla medesima equivalenti per la funzione di garanzia e per l'attuazione di forme pubblicitarie, altresì caratterizzate dalle modalità di costituzione del vincolo pignoratorio a cui si addiveniva tramite speciali modalità di registrazione: il pegno sui titoli conferiti alla Monte titoli (art. 7 l. 19 giugno 1986, n. 289); il pegno su strumenti di debito pubblico (artt. 4 e 10 d.m. 5 gennaio 1995); il pegno su strumenti finanziari (art. 87 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58; art. 34 d.lgs. 24 giugno 1998, n. 213).

²⁵ Sul punto v. *infra*.

li, tutt'ora in vigore, hanno visto la luce ben prima della riforma organica che ha dato luogo alla nascita del pegno mobiliare non possessorio ai sensi del d.l. 3 maggio 2016, convertito in l. 30 giugno 2016, n. 119, lasciando emergere alcuni tratti che saranno ripresi dalla disciplina generale, oltre che da quella specifica destinata al settore agricolo. In particolare, si rinvengono i caratteri della rotatività, della mancanza dello spossessamento ai fini della costituzione del pegno e peculiari meccanismi per soddisfare gli obblighi informativi e pubblicitari valevoli per la costituzione del vincolo di garanzia e idonei ad assicurare la prelazione.

Pertanto, per delineare compiutamente la disciplina applicativa del c.d. “pegno agrario”, e individuare le relative specificità, occorre ripercorrere i momenti che hanno segnato gli interventi normativi.

La prima applicazione pratica del pegno non possessorio nel settore agroalimentare si è avuta con la l. 24 luglio 1985, n. 401, rubricata “*Norme sulla costituzione di pegno su prosciutti a denominazione di origine tutelata*”, che regola tale forma di garanzia in relazione ai prosciutti a denominazione di origine tutelata. L'introduzione di tale figura “*a metà strada tra il pegno e l'ipoteca mobiliare*”²⁶ rispondeva all'esigenza di assicurare un adeguato flusso di finanziamenti ai produttori, anche in forza del crescente rilievo merceologico assunto a cavallo degli anni '80 dalla produzione italiana di prosciutti di qualità a fronte dell'apertura dei mercati stranieri ai prodotti italiani Dop. Attraverso l'applicazione della l. 401/1985 veniva consentito ai produttori di prosciutti di concedere garanzie mobiliari sui prodotti oggetto di lavorazione, senza spogliarsene materialmente.

Si tratta di un intervento settoriale che ha trovato luogo in un momento storico in cui la dottrina non aveva ancora elaborato, in modo del tutto compiuto, le riflessioni che, come si è accennato, sono state alla base dell'evoluzione della disciplina del pegno; tuttavia, è indubbio che la l. 401/1985 abbia avuto il merito di svelare la capacità del sistema di soddisfare le esigenze sacrificate dal paradigma del pegno di configurazione codicistica.

Più in dettaglio, la legge da ultimo citata risulta particolarmente innovativa per le modalità di costituzione del pegno, da attuare in deroga alla disciplina codicistica, e perché circoscrive l'applicazione

²⁶ In dottrina, per una disamina della disciplina, v. G. COSTANTINO e A. JANNARELLI, *Commento alla legge 24 luglio 1985, n. 401*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1986, p. 543; in generale sul tema v. F. ZECCHIN, *La tutela del produttore agroalimentare fra tentativi di riequilibrio del potere contrattuale e misure di sostegno*, in *Europa e Diritto privato*, 2017, p. 1407; M. RENNA, *Il pegno rotativo sui prodotti Dop e Igp*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2021, p. 735.

della norma ad una categoria specifica di produttori. Invero, la norma esige, dal punto di vista soggettivo, che il pegno sia costituito dai soli «operatori qualificati come produttori dalle leggi sulla tutela della denominazione d'origine o dai relativi regolamenti di esecuzione» (art. 1, co. 1, l. 401/1985). È questa una caratteristica che si rinviene anche nei successivi interventi normativi e che segna, in modo rilevante, la disciplina del pegno agrario, riservando l'applicazione di tale istituto ai soli imprenditori agricoli coinvolti nel processo di produzione di prodotti Dop o Igp.

Sotto il profilo oggettivo, gli agricoltori hanno la facoltà di costituire il pegno sui prodotti a Dop, oltre che con le modalità previste dall'art. 2786 c.c. (i.e. mediante il sistema tradizionale di consegna del prodotto al creditore o a un soggetto terzo), anche attraverso l'apposizione sulla coscia a cura del creditore pignoratorio, in qualunque fase della lavorazione, di uno speciale contrassegno indelebile e la contestuale annotazione su appositi registri vidimati annualmente (art. 1, co. 1, l. 401/1985)²⁷. Dunque, ai fini della costituzione del pegno trova luogo il meccanismo per il perfezionamento della garanzia reale, rappresentato dall'apposizione di un contrassegno speciale direttamente sui prosciutti e dall'annotazione della relativa operazione su appositi registri; procedura che trova attuazione a seguito della verifica, da parte del creditore, della quantità dei prosciutti dati in pegno e dell'apposizione del sigillo qualitativo, oltre che del riscontro che l'imprenditore sia assoggettato al regime di controllo previsto per i prodotti a Dop²⁸. Ciò in quanto, esse richiedono un processo produttivo e di lavorazione da eseguirsi secondo i criteri, le modalità e le tempistiche, specificamente dettate dal disciplinare di produzione. Sono, infatti, note le peculiarità della lavorazione e della stagionatura delle cosce di suino, la cui preparazione si stima in un tempo, comunque, non inferiore ai 10 mesi²⁹. La sottoposi-

²⁷ Ai sensi dell'art. 1, comma 2 della l. 401/1985 «Il contrassegno e le relative modalità di applicazione, i registri e la loro tenuta debbono essere conformi ai modelli ed alle previsioni approvati con decreto del Ministero dell'Industria, del commercio e dell'artigianato su proposta dei consorzi incaricati della vigilanza sull'applicazione delle leggi sulla denominazione d'origine».

²⁸ Sulla pubblicità e sui registri per i creditori v. G. COSTANTINO e A. JANNARELLI, *Commento alla legge 24 luglio 1985, n. 401*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1986, pp. 543-545.

²⁹ In particolare, secondo l'art. 2 della Legge 13 febbraio 1990, n. 26 recante «Tutela della denominazione di origine "Prosciutto di Parma» che ha abrogato la L. 506/1970, il periodo di stagionatura del "Prosciutto di Parma" decorre dalla salagione e «non deve essere inferiore ai dieci mesi per i prosciutti tra i sette e i nove chilogrammi di peso ed ai dodici mesi per quelli di peso eccedente i nove chilogrammi [...]». Mentre, ai sensi dell'art. 1 della Legge 14 febbraio 1990, n. 30 recante «Deno-

zione a pegno di questi beni produttivi “in divenire”, mediante l'apposizione del contrassegno indelebile e l'annotazione del vincolo in appositi registri, consente al debitore-produttore di continuare a disporre dei prodotti e di proseguirne il ciclo produttivo, nonostante il vincolo pignoratorio.

Il vincolo così costituito, in qualunque fase della lavorazione, consente, come osservato, al debitore di continuare a disporre dei prosciutti, anche se ai soli fini della lavorazione nel rispetto delle norme fissate dalle leggi di tutela e dai regolamenti (art. 2, co. 1) e assume, in relazione ad essi, tutti gli obblighi spettanti al depositario. Conseguentemente non può essere eseguita la consegna al compratore se prima non sia stato soddisfatto il creditore pignoratorio, o senza il suo consenso, che deve risultare da annotazione sui registri (art. 3, co. 1). Inoltre, durante le fasi di lavorazione, al creditore viene riconosciuta la facoltà di eseguire attività ispettive sui prosciutti al fine di verificarne la qualità e la conformità dei processi di lavorazione. Egli può, altresì, chiederne il sequestro con affidamento degli stessi al creditore medesimo, o a un terzo da questi indicato, nell'ipotesi in cui il debitore non si attenga alle specifiche tecniche di produzione o «per ogni altro grave motivo» (art. 5). Al creditore pignoratorio è, inoltre, riconosciuta la facoltà di richiedere l'assegnazione dei prosciutti oggetti di pegno, ai sensi dell'art. 2798 c.c.

Anche l'estinzione, totale o parziale, del vincolo viene annotata in appositi registri creati *ad hoc* a cura del creditore pignoratorio e fatta constatare mediante l'annullamento del contrassegno, da effettuarsi a cura del creditore entro tre giorni dal pagamento (art. 4).

Quanto, infine, all'escussione della garanzia, la norma rinvia alla disciplina in tema di escussione prevista dagli artt. 2795, 2796 e 2797 c.c. in tema di vendita, la quale viene effettuata presso lo stabilimento del debitore ovvero, nel caso di sequestro dei prodotti, presso il creditore o il terzo depositario.

L'analisi della disciplina relativa al pegno sui prosciutti a denominazione di origine tutelata ha sollevato alcuni interrogativi circa la sua esatta configurazione, ponendo la dottrina su posizioni diverse, tra chi vede in questo tipo di garanzia un pegno su cosa futura³⁰ e chi ammette che l'istituto previsto dalla l. 401/1985 sia riconducibile al pegno³¹. In ba-

minazione di origine del prosciutto di San Daniele» che abroga la L. 507/1970, il “Prosciutto di San Daniele” deve stagionare per il periodo minimo di dieci mesi dalla salatura.

³⁰ Così G. COSTANTINO e A. JANNARELLI, *Commento alla legge 24 luglio 1985, n. 401*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1986, p. 544.

³¹ Sul punto, L. CAPALDO, *Osservazioni su un'ipotesi legislativa di pegno senza spossessamento*, in *Dir. della banca e dei merc. fin.*, 1987, I, p. 463.



se alla prima ipotesi, che configura il pegno rotativo come un pegno su cosa futura, l'apposizione del contrassegno e l'annotazione sul registro avverrebbero in un momento in cui il bene oggetto della garanzia ancora non è venuto ad esistenza. Tali operazioni, infatti, avvengono sulle cosce di suino fresche e, fintanto che queste non si trasformino in prosciutti a denominazione d'origine tutelabile, il diritto di pegno non è costituito. Ciò comporterebbe un ulteriore accertamento: stabilire su chi gravi il rischio della eventuale mancata trasformazione del prodotto. Questa ricostruzione dottrinale è stata oggetto di critiche da parte di chi – invece – vede nell'apposizione del marchio sul prodotto fresco la costituzione di un pegno su cosa presente, nel senso che il pegno si costituisce (ed è operativo) su di un bene che esiste, ma che, per normale andamento del ciclo produttivo, subirà un mutamento. Anche per quanto riguarda il regime di opponibilità ai terzi il discorso cambia a seconda della ricostruzione dogmatica della garanzia in questione.

Giova, tuttavia, considerare che il pegno, di cui trattasi, rinviene la sua *ratio legis* nella definizione di uno strumento in grado di consentire agli operatori di ricevere un finanziamento, dando in garanzia un bene durante la sua produzione; pertanto, sembrerebbe maggiormente coerente la ricostruzione dogmatica che vede nella garanzia prevista dalla l. 401/1985 una forma di pegno su beni presenti, in quanto il bene in questione non si trasforma completamente (come, ad esempio, potrebbe accadere per le assi di legno utilizzate in un cantiere navale), ma subisce una mutazione che non ne altera sostanzialmente la struttura ontologica³².

Tali considerazioni inducono ad una ulteriore riflessione se il pegno sui prosciutti dia luogo ad una forma disciplinata di garanzia rotativa³³. La fattispecie in esame è, per certi versi, diversa dai successivi interventi normativi, poiché l'oggetto della garanzia resta il medesimo, per quanto, attraverso il processo di lavorazione, subisca una sua trasformazione. Su tale presupposto, vi è, allora, chi sostiene che tale pegno non sia un pegno intrinsecamente rotativo, poiché il bene oggetto di garanzia non viene sostituito con un altro, restando il bene in tutte le fasi di trattamento della coscia di prosciutto (salatura, pressatura, riposo, lavaggio, stagionatura, ecc.) il

medesimo³⁴; per altro verso, per alcuni le cosce avviate alla produzione rappresentano il bene originario oggetto della garanzia, ma ciò non costituisce un indice di fissità inalterabile³⁵. In verità, il silenzio della norma induce a ritenere che tale forma di pegno sia sprovvista di clausola di rotatività, come peraltro si può rilevare dal disposto normativo, il quale prevede, in caso di vendita dei prosciutti sottoposti a pegno, l'obbligo di soddisfare il creditore pignoratorio prima di eseguire la tradizione al compratore (art. 3). Tale garanzia, in altri termini, non sembra essere dotata della clausola di rotatività (presente, invece, nelle altre forme di pegno agrario), che ben si rileva nel riconoscimento al debitore della possibilità di disporre, ai soli fini della lavorazione, della medesima coscia, la quale, attraverso il processo produttivo, da fresca giunge al prodotto finale, senza alcuna rinnovazione, sostituzione e senza che, di fatto, si producano effetti novativi.

4.1. Il pegno sui prodotti lattiero-caseari a denominazione di origine a lunga stagionatura.

La positiva esperienza maturata con l'impiego dello strumento del pegno non possessorio nel settore dei prosciutti ha portato il legislatore ad estendere la disciplina contenuta nella l. 401/1985, attraverso l'art. 7 della l. 27 marzo 2001, n. 122, anche ai prodotti lattiero-caseari a denominazione di origine a lunga stagionatura, prevedendo che il pegno possa essere costituito dai produttori che adempiono alle condizioni previste per la immissione in consumo di tali prodotti, oltre che con le modalità previste dall'art. 2786 c.c., anche nella forma e con le modalità dettate dalla citata l. 401/1985. A tale disciplina ha dato attuazione, a ben quindici anni di distanza, il d.m. MiPAAF del 26 luglio 2016 inerente alla “Costituzione del pegno rotativo su prodotti lattiero-caseari di lunga stagionatura”. In forza di tale decreto, i prodotti lattiero-caseari elencati nell'Allegato I (ossia, il Parmigiano Reggiano, Grana Padano, Pecorino Romano, Montasio e Provone Valpadana) possono essere sottoposti a pegno non possessorio, dal giorno in cui le forme sono collocate nei locali di stagionatura, a condizione che la forma sia identificata mediante annotazione su appositi registri, annualmente vidimati da un notaio, e sottoscritti dal creditore.

³² In tal senso, E. GABRIELLI, *Il pegno “anomalo”*, op. cit., p. 76.

³³ *Ex multis*, E. GABRIELLI, *Sulle garanzie rotative*, op. cit., p. 101; Sempre sul tema, v. R. FRANCO, *Il pegno sui prodotti agricoli e alimentari tra (esplicita) rotatività e (implicita) non possessorietà: dalla tipicità ai modelli. Ovvero dall'unitarietà alla molteplicità*, in *Riv. dir. alim.*, fasc. 2, pag. 6; M. RENNA, *Il pegno rotativo sui prodotti DOP e IGP*, op. cit. p. 735.

³⁴ In tal senso, A. CHIANALE, *Le garanzie reali*, in *Trattato di diritto privato Iudica-Zatti*, Milano, 2019, p. 493; ID., *Il pegno non possessorio del d.l. «Cura Italia»: una nuova garanzia occulta?* in *Rass. dir. civ.*, 2021, p. 82.

³⁵ Così A. GUARNIERI, *Il pegno si adatta ai prosciutti*, in *Corriere giuridico*, 1985, p. 904.

Prima facie si potrebbe ritenere di essere di fronte ad una estensione per analogia di una disciplina prevista per una categoria di prodotti, ad altra che presenta caratteristiche simili, per quanto concerne il processo di lavorazione. In verità, non si attua una mera applicazione per estensione, poiché la disciplina prevista per il settore lattiero caseario si presenta (in particolar modo attraverso le previsioni contenute nel decreto ministeriale) maggiormente matura e completa con riguardo allo spossessamento e, mediante la previsione di una clausola di rotatività, la quale dà la possibilità di sostituire nel tempo l’oggetto della garanzia senza che si determini, in tal modo, la rinnovazione delle formalità richieste per l’esercizio della prelazione, né tantomeno il mutamento delle condizioni di revocabilità dell’operazione. D’altronde, tra i due momenti storici – come si è avuto modo di osservare – la dottrina e la giurisprudenza hanno delineato, in modo compiuto, la fattispecie del pegno mobiliare non possessorio, peraltro normato per il tramite dell’art. 1, d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla l. 30 giugno 2016, n. 119³⁶, oltre che della clausola di rotatività, quale figura di garanzia pignoratizia utilizzabile, non già a tutela di una determinata e singola obbligazione, bensì per una pluralità di operazioni garantite nel tempo, purché collegata alla medesima parte contrattuale.

Dunque, l’ambito di applicazione del pegno sui prodotti lattiero-caseari si estende unicamente alle forme di formaggio a lunga stagionatura, restandone, viceversa, escluso il latte. In linea con la l. 401/1985 si vuole definire uno strumento di garanzia per prodotti Dop a lunga stagionatura che, inevitabilmente, restano fermi nei locali aziendali per diversi anni. L’adozione delle forme di pegno non possessorio nel contesto agroalimentare dei prosciutti Dop e dei prodotti lattiero-caseari Dop ha assicurato agli imprenditori agricoli, nel corso degli anni, un adeguato flusso di finanziamenti, senza che venissero, in alcun modo, privati dei beni strumentali all’esercizio della propria attività di impresa, contribuendo ad innovare, così, le forme di garanzia mobiliari del credito e ad ammodernare la disciplina di accesso al credito da parte di tali soggetti.

Quanto alla natura rotativa di tale forma di pegno, l’art. 1, co. 2, d.m. 26 luglio 2016 non lascia dubbi e chiarisce che i prodotti lattiero-caseari costituiti in pegno ai sensi del presente decreto possono essere oggetto di patto di rotatività, precisando al comma 3 del citato art. 1 che *il pegno rotativo si realizza con la sostituzione di forme sottoposte a*

pegno, senza necessità di ulteriori stipulazioni. Una precisazione questa che non può che confermare quell’orientamento dottrinale³⁷ che qualifica il “pegno sui prosciutti” come un pegno essenzialmente non rotativo. E ciò, non solo perché si condivide la circostanza che la coscia di suino soggetta a vincolo, nonostante le diverse lavorazioni, rimanga sempre la medesima, ma altresì perché, il legislatore nell’estendere la disciplina della l. 401/1985 ai prodotti lattiero-caseari, per mezzo della l. 122/2001 attuata con il d.m. MiPAAF 26 luglio 2016, si è trovato a dover espressamente chiarire che a tali prodotti può accedere il patto di rotatività. In questo modo, non si deve ritenere la rotazione della garanzia passi dal prodotto in lavorazione a quello trasformato all’esito del processo produttivo (come nel caso dei prosciutti), quanto piuttosto nella sostituzione di forme sottoposte a pegno, senza necessità di ulteriori stipulazioni, fermo restando il rispetto delle disposizioni sull’identificazione e sull’annotazione sul registro³⁸.

Ai fini della costituzione del pegno, il decreto fornisce, all’Allegato II, un *fac simile* del registro cartaceo per l’annotazione del vincolo pignoratizio, individuando gli elementi costitutivi che devono necessariamente essere indicati, tra cui la data di costituzione, la durata della garanzia, il caseificio, il numero delle forme, i mesi e l’anno di produzione, la regione di produzione, il peso e il valore dei prodotti lattiero-caseari. Il registro prevede, altresì, un’apposita sezione dedicata alle “rotazioni” nella quale indicare i dati relativi ai prodotti in uscita e in entrata oggetto di sostituzione, in attuazione alla clausola di rotatività che accede al pegno.

L’assenza dello spossessamento del debitore, l’allocazione dei beni oggetto della garanzia presso lo stabilimento del medesimo, ovvero presso i locali di stagionatura, e la surrogazione convenzionale dell’oggetto per via dell’esercizio degli atti dispositivi da parte del debitore, pur sempre funzionali ad assicurare l’integrità dei prodotti e del processo produttivo, pone in una posizione di centralità, nel settore agroalimentare, la configurazione del pegno rotativo senza spossessamento. In questo modo, il prodotto rimane nella disponibilità dell’agricoltore, il quale, osservando le prescrizioni previste dal disciplinare per i prodotti Dop e Igp, preserva il valore economico della garanzia e accresce, al contempo, la sicurezza del creditore e la possibilità di finanziamento del debitore. Su tali basi, la previsione di sofisticati metodi per contrassegnare il bene, nonché puntuali modalità di annotazione del vincolo

³⁶ Disciplina che si completa con il d.m. 25 maggio 2021, n. 114 concernente il registro dei pegni mobiliari non possessori ove sono riportate le disposizioni per l’attuazione delle formalità pubblicitarie sul registro cartaceo.

³⁷ Sul punto A. CHIANALE, *Le garanzie reali*, op. cit., pp. 493-495.

³⁸ Cfr. art., 1 d.m. MiPAAF 26 luglio 2016.



pignoratizio su appositi registri, risultano canonici regolatori coerenti con la logica economica complessiva che governa le garanzie mobiliari nell’ambito di operazioni di credito strutturate³⁹.

5. Il D.L. 18/2020 (c.d. “Cura Italia”): il pegno rotativo per i prodotti agricoli, alimentari Dop e Igp, inclusi i prodotti vitivinicoli e le bevande spiritose. Norme emergenziali e strumentalità del pegno non possessorio all’attività di impresa.

Volendo escludere isolati interventi normativi, peraltro di difficile applicazione⁴⁰, la disciplina del

³⁹ In tal senso, E. GABRIELLI, *Il pegno “anomalo”, op. cit.*, p. 128; M. RENNA, *Il pegno rotativo sui prodotti DOP e IGP, op. cit.* p. 748.

⁴⁰ Il riferimento è all’art. 18 del d.lgs. 29 marzo 2004, n. 102, successivamente modificato dal d.l. 10 gennaio 2006, n. 2 convertito in l. 11 marzo 2006, n. 81, che ha introdotto la possibilità di costituire il pegno, secondo il disposto dell’art. 2806 c.c., su beni immateriali dell’azienda agricola per garantire l’adempimento delle obbligazioni contratte nell’esercizio dell’impresa agricola tra cui le quote di produzione, i diritti all’aiuto iscritti nel “Registro Nazionale Titoli”, di cui all’art. 3 d.lgs. 9 settembre 2005, n. 182, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 novembre 2005, n. 231, e i diritti di impianto. Viene espressamente riconosciuto all’imprenditore, in deroga all’art. 2786 c.c., la facoltà di continuare ad utilizzare tali beni nonostante la costituzione del vincolo pignoratizio. È questa una fattispecie diversa da quella oggetto del presente approfondimento riconducibile nella sfera del pegno di crediti e di altri diritti come previsti dall’art. 2800 e ss c.c. Merita puntualizzare che la norma finisce per trattare in modo unitario posizioni giuridiche differenti che, nel corso degli anni hanno subito una particolare modifica, tra cui le quote di produzione venute meno il 31 marzo 2015 nel settore del latte con l’art. 230, par. 1, lett. A, reg. (UE) 1308/2013; i diritti di reimpianto, la cui natura giuridica è stata modificata in autorizzazioni di impianto dall’art. 62, reg. (UE) 1308/2013, che pone non pochi interrogativi, anche in ragione delle specifiche disposizioni attuative.

Di maggiore interesse è la costituzione del pegno del diritto all’aiuto che resta soggetta alla stessa forma richiesta per il trasferimento dei diritti, come sopra illustrata, ed è, allo stesso modo, soggetta a registrazione nel Registro Nazionale Titoli. A ben vedere, la norma in materia di pegno avente ad oggetto tali entità giuridiche dà atto di un regime anomalo rispetto alla previsione generale di cui all’art. 2786 c.c., innanzitutto in quanto risulta circoscritto a espressi debiti garantibili, ossia a quelli individuati nelle obbligazioni contrattuali nell’esercizio dell’impresa, e poi perché è posto in deroga alle disposizioni sullo spossessamento del bene costituito in pegno. La norma evidenzia, così, un *favor* per l’agricoltore costituente del pegno, potendo questi – nonostante il pegno – detenere i diritti all’aiuto e continuare a utilizzarli fintanto che il creditore non si attiverà, ricorrendone i presupposti, per la soddisfazione del proprio credito utilizzando il titolo di pegno. Vi è da dire che, con riguardo alla disciplina del pegno dei titoli all’aiuto, trova luogo anche una separazione tra “titolo” e “credito” che sorge a seguito della domanda di pagamento, per cui, l’agricoltore, nonostante il pegno, continuerà a incassare le somme che gli derivano dalla titolarità del diritto all’aiuto. Nuovamente occorre rilevare che il regime speciale dettato per il pegno del diritto all’aiuto riflette

pegno non possessorio in agricoltura è rimasta per lungo tempo circoscritta al comparto dei prosciutti Dop e ai prodotti lattiero caseari Dop a lunga stagionatura. L’intrinseca settorialità degli interventi legislativi delineati, in ogni caso, ha avuto il pregio di svelare la capacità del sistema di soddisfare le esigenze a lungo sacrificate dal paradigma del pegno di natura codicistica attraverso modelli contrattuali adattabili alle esigenze di specifiche filiere produttive.

Le linee innovative delle garanzie mobiliari rappresentate dall’allontanamento della *traditio rei* quale modalità di costituzione del vincolo e dalla ricerca di forme di garanzie che consentano di valorizzare la capacità dell’attività d’impresa di rinnovare continuamente i beni aziendali e, al contempo, il riconoscimento in capo al creditore dei poteri di autotutela, affinché possa soddisfarsi da sé sulla cosa data in garanzia, sono confluite nella disciplina generale relativa al pegno senza spossessamento, di

la profonda ragione che sottostà all’instaurazione del regime del premio unico. Se, infatti, il diritto all’aiuto fosse soggetto alla normativa di diritto comune sullo spossessamento, si potrebbero avere problemi applicativi sotto il profilo del possesso dei titoli e del loro necessario abbinamento agli ettari ammissibili, con il conseguente rischio di vedersi versare il diritto alla riserva nazionale per mancato utilizzo *ex art.* 31, par. 1, lett. b) del reg. (UE) 1307/2013. Circa il soddisfacimento del credito da parte del creditore titolare del pegno, si crede che ciò si possa realizzare all’esito della messa in vendita del bene al fine dell’ottenimento del valore della stessa da parte del creditore. La normativa richiamata nulla dice con riguardo alla costituzione del pegno sui titoli non in proprietà, ma goduti in forza di un contratto di affitto dal costituente. L’ipotesi è tutt’altro che remota dal momento che i titoli possono essere, come già detto, attribuiti in godimento a un agricoltore unitamente a un terreno ricevuto in affitto. Potrebbe, infatti, accadere che, in ipotesi di obbligazioni destinate a giungere a scadenza in epoca successiva alla cessazione del rapporto di affitto, trovi luogo il conflitto tra creditore pignoratizio e il proprietario dei titoli, concessi liberi da pesi in affitto e ricevuti, alla scadenza del rapporto di affitto, gravati da un vincolo di natura reale e, oltre tutto, iscritto nel registro titoli. In sintesi, si ritiene che al di là dei connessi problemi tecnico-giuridici, sia possibile ipotizzare un limitato sfruttamento del regime speciale, che non pare, realisticamente, possa essere messo in linea con le esigenze della pac: basta riflettere sulla (ormai) predeterminata durata del regime la cui fine era segnata per il 2020, termine prorogato al 2022 per effetto del reg. (UE) 2020/2220 del 23 dicembre 2020 e, da ultimo, previsto per il periodo 2023-2027 dal reg. (UE) 2021/2115 del 2 dicembre 2021; sulle possibili modifiche cui può andare incontro il *quantum* delle somme erogate in quanto sottoposte alla modulazione annuale; nonché con riguardo alle urgenze del creditore che probabilmente prediligerà il ricorso ad altri strumenti di garanzia del suo credito. In dottrina, G. CIAN, *Sulla pignorabilità e sulla sostituibilità in pegno degli aiuti comunitari*, in E. Casadei-G. Sgarbanti (a cura di), *Il nuovo diritto agrario comunitario*, Milano, 2005, p. 355; sia lecito anche rinviare a N. LUCIFERO, *I contratti di cessione delle quote di produzione, dei diritti di reimpianto e dei titoli all’aiuto diretto*, in *I contratti agrari*, A. Germanò-E. Rook Basile (a cura di), *Trattato dei Contratti*, diretto da P. RESCIGNO e E. GABRIELLI, Torino, 2015, pp. 221-274.



cui al citato art. 1 del d.l. 59/2016, attraverso cui si è voluto superare, nella logica della contrattazione d'impresa, le rigidità connaturate al pegno codicistico e offrire un quadro normativo più elastico⁴¹. L'attinenza della garanzia non possessoria all'attività di impresa trova conferma sia nelle norme che ne stabiliscono l'oggetto, sia in quelle che attengono ai profili soggettivi. La l. 119/2016 permette di costituire a garanzia di crediti concessi ad imprenditori un pegno su beni mobili, anche immateriali, destinati all'esercizio dell'impresa ovvero su crediti derivati, o inerenti, tale esercizio. Elemento fondamentale della figura è, appunto, l'assenza dello spossessamento, in senso opposto rispetto alle disposizioni generali sul pegno ex art. 2784 ss. c.c., mediante l'adempimento di particolari formalità, richieste ai fini della sua costituzione. L'oggetto della costituzione del pegno risulta, come accennato, limitato ai beni mobili, anche immateriali, destinati all'esercizio dell'impresa, nonché ai crediti derivanti o inerenti all'esercizio di impresa; un limite che circoscrive considerevolmente l'ambito di intervento della norma, la cui operatività riflette i principi del *floating charge* anglosassone.

Sotto il profilo soggettivo, la fattispecie, che resta limitata ai soli imprenditori – siano essi debitori o creditori pignorati – può essere utilizzata per garantire crediti presenti o futuri, determinati o determinabili, e con la previsione dell'importo massimo garantito, inerenti all'esercizio dell'impresa. Invero, ai sensi del secondo comma dell'art. 1, *il debitore o il terzo concedente il pegno è autorizzato a trasformare o alienare, nel rispetto della loro destinazione economica, o comunque a disporre dei beni gravati da pegno. In tal caso il pegno si trasferisce, rispettivamente, al prodotto risultante dalla trasformazione, al corrispettivo della cessione del bene gravato o al bene sostitutivo acquistato con tale corrispettivo, senza che ciò comporti costituzione di una nuova garanzia.* Laddove ciò avvenga, il pegno, valutato sempre nella sua unità effettuale e nella componente di valore, ovvero in coerenza con la conformazione rotativa, è traslato, rispettivamente, sul prodotto risultante dalla trasformazione, sul corri-

spettivo della cessione del bene gravato ovvero sul bene sostitutivo acquistato con tale corrispettivo, senza che ciò integri la costituzione di una nuova garanzia.

Superato definitivamente il requisito della consegna del bene da parte del debitore, non più necessario ai fini della costituzione del contratto di pegno e per l'insorgenza della prelazione, gli imprenditori possono costituire il pegno attraverso le annotazioni da effettuare, secondo il dettato del d.m. 25 maggio 2021, n. 114⁴², sull'apposito registro dei pegni mobiliari non possessori, potendo continuare a impiegare detti beni nel processo produttivo.

La novella del 2016 – che risponde all'intenzione del legislatore nazionale di incrementare le forme di garanzia del credito a favore dell'economia nella prospettiva segnata anche dalle Istituzioni europee⁴³ – mediante la definizione della figura generale del pegno non possessorio, ha delineato una disciplina valida per svariati comparti produttivi del nostro Paese. L'ampia estensione applicativa di tale normativa, tuttavia, non consente di considerare alcuni degli elementi che più caratterizzano la materia agroalimentare.

Dunque, nell'ambito del quadro disciplinare così delineato ha, da ultimo, trovato applicazione la disciplina speciale per il pegno rotativo destinato ai prodotti agricoli e alimentari Dop e Igp, inclusi i produttori vitivinicoli e le bevande spiritose. Si tratta di un intervento che ha visto la luce nel contesto emergenziale dettato dalla crisi pandemica con l'emanazione degli artt. 78, co. 2-*duodecies* e ss., del d.l. 17 marzo 2020 n. 18, convertito in L. 24 aprile 2020 n. 27 (c.d. “Decreto Cura Italia”).

La norma è stata concepita nel pieno della pandemia, e specialmente su pressione del settore del settore vitivinicolo, al fine di agevolare l'accesso al credito degli agricoltori i cui prodotti erano per lo più rimasti bloccati nei magazzini ed invenduti. La stessa collocazione nell'ambito di una decretazione

⁴¹ In argomento, per un primo commento, S. AMBROSINI, *Il pegno non possessorio ex lege n. 119/2016*, in *Il Caso.it*, 2016; G.B. BARILLÀ, *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, in *Giur. comm.*, 2017, 583; R. MARINO, *Pegno non possessorio quale strumento funzionale all'autotutela soddisfattiva del creditore: profili evolutivi*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2018, 762; F. PRETE, *Il finanziamento del settore agricolo e le “opportunità” del nuovo pegno mobiliare non possessorio*, in *Riv. dir. agr.*, 2017, I, 161; sia altresì lecito rinviare a N. LUCIFERO, *L'accesso al credito da parte delle imprese agricole tra intervento pubblico e iniziative private*, in F. Di Marzio-S. Landini (a cura di), *Il finanziamento dell'impresa agricola*, Milano, 2019, p. 329.

⁴² Ai sensi dell'art. 1, d.m. 114/2021, è istituito, presso l'Agenzia delle entrate, il registro informatico per l'iscrizione dei pegni mobiliari non possessori ove sono giornalmente inserite, secondo l'ordine di ricezione, le formalità presentate, indicando il numero d'ordine, il giorno della richiesta, la persona del richiedente e le persone per cui la richiesta è fatta, la data del titolo costitutivo del pegno non possessorio presentato con la domanda, l'oggetto della richiesta (art. 2).

⁴³ Cfr. Libro Verde del 18 febbraio 2015, *Building a Capital Market Union*, [COM(2015)63 fin.] ove si sottolinea come le garanzie reali siano un anello essenziale del sistema finanziario poiché sottendono molte operazioni di mercato e fungono da rete di sicurezza. Sul punto, V. OCCORSIO, *Pegno non possessorio: uno studio su oggetto della garanzia e poteri del creditore*, op. cit., pp. 72-73; C. AGABITINI, *Debito sovrano ed accesso al credito. Recenti proposte di riforma del diritto italiano delle garanzie mobiliari alla luce dei precedenti in diritto interno e comparato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 413.





di urgenza, destinata a prevedere misure di sostegno economico (non a caso rubricato “*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*”) rivela la *ratio legis* ispiratrice: tale disposizione non è stata concepita quale disposizione organica volta a definire regole speciali per il pegno agrario, quanto piuttosto quale strumento per agevolare gli agricoltori ad accedere al credito in un contesto di una crisi che ha coinvolto il mercato e la circolazione dei prodotti agricoli e alimentari. Tuttavia, le disposizioni del decreto “Cura Italia”, volte a prevedere una ulteriore garanzia mobiliare per i prodotti agricoli e alimentari determinano un apparato di regole la cui applicabilità, pur con i limiti rappresentati dal mancato coordinamento con le altre discipline preesistenti, va ben oltre il contesto emergenziale⁴⁴ e introducono in maniera stabile e strutturata una figura di pegno rotativo applicabile a tutti i prodotti Dop e Igp. Tale provvedimento ha consentito in tal modo di superare l'eccessiva specializzazione, che in passato aveva caratterizzato il settore agroalimentare, consentendo di implementare nel nostro Ordinamento una misura regolatoria più ampia⁴⁵.

Sotto il profilo oggettivo la norma, in linea con la disciplina previgente, trova applicazione per i (soli) prodotti Dop e Igp, quali produzioni di qualità soggette a lunghi processi produttivi e cicli di lavorazione, la cui natura risulta, dunque, incompatibile con il meccanismo dello spossessamento.

Il “nuovo” pegno circoscrive, dunque, il proprio ambito di applicazione oggettivo ai soli prodotti Dop e Igp⁴⁶ e, più in particolare, ai prodotti agricoli,

⁴⁴ Il Legislatore pandemico, in forza della diffusione del virus Covid-19, si è trovato nella posizione di dover imporre o comunque modificare molteplici prestazioni personali o patrimoniali, incidendo in modo significativo sulla sfera delle diverse situazioni soggettive e su molteplici regole della organizzazione e della convivenza collettiva. Lo Stato emergenziale ha messo, così, in crisi i, già labili, equilibri costituzionali tra Governo e Parlamento, la cui funzione è stata sostanzialmente relegata all'approvazione delle leggi di conversione dei numerosi decreti-legge presentati via via dal Governo. In dottrina (per tutti, U. DE SIERVO, *Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, 2020, fasc. speciale) è sorta, conseguentemente, una dovuta riflessione sul rapporto tra Stato di emergenza e sistema delle fonti, messo a dura prova dall'abuso degli strumenti di normazione straordinaria impiegati non solo per regolare situazioni giuridiche urgenti, ma nella forma “*omnibus*”, per normare posizioni che avrebbero potuto essere disciplinate dal legislatore ordinario.

⁴⁵ In attuazione dell'art. 78, co. 2 *terdecies* è stato emanato il d.m. MiPAAF 23 luglio 2020 ha definito le regole per la costituzione del pegno rotativo sui prodotti agricoli e alimentari e le relative formalità nei registri.

⁴⁶ Con riferimento alla disciplina sui regimi di qualità, ai sensi dell'art. 5, par. 1, reg. (UE) 1151/2012 per “denominazione di origine” si indica un nome che *identifica un prodotto originario di un luogo, regione o, in casi eccezionali, di un paese determi-*

vale a dire i prodotti di cui all'art. 38 TFUE come riportati nell'Allegato I, i prodotti alimentari, di cui all'art. 2 del reg. (CE) n. 178/2002⁴⁷, e ai prodotti vitivinicoli, la cui disciplina verticale si rinviene nel reg. (UE) 1308/2013⁴⁸ e, infine, alle bevande spiritose così come definite dal reg. (UE) 787/2019⁴⁹. Trova in tal modo conferma un dato caratterizzante del pegno agrario, ossia la sua applicazione al circoscritto ambito delle produzioni di qualità, in linea con il modello disciplinare consolidato nell'ordinamento europeo con cui vengono valorizzati i prodotti Dop e le cui qualità sono riferibili ad un determinato territorio di origine sotto un profilo oggettivo analiticamente verificabile, e ai prodotti Igp, le cui qualità possono essere riconducibili ad un profilo reputazionale di cui quel prodotto gode in ragione del legame storico con quel territorio⁵⁰.

nati la cui qualità o le cui caratteristiche sono dovute essenzialmente o esclusivamente ad un particolare ambiente geografico ed ai suoi intrinseci fattori naturali e umani; e le cui fasi di produzione si svolgono nella zona geografica delimitata. Mentre, ai sensi dell'art. 5, par. 2, reg. (UE) 1151/2012 per *indicazione geografica* “è un nome che identifica un prodotto: originario di un determinato luogo, regione o paese; alla cui origine geografica sono essenzialmente attribuibili una data qualità; la reputazione o altre caratteristiche; e la cui produzione si svolge per almeno una delle sue fasi nella zona geografica delimitata. Si osserva che il 3 maggio 2022 è stata presentata una Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle indicazioni geografiche dell'Unione europea di vini, bevande spiritose e prodotti agricoli e ai regimi di qualità dei prodotti agricoli, che modifica i reg. (UE) n. 1308/2013, 2017/1001 e 2019/787 e che abroga il reg. (UE) n. 1151/2012 [COM(2022) 134 fin/2] attualmente in discussione.

⁴⁷ Cfr. reg. (CE) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2002 che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare.

⁴⁸ Cfr. reg. (UE) n. 1308/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013 recante organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli e che abroga i reg. (CEE) n. 922/72, (CEE) n. 234/79, (CE) n. 1037/2001 e (CE) n. 1234/2007 del Consiglio, da ultimo modificato dal reg. (UE) 2021/2117 del Parlamento europeo e del Consiglio del 2 dicembre 2021.

⁴⁹ Cfr. reg. (UE) 2019/787 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 relativo alla definizione, alla designazione, alla presentazione e all'etichettatura delle bevande spiritose, all'uso delle denominazioni di bevande spiritose nella presentazione e nell'etichettatura di altri prodotti alimentari, nonché alla protezione delle indicazioni geografiche delle bevande spiritose e all'uso dell'alcol etilico e di distillati di origine agricola nelle bevande alcoliche, e che abroga il reg. (CE) n. 110/2008.

⁵⁰ In dottrina, sulla disciplina in materia di qualità, *ex multis*, F. ALBISINNI, *L'origine dei prodotti agro-alimentari e la qualità territoriale*, in *Riv. dir. agr.*, 2000, I, p. 39; ID., *Azienda multifunzionale, mercato, territorio. Nuove regole in agricoltura*, Viterbo, 2000, p. 239; ID., *Strumentario di diritto alimentare europeo*, Torino, 2020, p. 291; L. COSTATO, *Dop, Igp e Stg nei regolamenti del 2006, adottati anche in relazione ai negoziati WTO*, in *Riv. dir. agr.*, 2006, I, p. 350; ID., *La protezione delle*

La scelta del legislatore di circoscrivere l'applicazione della norma alle produzioni di qualità non è riconducibile unicamente al fattore temporale che, specialmente per alcuni prodotti, allunga notevolmente le tempistiche dei processi produttivi. Questa, invece, va riposta sulla scelta di un sistema produttivo estremamente rigoroso e trasparente che assoggetta a controllo tutti gli operatori della filiera ai fini della verifica del disciplinare di produzione che, a sua volta, uniforma e regola le produzioni a livello locale. La natura pubblicistica del segno Dop e Igp condiziona, in questo modo, la disciplina del pegno limitando il suo ambito di applicazione in funzione dell'origine territoriale del prodotto e, sul piano soggettivo, a quei produttori della filiera assoggettati al sistema di controllo⁵¹. Questa è – appunto – focalizzata sull'aspetto oggettivo e funzionale della garanzia, piuttosto che sulle qualità del soggetto concedente il pegno⁵² con l'obiettivo di facilitare l'accesso al credito delle imprese agricole e alimentari del notevole capitale immobilizzato destinato a rimanere per molto tempo depositato nei magazzini prima dell'immissione in commercio dei prodotti di qualità.

indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine e le attestazioni di specificità, ivi, 1995, I, p. 489; A. GERMANÒ, *Corso di diritto agroalimentare*, Torino, 2007, pp. 166-180; L. PETRELLI, *I regimi di qualità nel diritto alimentare dell'Unione Europea*, Napoli, 2012; I. CANFORA, *La politica della qualità dei prodotti agroalimentari*, in P. Borghi, I. Canfora, A. Di Iorio, L. Russo (a cura di) *Trattato di diritto alimentare italiano e dell'Unione europea*, Milano, 2021, p. 425; sia lecito rinviare a N. LUCIFERO, *La comunicazione simbolica nel mercato alimentare: marchi e segni del territorio*, in *Trattato di Diritto Agrario*, diretta da L. COSTATO, A. GERMANÒ, E. ROOK BASILE, *Il diritto agroalimentare*, vol. III, Torino, 2011, pp. 321-423.

⁵¹ Nella previsione delle denominazioni geografiche l'autonomia delle istanze dei produttori a fregiare i propri prodotti con il segno Dop o IGP si deve necessariamente integrare con il riconoscimento preventivo del segno da parte degli organi comunitari a quella specifica zona geografica, nonché si deve adeguare alle previsioni delle disposizioni normative concernenti il disciplinare d'uso valido ed efficace per tutti i produttori della zona. Ne discende una situazione giuridica soggettiva in capo al produttore fortemente segnata dalla dislocazione territoriale dell'azienda agricola in quanto l'area geograficamente protetta legittima il produttore stesso a richiedere l'utilizzo del segno all'associazione, e conseguentemente rende possibile fregiare il prodotto con tale segno, che caratterizza il prodotto al punto da mettere in discussione ogni sua fungibilità e, conseguentemente, la sussistenza del rapporto concorrenziale con analoghe imprese che offrono beni pur appartenenti alla medesima categoria merceologica ma provenienti da località diverse.

⁵² In argomento, A. CHIANALE, *Pegno agricolo: concedibile da imprese che commercializzano o importano bevande alcoliche?* in *dirittobancario.it*, 2021, p. 3, ove l'A. osserva che la legge non limita la possibilità di concedere il nuovo pegno alle sole imprese di produzione; quindi, anche l'impresa che commercializza vini e alcolici, e l'impresa che li importa può garantire un finanziatore bancario dando in pegno questi specifici prodotti.

5.1. L'ambito operativo del D.L. 18/2020: il difetto di spossessamento, il patto di rotatività e l'annotazione tramite registri cartacei e telematici.

La disciplina che scaturisce dall'art. 78, comma 2-*duodecies* e 2-*terdecies*, del decreto Cura Italia risulta caratterizzata dalla presenza di tre principali elementi: la mancanza dello spossessamento, il patto di rotatività e, infine, la sua registrazione attraverso l'annotazione in specifici registri, anche telematici.

L'art. 78, comma 2-*duodecies*, dispone, dunque, che *i prodotti agricoli e alimentari a denominazione d'origine protetta o a indicazione geografica protetta, inclusi i prodotti vitivinicoli e le bevande spiritose, possono essere sottoposti a pegno rotativo*. In tal modo si introduce, per la prima volta in modo espresso, il concetto di “pegno rotativo” senza, tuttavia, precisare l'elemento del possesso⁵³, non rinvenendosi nel testo normativo, ovvero nel testo del d.m. MiPAAF 23 luglio 2020, alcun esplicito richiamo alla figura del pegno non possessorio. Se, tuttavia, si considera la *ratio* dell'istituto, volto ad accrescere le fonti di finanziamento delle imprese agricole, anche attraverso l'adozione di registri dematerializzati come quelli del SIAN⁵⁴, e la natura dei prodotti soggetti al vincolo, destinati a subire processi di lavorazione e conservazione che impongono la loro permanenza presso gli stabilimenti produttivi, non può che rilevarsi che si tratti di una figura di pegno ontologicamente non possessorio⁵⁵. Tanto emerge anche dalla previsione di cui all'art. 1 del d.m. MiPAAF 26 luglio 2020 ove si dispone che i prodotti Dop e Igp sono sottoposti a pegno *a decorrere dal giorno in cui le unità di prodotto sono collocate nei locali di produzione e/o stagionatura e/o immagazzinamento*. L'impostazione adottata dal legislatore dimostra di seguire il filone normativo inaugurato con il pegno sui prosciutti, di cui alla l. 401/1985, e con la l. 122/2004 per i prodotti lattie-

⁵³ Così, R. FRANCO, *Il pegno sui prodotti agricoli e alimentari tra (esplicita) rotatività e (implicita) non possessorietà: dalla tipicità ai modelli. Ovvero dall'unitarietà alla molteplicità*, in *Riv. dir. alim.*, 2021, fasc. 2, p. 7.

⁵⁴ Il Sistema informativo agricolo nazionale (“SIAN”), istituito ai sensi dell'art. 15 l. 4 giugno 1984, n. 194, rappresenta il sistema informativo unificato di servizi del comparto agricolo, agroalimentare e forestale messo a disposizione dal MiPAAF e dall'Agea per assicurare lo svolgimento dei compiti relativi alla gestione degli adempimenti previsti dalla politica agricola comune, con particolare riguardo ai regimi di intervento nei diversi settori produttivi.

⁵⁵ Sul punto, R. FRANCO, *Ibidem*; nonché, A. CHIANALE, *Conversione del d.l. Cura Italia: il nuovo pegno non possessorio agricolo*, *op. cit.*, p. 7.

ro-caseari, dando vita ad una ipotesi di pegno rotativo non possessorio, autonoma e indipendente.

Quanto al secondo requisito, si è già evidenziato che l’art. 78, comma 2-*duodecies*, legittima espressamente la clausola di rotatività, da cui la considerazione – a differenza di quanto detto per il pegno sui prosciutti – che il pegno sembrerebbe essere intrinsecamente rotativo. Tuttavia, l’ontologica rotatività di tale ipotesi di pegno resta sempre potenziale, come confermato dalla formulazione dell’art. 1, co. 2, del d.m. MiPAAF 26 luglio 2020, a norma del quale i prodotti Dop e Igp costituiti in pegno *possono* essere oggetto di patto di rotatività. La devoluzione alle parti della facoltà di adottare un patto di rotatività, mediante l’utilizzo di una formulazione che riprende quella già in uso per i prodotti lattiero-caseari⁵⁶ sembra, dunque, aprire ad una duplice fattispecie: il contratto di pegno su determinati prodotti agricoli e alimentari, senza che vi sia una rotazione del bene e, la diversa ipotesi, frutto dell’accordo tra le parti di un pegno sui prodotti con clausola di rotatività. Troverebbe, pertanto, accoglimento la tesi⁵⁷ secondo la quale, per ricorrere al meccanismo di rotatività sia comunque necessario prevedere una formale previsione negoziale nel contratto di pegno che regoli il funzionamento del meccanismo di rotazione, fermo restando che questo deve consistere, secondo il disposto dell’art. 1, co. 3 del decreto ministeriale, nella sostituzione delle unità di prodotto sottoposte a pegno, senza necessità di ulteriori stipulazioni.

In ordine alla rotatività del pegno occorre, infine, trattare la tematica relativa alla congruità tra il valore dei beni originariamente costituiti in pegno e quello dei beni eventualmente forniti in sostituzione. In assenza di precise indicazioni normative, il tema deve essere ricondotto alle considerazioni in parte già svolte circa principio della c.d. “parità di valore” e al pertinente orientamento giurisprudenziale. Si tratta di un profilo delicato – specialmente nel contesto in esame ove i prodotti Dop o Igp acquisiscono di valore durante il tempo necessario per completare il processo produttivo – in considerazione della necessità di tutelare, oltre agli interessi del creditore pignoratizio, anche quelli degli eventuali altri creditori del soggetto finanziario, tutela che sarebbe assicurata solo attraverso l’equivalenza di valore del bene sostituito rispetto al valore di quello

originario⁵⁸. Tuttavia, se il valore di riferimento per ciascuna sostituzione deve essere quello che il bene aveva quando è sorto il vincolo, la successiva eventuale riduzione di valore non potrà gravare sul creditore pignoratizio che, nell’operare la sostituzione, ben potrà integrare l’oggetto della garanzia sino al raggiungimento del valore originario. Su tali basi la dottrina ha individuato il termine di raffronto per la sostituzione nei beni originari o, comunque, nel momento del cambio al fine di consentire al creditore di far propri gli incrementi del bene assoggettato alla garanzia e ai creditori chirografari di non vedersi ridurre il patrimonio del datore della garanzia⁵⁹. In altri termini, mentre l’impostazione della giurisprudenza di legittimità resta compatibile con la funzione conservativa della clausola di rotatività, quella della dottrina presuppone una connotazione maggiormente speculativa del patto rotativo, in funzione delle oscillazioni di valore del bene originariamente costituito in garanzia, e ciò, soprattutto nel caso dei prodotti agricoli che subiscono un processo di lavorazione che incrementa necessariamente il suo valore⁶⁰. Va detto che la prassi bancaria ha dimostrato di fare ricorso al prezzo medio all’origine del prodotto oggetto di pegno, accogliendo l’orientamento dottrinale e giurisprudenziale, sorto nel contesto di applicazione del pegno non possessorio (non agrario), che ritiene che il valore dei beni debba determinarsi con riferimento al momento dell’originaria costituzione della garanzia, poiché è da quel momento che il valore economico dei beni posti a garanzia viene destinato al soddisfacimento del creditore pignoratizio.

L’applicazione del principio della “parità di valore” impatta in modo significativo sull’applicazione in concreto del pegno in agricoltura. Ciò rilevato, occorre considerare che sussiste l’obbligo per le parti di identificare nell’atto costitutivo del pegno l’importo massimo garantito, come previsto all’art. 1, d.l. 59/2016 e confermato dall’art. 2 d.m. MiPAAF 23 luglio 2020, il cui alle-

⁵⁸ Principio riconosciuto dalla giurisprudenza, secondo cui, perché sia valido ed efficace il patto di rotatività, occorre l’equivalenza dei valori dei beni sostituiti con quelli sostitutivi, avuto riguardo al momento della costituzione della garanzia (cfr. Cass. 28 maggio 1998, n. 5264; Cass. 27 settembre 1999, n. 10685; Cass. 11 novembre 2003, n. 16914; Cass. 1° febbraio 2008, n. 2456; Cass. 1° luglio 2015, n. 13508; Cass. 22 dicembre 2015, n. 25796; Cass. 13 febbraio 2017, n. 2764).

⁵⁹ In tal senso, E. GABRIELLI, *Il pegno “anomalo”*, op. cit., p. 218; P. PISCITELLO, *Le garanzie bancarie flottanti*, Torino, 2000, p. 102. Sul punto si richiama la giurisprudenza di merito che ritiene ammissibile che i beni sostitutivi abbiano un valore superiore a quelli originari (cfr. Trib. Trento, 3 luglio 2018).

⁶⁰ In argomento, U. MALAGNA, *Sulle clausole di rotatività nel pegno: funzione “conservativa” del valore della garanzia e strutture decisionali delle sostituzioni*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2014, I, p. 313.

⁵⁶ In particolare, ai sensi dell’art. 1, comma 2 del d.m. 26 luglio 2016 i prodotti lattiero-caseari costituiti in pegno ai sensi del presente decreto possono essere oggetto di patto di rotatività.

⁵⁷ Così R. FRANCO, *Il pegno sui prodotti agricoli e alimentari tra (esplicita) rotatività e (implicita) non possessorietà: dalla tipicità ai modelli. Ovvero dall’unitarietà alla molteplicità*, op. cit., p. 13.



gato di riferimento espressamente indica tra i requisiti il *valore del pegno*. Pertanto, si condivide l’orientamento secondo il quale sarebbe opportuno prevedere all’interno dell’atto di costituzione del pegno una apposita clausola che disponga l’esecuzione di un’iniziale perizia di stima sui beni concessi in pegno, nonché di una successiva perizia da redigere al momento della sostituzione dei beni concessi in garanzia⁶¹.

Il terzo requisito di validità del pegno sui prodotti Dop e Igp attiene alle formalità relative alle annotazioni e registrazioni da effettuarsi sui registri, cartacei e telematici, ai fini della costituzione e dell’estinzione della garanzia. Quanto alla costituzione del pegno, in continuità con le precedenti esperienze, tale ipotesi prescinde dalla consegna del bene e si realizza attraverso l’individuazione, anche per mezzo di documenti, dei beni oggetto di garanzia, nonché mediante la loro annotazione in appositi registri, con decorrenza dal giorno in cui le unità di prodotto sono identificate e collocate nei locali di produzione, stagionatura o immagazzinaggio. Non risulta, invece, prevista una specifica forma per il contratto di concessione del pegno (l’art. 78, comma 2-terdecies indica la “registrazione della costituzione”⁶²) con l’effetto che non è necessaria, ai fini della sua validità, la scrittura avente data certa di cui all’art. 2787 c.c.⁶³. Anche questo pegno, come i precedenti, prende grado dall’annotazione in appositi registri, e tale requisito è consustanziale sia alla nascita del pegno che alla sua opponibilità ai terzi.

Sotto il profilo soggettivo la norma non fa alcuna previsione, tuttavia, considerata anche la collocazione dell’art. 78 del decreto “Cura Italia” tra le misure volte a sostenere economicamente le imprese agricole o che producono alimenti e bevande, si ritiene che tale ipotesi di pegno possa essere costituita da chi rivesta la qualifica di “imprenditore”, agricolo o commerciale, analogamente a questo previsto in tema di pegno non possessorio dal d.l. 59/2016 che, all’art. 1, l. 119/2016, prevede che questo può essere costituito da chi riveste la qualifica di imprenditore. Per effetto di quanto anticipato in precedenza, si deve altresì ritenere che l’imprenditore, che opera nella filiera, debba essere

⁶¹ Così G. BELLAVIA, *Il pegno rotativo e non possessorio sui prodotti agroalimentari. Prime riflessioni sulle norme introdotte dal Decreto “Cura Italia”*, in *Studium Iuris*, 2021, p. 876 e ss.

⁶² A tal proposito, tale formulazione prende le distanze dalle forme di costituzione del pegno delineate dalla l. 401/1985 ove è prevista l’apposizione su ciascuna coscia di suino, da parte del creditore pignoratorio, di uno speciale contrassegno indelebile, idoneo a rendere evidente e opponibile a terzi il pegno costituito.

⁶³ Sul punto, A. CHIANALE, *Conversione del d.l. Cura Italia: il nuovo pegno non possessorio agricolo*, op. cit., p. 8.

assoggettato al sistema di controllo previsto per le produzioni di qualità, in assenza della quale previsione non sarà possibile ottenere un prodotto agricolo Dop o Igp.

Quanto al profilo oggettivo, la normativa in esame dispone che i beni espressamente predeterminati dalla legge, possano essere sottoposti a pegno rotativo attraverso l’individuazione, anche per mezzo di documenti, dei beni oggetti di pegno e di quelli sui quali il pegno si trasferisce, nonché mediante l’annotazione in appositi registri⁶⁴. Una prima questione meritevole di trattazione in relazione all’ambito di applicazione oggettivo del pegno sui prodotti Dop e Igp attiene, pertanto, all’individuazione dei beni da assoggettare al vincolo, su cui permangono ancora alcune perplessità. Secondo le previsioni dell’art. 1, del decreto ministeriale, infatti, il pegno rotativo troverebbe applicazione soltanto per i beni presenti, in quanto *possono essere sottoposti a pegno, a decorrere dal giorno in cui le unità di prodotto sono collocate nei locali di produzione e/o stagionatura e/o immagazzinamento, a condizione che le stesse unità siano identificate con le modalità previste [...] in tema di registri*, con l’esclusione, dunque, dei beni futuri, non ancora venuti ad esistenza e, dunque, indeterminati. L’esplicita previsione, nella disciplina del pegno sui prodotti Dop e Igp, di un elemento di identificazione di natura temporale fa sì che, soltanto dal momento della collocazione dei prodotti Dop e Igp nei locali predetti, gli stessi possano essere ritenuti idonei a divenire oggetto del pegno, con l’esclusione, in tal senso, di tutti quei prodotti non ancora venuti in essere (e, dunque, futuri). È solo a partire dal momento della collocazione dei prodotti nei locali descritti che i produttori potranno incassare il credito, continuando a mantenere la disponibilità dei beni, i quali, in forza della clausola di rotatività, potranno essere sostituiti con altri aventi le medesime caratteristiche, senza che ciò comporti la novazione del vincolo pignoratorio. Sempre per quanto attiene all’individuazione dei beni da assoggettare al pegno è possibile affermare che, dal tenore letterale dell’art. 78, comma 2-duodecies del decreto “Cura Italia”, in combinato disposto con l’art. 1 del d.m. MiPAAF del 23 luglio 2020, ne restano esclusi i crediti, il denaro o altri beni mobili diversi da quelli espressamente individuati.

L’impianto normativo dell’art. 78, comma 2-terdecies, del decreto “Cura Italia” delinea, infine, due differenti binari⁶⁵ per la tenuta dei registri di-

⁶⁴ Cfr. art. 78, comma 2-duodecies, D.L. 18/2020, convertito in L. 27/2020.

⁶⁵ Così, A. CHIANALE, *Conversione del d.l. Cura Italia: il nuovo pegno non possessorio agricolo*, in www.dirittobancario.it, 2020 (consultato in data 4.10.2022).

stinguendo tra i registri telematici SIAN, destinato alle sole filiere del vino e dell’olio di oliva, e i registri cartacei per tutti gli altri prodotti agricoli. Tale distinzione risponde ad una indicazione di opportunità limitando i registri telematici ai soli prodotti per i quali già vige l’obbligo di annotazione nei registri istituiti nell’ambito del SIAN (*i.e.* vino e olio) di tutte le fasi di lavorazione e di cessione del prodotto per garantire una tracciabilità e trasparenza alla filiera anche ai fini dei controlli⁶⁶. Per tali tipologie di prodotti, il debitore sarà tenuto così ad annotare tutte le informazioni relative alla tipologia, al quantitativo di prodotto da sottoporre al vincolo pignoratorio, al recipiente (silos, botte o altro) in cui prodotto sfuso è stoccato, al lotto, se trattasi di prodotto confezionato, alla data di costituzione e di estinzione del pegno rotativo, all’istituto bancario interessato, al valore del pegno in euro. Una volta annotato il pegno nei citati registri telematici, il debitore dovrà provvedere alla comunicazione al creditore entro il giorno successivo alla registrazione e, quest’ultimo, potrà chiedere e ottenere in sede contrattuale la visibilità dei registri SIAN⁶⁷.

Invece, per tutti gli altri prodotti, diversi da quelli vitivinicoli e dall’olio d’oliva, la tenuta dei registri è stata prevista cartacea. Una volta individuati i prodotti Dop e Igp da assoggettare al vincolo, il creditore provvede all’annotazione nel registro conforme al *fac simile* dell’Allegato I del decreto ministeriale; questo, conservato a cura del debitore (salvo diversa intesa tra le parti), riporta le indicazioni circa la data di costituzione del pegno, la sua durata, la ragione sociale dell’azienda, le unità produttive, il mese o anno di produzione, la varietà, la regione di produzione, la partita o il lotto, il codice

identificativo, Kg/Litri, il valore in euro. Il registro, creato sulla falsariga di quello adottato per il pegno dei prodotti lattiero-caseari, prevede altresì un’apposita sezione dedicata alle “rotazioni”, nella quale riportare i dati relativi ai prodotti in uscita e in entrata oggetto di sostituzione, in attuazione della clausola di rotatività che accede al pegno. Tali registri, redatti in conformità alle previsioni indicate vengono, infine, annualmente vidimati da un notaio e il creditore, in sede contrattuale, potrà chiedere ed ottenere la visibilità degli stessi.

Anche l’estinzione totale o parziale del pegno di prodotti Dop e Igp avviene, in linea con le indicazioni di cui all’art. 78 co. 2-*terdecies*, mediante annotazione della cancellazione sui registri. Quanto agli effetti della registrazione, anche sulla base delle considerazioni espresse in tema di pegno sui prosciutti a denominazione di origine tutelata e di pegno mobiliare non possessorio *ex d.l.* 59/2016, si ritiene che si sia in presenza di un tipo di pubblicità di natura costitutiva⁶⁸.

5.2. Note critiche a margine della disciplina sul pegno dei prodotti Dop e Igp e le possibili soluzioni interpretative.

Le disposizioni del decreto “Cura Italia” tralasciano di considerare alcuni aspetti essenziali volti a regolare l’operatività dell’istituto in esame sollevando dubbi interpretativi. Invero, nulla dispone, ad esempio, in ordine alle tutele a favore del creditore pignoratorio ovvero circa le modalità di escussione del pegno sui prodotti Dop o Igp; ciò, si crede, riflette la natura emergenziale del provvedimento, di rapida formulazione come dimostra il testo assai succinto e volto a prevedere una disciplina funzionale a risolvere un problema contingente, piuttosto che la previsione di una normativa organica per il settore agricolo.

In tema di azioni conservative o inibitorie, qualora il debitore non si attenga alle norme di lavorazione previste dal disciplinare di produzione ovvero non risulti più sottoposto al regime di controllo, oppure ancora, sussistano altri gravi motivi rischi di inficiare la buona riuscita del prodotto, occorre verificare quale disciplina trovi applicazione, ricordando che in base all’art. 5 della l. 401/1985 per il pegno sui prosciutti il creditore pignoratorio può domandare al giudice il sequestro dei prosciutti dati in pegno *qualora il debitore non si attenga alle norme di lavorazione e per ogni altro grave motivo*. Tutta-

⁶⁶ Istituto, rispettivamente, con d.m. MIPAAF 20 marzo 2015, n. 293 recante “Disposizioni per la tenuta in forma dematerializzata dei registri nel settore vitivinicolo, ai sensi dell’art. 1-bis, comma 5, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 116”, e d.m. MIPAAF 23 dicembre 2013, n. 16059 recante “Disposizioni nazionali concernenti l’attuazione del regolamento di esecuzione (UE) n. 299/2013 della Commissione del 26 marzo 2013, recante modifica del regolamento (CEE) n. 2568/91, relativo alle caratteristiche degli oli d’oliva e degli oli di sansa d’oliva nonché ai metodi ad essi attinenti”.

⁶⁷ Si precisa che i recipienti in cui sono contenuti i prodotti individuati quale pegno rotativo devono essere utilizzati esclusivamente per contenere i vini e gli oli medesimi ed il relativo codice alfanumerico identificativo deve essere indicato a registro. Ogni spostamento di prodotto costituito in pegno in altro recipiente deve essere annotato a registro nella stessa giornata di effettuazione dell’operazione e tale spostamento deve essere comunicato all’Istituto di credito che ha operato il finanziamento ed al relativo organismo di controllo, almeno due giorni precedenti quelli di effettuazione dell’operazione. La registrazione telematica sul SIAN, risultata immediatamente applicabile a tali prodotti, contribuisce alla digitalizzazione e all’innovazione del settore, attraverso la dematerializzazione dei registri.

⁶⁸ Sul punto F. MASTROPAOLO, *I contratti di garanzia*, Torino, 2006, II, p. 1367, il quale, in tema di pegno sui prosciutti, riconosce carattere costitutivo alla pubblicità attuata mediante contrassegno e annotazione nell’apposito registro vidimato.



via, la norma citata non può trovare applicazione nel caso di specie in considerazione del limitato ambito di riferimento. Pertanto, nel silenzio della norma si ritiene che, nel caso di abuso nell'utilizzo dei prodotti, soggetti a vincolo pignoratorio, da parte del debitore possa, invece, trovare applicazione la disciplina generale e, in particolare, gli istituti cautelari ordinari previsti dal codice di procedura civile⁶⁹.

Ulteriore nodo ermeneutico determinato da una lacuna della disciplina è relativo alle modalità di escussione della garanzia, aspetto essenziale per assicurare effettività alla tutela apprestata dal pegno. A tal proposito, il dato di partenza è rappresentato dal testo normativo e, più nel dettaglio, dall'art. 78, 2-*quaterdecies* del decreto “Cura Italia”, il quale dispone che *al pegno rotativo si applicano gli articoli 2786 e seguenti del codice civile, in quanto compatibili*. In forza di tale disposizione, dunque, le modalità di escussione del pegno sui prodotti Dop e Igp dovrebbero essere quelle previste dal codice civile e, dunque, dagli artt. 2796 e 2797 c.c. È, tuttavia, doveroso evidenziare che le previsioni ivi contenute afferiscono ad una tipologia di pegno completamente diverso rispetto a quello in esame, caratterizzato dal mancato spossessamento dei prodotti e dalla innata rotatività. A tale proposito, vi è chi⁷⁰ ritiene che lo strumento più adatto per escutere la garanzia mobiliare sui prodotti Dop e Igp sia rappresentata dall'escussione semplificata concessa in tema di credito agrario dall'art. 44 TUB⁷¹. Secondo tale

orientamento, la natura deperibile dell'oggetto della garanzia del “nuovo” pegno sui prodotti agricoli e alimentari Dop e Igp renderebbe tali prodotti incompatibili con la regolamentazione della vendita pignoratoria tradizionale, di cui all'art. 2797 c.c., in cui l'escussione da parte del creditore potrebbe rischiare di essere “bloccata” dall'eventuale opposizione del debitore. Tesi, tuttavia, che non considera che l'applicazione dell'art. 44 TUB alla nuova garanzia – che presupporrebbe la costituzione di un privilegio convenzionale – non prevista dall'art. 78 del decreto “Cura Italia” è, dunque, illegittima, considerato che il privilegio convenzionale deve trovare la sua fonte legittimante nella legge che, in ragione della causa del credito, autorizzi le parti a costituirlo, appunto, mediante convenzione⁷². Tale orientamento verrebbe ad estendere al pegno sui prodotti agricoli, di ultima formazione legislativa, le modalità di escussione “marciana” contenute nella disciplina del pegno non possessorio, delineate dal d.l. 59/2016. Invero, l'estensione della previsione di cui all'art. 44 TUB risulterebbe meno conveniente rispetto all'escussione introdotta dalla disciplina sul pegno non possessorio, che consente maggiori margini di autonomia al creditore pignoratorio, il quale ha la possibilità di vendere direttamente il bene, senza particolari limiti temporali alla vendita e potendo, altresì, appropriarsi direttamente del bene, fino a concorrenza della somma garantita⁷³.

In particolare, in ordine al possibile ricorso al privilegio concesso dall'art. 44 TUB, elaborato nel contesto del credito agrario, per ovviare all'eventuale opposizione del debitore concessa, ai sensi dell'art. 2797 c.c., occorre evidenziare le seguenti questioni. Anzitutto, si ritiene che l'istituto ex art. 44 TUB non possa trovare applicazione per ipotesi diverse rispetto a quelle espressamente contemplate dal legislatore; in quanto l'art. 2745 c.c. recante “*fondamento del privilegio*” dispone, in maniera nitida, che lo stesso è *accordato dalla legge in considerazione della causa del credito*. L'estensione del privilegio concesso in favore del credito agrario al pegno sui prodotti Dop o Igp do-

⁶⁹ Peraltro, l'adozione degli strumenti cautelari di rito è richiamata anche dall'art. 1, comma 2 del d.l. 59/2016, che, in via generale, disciplina il pegno non possessorio, secondo cui è *fatta salva la possibilità per il creditore di promuovere azioni conservative o inibitorie nel caso di abuso nell'utilizzo dei beni da parte del debitore o del terzo concedente il pegno*.

⁷⁰ Così A. CHIANALE, *Conversione del d.l. Cura Italia: il nuovo pegno non possessorio agricolo*, in www.diritto bancario.it, 2020.

⁷¹ Giova puntualizzare che l'ordinamento previsto per il credito agrario (e peschereccio), anche a breve termine, è assistito da specifiche disposizioni relative alle garanzie reali e processuali a favore degli enti erogatori. In particolare, l'art. 44 prevede espressamente che i finanziamenti siano assistiti da privilegio legale sui beni mobili dell'impresa finanziata (*i.e.* frutti pendenti o prodotti in corso di lavorazione; bestiame, merci, scorte, macchine, attrezzi, e altri beni acquistati attraverso il finanziamento concesso; crediti, anche futuri, derivanti dalla vendita dei beni sopra indicati) e questo si colloca nel grado immediatamente successivo ai crediti per le imposte sui redditi mobiliari di cui all'art. 2778, comma 1, n. 2, c.c. Sotto il profilo processuale è previsto che in caso di inadempimento, con provvedimento del giudice competente, può essere disposta l'apprensione dei beni sottoposti a privilegio e la successiva vendita. In dottrina, per una disamina della disciplina del credito agrario, M. GOLDONI, *Il credito agrario in generale e quello di esercizio in particolare*, in *Trattato breve di diritto agrario italiano e comunitario*, diretto da L. COSTATO, Padova, 1994, p. 133 e ss.; A. JANNARELLI, *Il privilegio legale del nuovo art. 44*

del testo unico della legge bancaria, in *Riv. dir. agr.*, 1995, I, p. 18; ID., *Il credito agrario e peschereccio nel testo unico della legge bancaria: atto terzo*, in *Riv. dir. agr.*, 2000, I, p. 123; S. LANDINI, *Credito e garanzie in agricoltura nell'unitarietà del diritto assicurativo, bancario e del mercato finanziario*, Napoli, 2018; EAD., *Tensioni e innovazioni nel credito agricolo. Una riflessione giuridica*, in *Dir. agroalim.*, 2017, p. 505.

⁷² Sul punto, T. RUMI, *Il pegno rotativo «agricolo» nel decreto Cura Italia, op. cit.*, p. 686.

⁷³ Ancora A. CHIANALE, *Ibidem*, ove l'A. ritiene di escludere il ricorso all'escussione “marciana” di cui al d.l. 59/2016, in materia di pegno non possessorio, in forza del carattere eccezionale di tale istituto che non consentirebbe una sua estensione analogica al pegno in esame.

vrebbe, pertanto, trovare la propria fonte legittimante direttamente (e unicamente) nella legge, ovvero nel d.l. 18/2020, ove, tuttavia, del ricorso a tale strumento non vi è traccia. Quanto alla possibile sospensione della vendita *ex art. 2797 c.c.* per effetto dell’opposizione del debitore e del rischio di deperibilità dei prodotti Dop o Igp assoggettati al vincolo, occorre rammentare che, in primo luogo, al vincolo pignoratorio costituito su tali prodotti accede una clausola di rotatività, la cui natura rende agevole la sostituzione dei beni deperiti, senza la necessità di costituire un nuovo vincolo. In secondo luogo, vi è altresì da considerare che il codice civile prescrive già una apposita disciplina da adottare in caso di deterioramento dei beni oggetto di pegno, consentendo la vendita anticipata *ex art. 2795 c.c.*

Deve considerarsi che l’estensione alle ipotesi di pegno sui prodotti Dop o Igp delle modalità di escussione, in autotutela, previste dal d.l. 59/2016 in tema di pegno mobiliare non possessorio, le quali riconoscono al creditore, previa intimazione notificata al debitore o all’eventuale terzo datore di pegno, la facoltà di procedere direttamente alla vendita dei beni oggetto di pegno a soddisfacimento del credito fino a concorrenza della somma garantita, danno luogo al patto marciano. In proposito, non può farsi a meno di evidenziare che, il mancato rinvio espresso a tale normativa da parte dell’art. 78 del decreto “Cura Italia” esclude che il ricorso a tali forme di escussione possa trovare diretta applicazione per il pegno in esame, in quanto, la previsione del “patto marciano” ivi contenuta ne limita una possibile estensione in via analogica⁷⁴.

In conclusione, quanto all’escussione del pegno sui prodotti Dop e Igp, in forza del dato letterale del testo di legge e della specialità delle altre discipline sopra ricordate, si tiene che debbano trovare applicazione unicamente le modalità descritte dal codice civile, in particolare dagli artt. 2795, 2796 e 2797 c.c., in linea, peraltro, con le precedenti esperienze relative al pegno non possessorio sui prosciutti e dei prodotti lattiero-caseari. Certo è che, il richiamo agli strumenti della vendita *ex art. 2796 e ss. c.c.*, piuttosto che alla normativa già esistente in tema di pegno sui prosciutti, dimostra l’approccio poco sistematico del legislatore e i limiti, già denunciati, di un intervento poco ponderato e giustificato unicamente dalla crisi pandemica e dai suoi riflessi sulle imprese. In termini di tecnica legislativa, infatti, sarebbe stato senz’altro più opportuno delineare, at-

traverso una disciplina organica e di sistema, un istituto unitario per il pegno agrario capace di superare le precedenti esperienze normative settoriali; oppure, almeno, operare un espresso rinvio alla legge n. 401 del 1985 sui prosciutti, piuttosto che alle previsioni del codice civile, per dare continuità alla disciplina del settore agroalimentare. Vieppiù, il legislatore ben avrebbe potuto dimostrare di voler raccogliere l’eredità lasciata dalla normativa sul pegno non possessorio mobiliare (d.l. 59/2016) coordinando la disciplina ivi prevista con quella del pegno sui prodotti Dop e Igp, dando vita ad una disciplina integrata e aggiornata alle nuove ipotesi di garanzie non possessorie e rotative per il settore agroalimentare.

5.3. L’applicazione del pegno agricolo sui prodotti Dop e Igp tra limiti impliciti e regole di mercato.

Nell’analisi della disciplina del pegno rotativo sui prodotti Dop o Igp sono emersi diversi elementi che fanno propendere per l’autonomia di tale strumento, non solo, rispetto alle forme di pegno non possessorio specifiche del settore agroalimentare, in particolare quelle regolate dalla l. 401/1985 per i prosciutti a denominazione di origine tutelata (estese poi ai prodotti lattiero-caseari per effetto della l. 122/2001), ma, altresì, rispetto alla disciplina generale del pegno mobiliare non possessorio di cui al d.l. 59/2016.

I profili di autonomia della figura di pegno emergono, da un lato, sotto il profilo soggettivo, dall’altro, sotto il profilo oggettivo. In ordine al primo, in quanto il pegno rotativo del decreto “Cura Italia” non impone alcun limite soggettivo, potendo essere concesso da un soggetto (persona fisica o giuridica) che non rivesta, né la qualifica di produttore, né quella di imprenditore, ma che semplicemente vanta un diritto di proprietà sui prodotti Dop o Igp sui quali il nuovo pegno può essere costituito. Sotto il profilo oggettivo, il “nuovo” pegno mira ad avere ampia estensione, trovando applicazione per tutti i prodotti agricoli e alimentari di qualità, inclusi anche i prodotti vitivinicoli e le bevande spiritose.

L’intento del legislatore di riconoscere una disciplina generale del pegno rotativo valida per l’intero settore agroalimentare, tuttavia, non può certo dirsi riuscita, considerato che egli ha definito solo alcuni degli aspetti che caratterizzano tale istituto, limitandosi ad effettuare, in caso di eventuali lacune, un generico richiamo alle norme codicistiche, per quanto compatibili; disposizioni, peraltro, inconfidenti rispetto alla disciplina del pegno delineata. Dalla disamina dell’istituto sono così facil-

⁷⁴ La norma sul divieto di patto commissorio (art. 2744 c.c.) ha natura imperativa, pertanto, spetta unicamente al Legislatore disciplinare le modalità di deroga a tale disciplina. In assenza di una simile previsione, l’estensione del c.d. “patto marciano” ad ipotesi non espressamente previste *ex lege* rimane, dunque, vietata.



mente emerse numerose lacune sul piano applicativo, tra cui la regolamentazione degli strumenti di tutela spettanti al creditore nel caso in cui il debitore non rispetti le norme di lavorazione dei prodotti assoggettati al vincolo, la regolazione delle modalità di escussione del pegno e, altresì, la definizione delle modalità di determinazione del valore dei prodotti da assoggettare al pegno. Si tratta di aspetti centrali per il buon funzionamento di tale istituto, i quali, al di là del richiamo alle norme del Codice civile, restano, in buona parte, devoluti all'autonomia privata delle parti. La mancata organicità della materia e l'assenza di un collegamento sistematico con le precedenti forme di pegno presenti nel nostro Ordinamento ha dato così vita ad una figura ibrida, la cui applicazione non potrà che trovare notevole difficoltà sul piano operativo.

Come già osservato, l'istituto del pegno rotativo rappresenta un valido strumento per accedere, più agevolmente, ai finanziamenti e ai prestiti erogati dai creditori, rappresentati tipicamente dagli istituti di credito o da fondi di investimento⁷⁵. In quest'ottica, la disciplina del pegno sui prodotti DOP e IGP deve coniugarsi con le prassi bancarie, introdotte dagli Accordi di Basilea, che ammettono l'erogazione di finanziamenti soltanto dinanzi alla prova del c.d. “merito creditizio”. Come noto infatti, la banca finanziatrice è tenuta ad eseguire una serie di valutazioni preliminari volte ad accertare la sussistenza del “merito creditizio” in capo al soggetto finanziato. Tali valutazioni si fondano essen-

⁷⁵ La norma bancaria richiede, ai fini della sua costituzione, la circolarizzazione con il finanziatore delle informazioni relative al prezzo medio all'origine del vino oggetto del pegno, la valutazione del merito creditizio del soggetto richiedente, a seguito del quale potranno essere, eventualmente, richieste ulteriori garanzie reali o personali, vincoli o specifiche cautele, da parte degli stessi soggetti finanziati ovvero da terzi. Inoltre, i costi connessi alla costituzione del pegno, quali quelli relativi all'annotazione nei registri telematici e alla tenuta degli stessi, come la vidimazione da parte del notaio, dovranno intendersi riferiti al soggetto finanziato, cui faranno ulteriormente capo i costi per la custodia e la conservazione dei prodotti. È fuor di dubbio che, lo strumento del pegno rotativo su prodotti Dop o Igp si presenta, così, molto vantaggioso per il creditore cui non fanno più capo i costi di custodia dei beni e la loro conservazione e nemmeno i costi connessi alla costituzione del vincolo, come quelli legati all'annotazione nei registri informatici. Il pegno sui prodotti DOP e IGP, in forza del mancato spossamento e della innata rotatività, ha l'attitudine adatta per divenire lo strumento principe per l'accesso al credito da parte dei debitori della filiera vitivinicola, i quali potranno continuare a far invecchiare i propri prodotti, godendo del credito ricevuto, senza interrompere, per effetto della costituzione della garanzia, le delicate fasi di produzione. Quanto alle concrete modalità di stipulazione del contratto di finanziamento e di regolazione dell'accessoria garanzia mobiliare rotativa, soprattutto per gli aspetti non coperti dalla legge, le stesse non potranno che variare a seconda delle pratiche interne dell'istituto bancario di riferimento e delle effettive qualità soggettive dei debitori.

zialmente sul *rating*, quale strumento per la misurazione dell'adeguatezza del patrimonio del debitore e, dunque, come mezzo per fondare la “qualità” del debitore-finanziato. In termini non dissimili si esprime parimenti Banca d'Italia⁷⁶ secondo cui il sistema di *rating* non costituisca soltanto uno strumento per il calcolo dei requisiti patrimoniali, ma esso svolga un importante ruolo gestionale, quale strumento che riveste una funzione essenziale nella concessione dei crediti, nella gestione del rischio, nell'attribuzione interna del capitale e nelle funzioni di governo della banca stessa⁷⁷.

Anche per l'erogazione dei finanziamenti ai soggetti produttori di prodotti Dop o Igp o alle imprese agroalimentari, l'istituto di credito sarà, pertanto, tenuto ad operare secondo la comune prassi bancaria, tenendo conto del “merito creditizio” del finanziato e del suo *rating*, vale a dire del livello di affidabilità economico-finanziaria del soggetto o dell'azienda interessata, così da poter concretamente quantificare il rischio economico-finanziario connesso all'erogazione di credito a suo favore. Ciò, peraltro, indipendentemente dal valore dei beni assoggettati al vincolo pignoratorio. Accade, perciò, nella prassi che nonostante l'elevato valore dei prodotti di qualità da assoggettare a pegno, un'azienda agroalimentare, per via di un *rating* negativo, non ottenga il finanziamento richiesto e ciò in quanto lo strumento normativo delineato dal legislatore emergenziale deve irrimediabilmente coniugarsi con l'autonomia privata delle parti che addivengono alla stipulazione del finanziamento cui accede la garanzia in esame.

5.4. Il ruolo dei consorzi di tutela nel settore vitivinicolo: modello organizzativo e funzione di tutela.

A seguito dell'emanazione del decreto “Cura Italia”, i Consorzi di tutela, specialmente nel settore vitivinicolo, hanno dimostrato di svolgere un ruolo rilevante nel panorama delle garanzie di accesso al credito, facendosi promotori dell'implementazione e dell'utilizzo dello strumento del pegno rotativo sui prodotti rientranti nella area geografica di riferimento attraverso la stipulazione di diversi accordi e convenzioni con primari istituti di credito, per definire regole uniformi a beneficio degli operatori della filiera e agevolare loro l'accesso al credito.

La proattività dei Consorzi nella stipulazione di detti accordi fa sorgere, tuttavia, una riflessione cir-

⁷⁶ Cfr. Circolare n. 263 del 27 dicembre 2006.

⁷⁷ Così, M. DI RIENZO, *Concessione del credito e tutela degli investimenti. Regole e principi in tema di responsabilità*, Torino, 2013, p. 4.



ca la loro legittimazione a farsi promotori di tali convenzioni. I Consorzi, costituiti volontariamente ex art. 2602 c.c., non svolgono un ruolo imprenditoriale ma rappresentano enti di diritto privato con finalità pubbliche riconosciuti con provvedimento ministeriale⁷⁸. Ai fini del riconoscimento ministeriale devono essere rispettati i requisiti dell’art. 3, d.m. MiPAAF 18 luglio 2018, il quale, in ogni caso, fa salve le previsioni contenute nel codice civile. Quanto alle loro funzioni, invece, le stesse sono dettagliatamente definite dall’art. 41 della l. 238/2016⁷⁹, ove è chiarito che all’ente sono devolute le funzioni di tutela, promozione, valorizzazione e informazione ai consumatori, oltre che la cura degli interessi relativi alle denominazioni di origine⁸⁰.

⁷⁸ In tal senso, in giurisprudenza, v. TAR Lazio (ord.) 26.04.2004, n. 2247, ove si precisa che “i Consorzi volontari di tutela svolgono funzioni “lato sensu” pubblicistiche”; in senso conforme, TAR Lazio 19.03.2007, n. 5495; TAR Lazio 04.04.2011 n. 2953.

⁷⁹ Cfr. l. 12 dicembre 2016, n. 238 recante “Disciplina organica della coltivazione della vite e della produzione e del commercio del vino” (c.d. “T.U. vino”). Con riferimento alla disciplina del vino, in generale, F. ALBISINNI, *Strumentario di diritto alimentare europeo*, Milano, 2020, p. 469; con riferimento anche al tema dei Consorzi di tutela v. A. GERMANÒ, E. ROOK BASILE, N. LUCIFERO, *Manuale di legislazione vitivinicola*, Torino, 2022, p. 133.

⁸⁰ Più nel dettaglio, ai sensi dell’art. 41, co.1 del T.U. Vino, al Consorzio spettano le funzioni di a) avanzare proposte di disciplina regolamentare e svolgere compiti consultivi e collaborativi relativi alla denominazione interessata; b) svolgere attività di assistenza tecnica, di proposta, di studio, di valutazione economico-congiunturale della Dop o Igp, nonché ogni altra attività finalizzata alla valorizzazione della denominazione sotto il profilo tecnico dell’immagine; c) collaborare, secondo le direttive impartite dal Ministero, alla tutela e alla salvaguardia della Dop o dell’Igp da abusi, atti di concorrenza sleale, contraffazioni, uso improprio delle denominazioni tutelate e comportamenti comunque vietati dalla legge; collaborare altresì con le regioni per lo svolgimento delle attività di competenza delle stesse; d) svolgere, nei confronti dei soli associati, le funzioni di tutela, di promozione, di valorizzazione, di informazione del consumatore e di cura generale degli interessi della relativa denominazione; e) effettuare, nei confronti dei soli associati, attività di vigilanza prevalentemente rivolte alla fase del commercio, in collaborazione con l’ICQRF e in raccordo con le regioni. Anche i consorzi *erga omnes*, ex art. 41, co. 4, T.U. vino, spettano le funzioni di a) definire, previa consultazione dei rappresentanti di categoria della denominazione interessata, l’attuazione delle politiche di gestione delle produzioni di cui all’articolo 39, al fine di salvaguardare e tutelare la qualità del prodotto a Dop o Igp e contribuire ad un migliore coordinamento dell’immissione sul mercato della denominazione tutelata, nonché definire piani di miglioramento della qualità del prodotto; b) organizzare e coordinare le attività delle categorie interessate alla produzione e alla commercializzazione della Dop o Igp; c) agire, in tutte le sedi giudiziarie e amministrative, per la tutela e la salvaguardia della Dop o dell’Igp e per la tutela degli interessi e dei diritti dei produttori; d) esercitare funzioni di tutela, di promozione, di valorizzazione, di informazione del consumatore e di cura generale degli interessi della relativa denominazione; e) svolgere azioni di vigilanza da effettuare prevalentemente nella fase del

Da strumento di integrazione e di razionalizzazione dell’attività produttiva secondo il dettato codicistico, il Consorzio di tutela nel settore vitivinicolo acquisisce un profilo assai particolare in funzione della finalità pubblicistica dettata dalla tutela della denominazione di origine. Invero, la peculiarità della disciplina dei Consorzi di tutela rispetto allo schema generale dettato dal codice civile è determinata dall’interesse collettivo (*i.e.* la tutela della denominazione di origine) che caratterizza e uniforma l’attività svolta dalle consorziate imprese della zona di origine e che impone che il controllo superi la stessa compagine dei consorziati andando a comprendere le imprese che, pur esterne al Consorzio, impiegano e si avvalgono della stessa denominazione di origine.

L’ambito di attività del Consorzi di Tutela risulta, pertanto, circoscritto ad una serie di funzioni, tassativamente individuate dalla l. 238/2016, attraverso le quali tali enti realizzano il perseguimento di interessi di natura pubblicistica. Tra le funzioni ivi previste, tuttavia, non sembrano essere inserite quelle volte ad agevolare la sottoscrizione di convenzioni con Istituti bancari o l’accesso al credito da parte dei propri consorziati, posto dette attività non sembrano rientrare tra quelle tipiche riconosciute loro ex art. 41, l. 238/2016, finalizzate – invece – alla tutela, valorizzazione e promozione delle denominazioni di origine. Potrebbe, in tal senso, argomentarsi che, le funzioni di agevolazione all’accesso al credito, purché regolarmente contemplate nello statuto consortile⁸¹, rientrano tra le attività di gestione più comuni alle funzioni del consorzio, così come disciplinato dagli artt. 2602 c.c. e s.s.⁸², piuttosto che a quelle dei consorzi di tutela.

Ad ogni modo, i consorzi di tutela del panorama vitivinicolo, attraverso la propria intermediazione, hanno dimostrato di saper cogliere appieno le potenzialità di tale “nuovo” strumento di garanzia, mirando a regolare le modalità di accesso al credito, in maniera uniforme per tutti i propri consorziati, favorendo, così, una diffusione coesa di tale strumento nel contesto socio-economico delle aziende vitivinicole.

commercio in collaborazione con l’ICQRF e in raccordo con le regioni.

⁸¹ Poiché i rapporti interni al consorzio sono regolati dalle norme sul mandato, in assenza di una specifica previsione nello Statuto della possibilità di regolare i rapporti di accesso al credito per conto dei consorziati, si ritiene che tali enti non possano addivenire alla stipula delle predette convenzioni.

⁸² Si precisa che le previsioni del codice civile sono fatte salve in forza del disposto di cui all’art. 3 del d.m. MiPAAF 18 luglio 2018.

6. Considerazioni conclusive.

L'attenzione rivolta all'istituto del pegno rotativo non possessorio e alla sua applicazione nel settore agroalimentare riflette i diversi profili di interesse, di ordine pratico prim'ancora che giuridico, riconducibili alla relazione tra la valorizzazione del magazzino e dei prodotti sottoposti a lunghi processi produttivi che valorizzano in modo significativo il loro pregio, e quindi il valore economico, e l'accesso al credito. Il pregio di tale strumento risiede, senz'altro, nella sua capacità di valorizzare le produzioni di qualità presenti in magazzino, nella prospettiva di rappresentare uno strumento di garanzia utile per agevolare l'erogazione di finanziamenti.

Su tali basi, da tempo si sono susseguiti interventi legislativi a carattere settoriale volti a disciplinare la costituzione del pegno su prodotti agricoli. Elementi comuni sono rinvenibili nella mancanza dello spossessamento, in quanto vi è la necessità di lasciare il bene nella sfera di disponibilità del debitore che proseguirà il processo produttivo trasformando, stagionando e, in genere, effettuando tutte quelle attività previste dal disciplinare di produzione della relativa denominazione di origine; nella rotatività dei prodotti assoggettati alla garanzia evitando, in questo modo, improduttive immobilizzazioni, e irrobustendo la sicurezza creditoria nel conseguimento del valore economico espresso dai prodotti che vi sono assoggettati. Tale soluzione è perseguibile mediante la surrogazione dell'oggetto della garanzia che non fa venir meno l'identità del rapporto giuridico e che assicura, in ogni caso, la tutela della situazione giuridica preesistente. Procedimenti che vengono effettuati nel rispetto della pubblicità e attraverso annotazioni su registri cartacei o telematici.

Ulteriore tratto caratterizzante la disciplina in rassegna è dettato dal riferimento esclusivo ai prodotti Dop e Igp. La garanzia mobiliare si lega ad un sistema produttivo segnato da regole e procedure atte a valorizzare il prodotto che resta, per un tempo più o meno significativo, nei magazzini ove subisce i diversi interventi previsti dal disciplinare di produzione. Un legame, quello tra le regole del pegno agrario e il sistema della qualità che, se da un lato limita l'ambito di applicazione del pegno agrario, in quanto vi possono accedere solo gli operatori della filiera dei prodotti di qualità, dall'altro assoggetta tale disciplina a procedure estremamente trasparenti ed oggetto di costanti controlli da parte degli enti preposti in modo da evitare eventuali atti illeciti nel processo produttivo.

Le considerazioni che precedono portano ad evidenziare il rapporto tra la disciplina del pegno agra-

rio e la l. 119/2016 che, come detto, è intervenuta in materia di pegno mobiliare non possessorio. Indubbiamente l'evoluzione normativa è caratterizzata dal susseguirsi di norme settoriali a cui, complice l'attenzione rivolta dal mercato, ha portato il legislatore con l'art. 1 della l. 119/2016 a prevedere una norma generale. Vi è tuttavia da chiedersi in che relazione si pone il pegno agrario con la l. 119/2016 e, ancora, come si coordinano i tre atti normativi destinati al pegno agrario.

Muovendo dal primo punto, sulla base delle considerazioni che precedono, si crede di poter considerare il pegno agrario in un rapporto di *species* del più ampio *genus* rappresentato dal pegno non possessorio normato all'art. 1 della l. 119/2016 in funzione del già ricordato profilo soggettivo e oggettivo che caratterizza (fin dal primo intervento normativo) la disciplina del settore agroalimentare, nonché delle specificità collegate alle disposizioni sulla costituzione del pegno e sui relativi formalismi che, avuto riguardo al pegno sui prodotti Dop e Igp, risulta significativamente semplificata e non prevede la forma scritta a pena di nullità, fermo restando gli obblighi in termini di annotazione sui registri. Pertanto, appare corretto poter considerare, come già osservato, che la disciplina del pegno non possessorio potrebbe integrare la regolamentazione dell'istituto in presenza di lacune, purché compatibili con le caratteristiche del bene.

Al contempo, però, va osservato che la disciplina del pegno agrario risulta tutt'altro che organica, e la novella prevista nel decreto "Cura Italia" pone – come si è visto in precedenza – non pochi nodi ermeneutici. Ciò riflette la distinta *ratio* che ha segnato l'intervento legislativo sui prosciutti e quello lattiero-caseario, rispetto a quello del decreto "Cura Italia", posto che nel primo caso si è attuata una estensione delle regole previste per un campo produttivo ad uno diverso, mentre la novella del 2020 riflette la natura emergenziale della norma, senza alcuna volontà di riordinare la materia o abrogare norme previgenti. Da ciò consegue che il pegno agrario rinvia, in tal modo, una pluralità di fonti normative, accomunate tutte da alcuni criteri di base – rappresentati dal difetto di spossessamento, patto di rotatività e, in particolare, dal riferimento ai prodotti Dop e Igp – e da altre regole settoriali destinate al singolo comparto produttivo considerato. Ne discende che per i prosciutti e i prodotti lattiero-caseari continueranno a essere applicate le disposizioni di settore, mentre per tutti gli altri prodotti la disciplina prevista dal decreto "Cura Italia".

Infine, preme fare una ulteriore considerazione. Le novità legislative relative al pegno agrario sono state salutate con (forse) eccessivo ottimismo dagli operatori del settore, soprattutto in considerazione



del ruolo che questa garanzia mobiliare – di cui beneficia tutto il comparto di produzione e di trasformazione agroalimentare – può assumere, quale strumento strategico in grado di agevolare l'accesso al credito, soprattutto per le piccole e medie imprese, le quali, possono richiedere finanziamenti e prestiti, assoggettando a garanzia le proprie produzioni di qualità. Tuttavia, l'esperienza degli ultimi anni ha evidenziato il limite della norma che si è ben presto scontrata con il sistema creditizio e le limitazioni rappresentate dagli Istituti di credito a favore di strutture diverse, quali i fondi di *private equity* che sono stati capaci di definire strumenti maggiormente idonei per il loro impiego nel settore agroalimentare.

Il tema in esame, nella sua più spiccata concretezza, evidenzia uno dei profili della disciplina del diritto agrario rappresentato, per l'appunto, dalla necessità di individuare sempre nuove e concrete soluzioni, tecniche e giuridiche, a favore dell'imprenditore agricolo, e più di recente anche di quest'ultimo nelle relazioni con gli operatori della filiera. Nella disamina segnata si crede che non si debba distogliere dalla prospettiva – che in questa sede si vuole ben marcare – rappresentata dal legame più volte sottolineato tra l'attività di impresa e l'erogazione del credito in agricoltura. Un collegamento più volte rimarcato in dottrina e, da ultimo, esteso anche al diritto delle assicurazioni contro le calamità naturali e agli eventi avversi che incidono inevitabilmente sul processo produttivo e sull'attività economica dell'azienda. Invero, il rapporto che sussiste tra l'accesso al credito e i rischi connessi alla produzione agricola porta alla valutazione delle determinazioni in merito all'erogazione del credito e a considerare quelli relativi alla produzione, e crea nel settore agricolo un rapporto indiretto tra rischio creditizio e rischio di calamità naturali e di avversi eventi climatici che possono impattare sui livelli quantitativi e qualitativi della produzione. Un profilo questo che finisce per coinvolgere interessi individuali, ma anche collettivi per il rilievo di questo settore strategico per il nostro sistema economico e, ancor più, per la produzione di beni alimentari indispensabili per la sopravvivenza umana.

IL PEGNO ROTATIVO NON POSSESSORIO IN AGRICOLTURA. PROBLEMI DI EFFETTIVITA' DELLA TUTELA IN SEDE DI ESCUSSIONE DELLA GARANZIA TRA PROTEZIONE DELLE INDICAZIONI GEOGRAFICHE E TUTELA DEL CREDITO.

| 588

Di Mario Mauro

Il pegno rotativo non possessorio in agricoltura. Problemi di effettività della tutela in sede di escussione della garanzia, tra protezione delle IG e tutela del credito (Mario Mauro)

SOMMARIO: 1. *Il pegno rotativo non possessorio in agricoltura, un problema di effettività della tutela in sede di escussione.* – 2. *Gli interessi coinvolti alla base di una disciplina speciale.* – 3. *La legge applicabile alle procedure di escussione e l'inadeguatezza del rinvio alla disciplina codicistica.* – 4. *(segue) Il ruolo dell'autonomia privata e la legislazione di settore.* – 5. *(segue). L'applicabilità delle altre leggi speciali in mancanza di espressa dichiarazione delle parti.* – 6. *La tutela del debitore durante l'escussione.* – 7. *Rapporto con le altre procedure esecutive e gli altri creditori. Cenni.* – 8. *Riflessione conclusive.*

ABSTRACT. *Il saggio affronta la disciplina del pegno non possessorio in agricoltura, focalizzandosi sui profili e le modalità di escussione del credito. Le lacune lasciate dal legislatore richiederanno di fare un largo utilizzo dell'autonomia privata, aprendo problemi non indifferenti in punto di tutela delle indicazioni geografiche, protezione degli interessi del creditore e indebolimento della posizione negoziale dell'agricoltore.*

The essay addresses the discipline of the non-possessory pledge in agriculture, focusing on the profiles and tools to enforce the claim. The gaps left by the lawmaker require a large use of private autonomy, unravelling problems that are not irrelevant in terms of protecting geographical indications, defending the creditor's interests and undermining the farmer's bargaining position.



1. Il pegno rotativo non possessorio in agricoltura, un problema di effettività della tutela in sede di escussione.

L'art. 78, co. 2-*duodecies* del decreto Cura Italia¹, nell'introdurre una nuova forma di pegno espressamente pensata per le produzioni DOP e IGP, ha riportato l'attenzione sugli strumenti a garanzia del credito dedicati al comparto agroalimentare.

Come è noto, non si tratta del primo intervento del legislatore in materia ma, approcciandosi al tema in una prospettiva storica, la novella va collocata in un contesto in cui, da ormai qualche decennio, la dottrina ha messo in evidenza le criticità del modello codicistico² e il legislatore, recependo le esigenze sottese a tali osservazioni, ha progressivamente introdotto, con riferimento a specifici mercati, forme alternative di garanzia che si distinguono per non possessorietà e/o rotatività³.

¹ D.l. 17 marzo 2020, n. 18, *Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*, conv. l. 24 aprile 2020, n. 27

² Già negli anni '80 la dottrina aveva sottolineato l'inefficienza del meccanismo dello spossessamento e come questo rappresentasse un ostacolo alla diffusione del pegno quale strumento per finanziare l'attività di impresa, così G. PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, Napoli, 1980, p. 10, ove sono riprese le osservazioni che già erano di C. MAIORCA, *Il pegno di cosa futura e il pegno di cosa altrui*, Milano, 1938, p. 58 e su cui poi è ritornato D. MESSINETTI, *Le strutture formali della garanzia mobiliare*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1991, p. 793 e, più di recente, E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, p. 241. Quest'ultimo traccia anche un quadro comparatistico sui differenti approcci al tema, su cui v. anche F. PRETE, *Il finanziamento del settore agricolo e le opportunità del "nuovo" pegno mobiliare non possessorio*, in *Riv. dir. agr.*, 2017, I, p. 188, che si sofferma sul diritto anglosassone, olandese, francese e tedesco.

³ Per quanto "il pegno non possessorio sia di regola un pegno rotativo" (così M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, in *Nuove leggi civili commentati*, 2018, p. 714), le due figure -quanto meno in linea teorica- vanno tenute distinte. Sostiene, infatti, E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, op. cit., p. 256 che il pegno rotativo rappresenta una forma anomala di garanzia mentre quello non possessorio altro non sarebbe che un sotto-tipo del pegno. Puntualizza poi R. FRANCO, *Pegno "non possessorio" e "rotativo" tra attività di impresa e settore agricolo: costituzione ed effetti*, op. cit., p. 343 che il pegno non possessorio è un contratto consensuale, a differenza di quello codicistico che ha natura reale. Nel pegno non possessorio, pertanto, non avviene alcuna *traditio* e il contratto si perfeziona per effetto del consenso liberamente manifestato tra le parti. Per converso, il pegno rotativo determina la possibilità di sostituire nel corso del tempo la *res* data in garanzia, senza che ciò determini novazione del precedente rapporto e che il creditore perda il proprio grado di preferenza. A conferma della distinzione tra i due concetti, è proprio il d.l. 59/2016 che dà una disciplina generale del pegno non possessorio e, nell'ambito di questa, prevede la possibilità di trasformare il pegno da flottante a fisso. In argomento, limitatamente al settore che ci occupa, v. le osser-

Senza uscire dal perimetro del settore agroalimentare⁴, risale agli anni '80 il pegno sui prosciutti, costituito attraverso l'apposizione sulla coscia del suino di uno speciale contrassegno indelebile e la contestuale annotazione del vincolo in appositi registri annualmente vidimati⁵. Analogo meccanismo è stato poi esteso nel 2001 anche ai formaggi⁶ che, in comune con il prosciutto, si caratterizzano per un periodo di stagionatura particolarmente lungo, durante il quale debbono essere eseguite specifiche lavorazioni, la cui combinazione consente al prodotto finale di acquisire una qualità e un valore decisamente superiori rispetto a quelli iniziali, così da meglio soddisfare il credito in caso di inadempimento⁷.

vazioni di N. LUCIFERO, *Il pegno rotativo non possessorio in agricoltura. Evoluzione dell'istituto e la nuova disciplina dettata dal D.L. Cura Italia*, in S. Landini - N. Lucifero (a cura di), *Il pegno rotativo non possessorio in agricoltura. Fattispecie e ipotesi ricostruttive con riferimento all'applicazione nella filiera agroalimentare*, in corso di pubblicazione, oltre a quelle di F. PRETE, *Il finanziamento del settore agricolo e le opportunità del "nuovo" pegno mobiliare non possessorio*, op. cit., p. 168.

⁴ Secondo G. TRAPANI, *Il pegno c.d. mediante compasso e il pegno senza spossessamento*, Milano 1963, p. 99, è stato proprio nel settore del credito agrario a essersi affermata l'esigenza di introdurre forme di pegno senza spossessamento, proprio allo scopo di garantire il lavoro nel settore agricolo ed evitare di allontanare dal fondo rustico beni strumentali alla produzione. A ben vedere, tuttavia, se il settore agricolo è stato un "pioniere", tale esigenza è immanente anche ad altri comparti produttivi.

⁵ L. 24 luglio 1985, n. 401, *Norme sulla costituzione di pegno sui prosciutti a denominazione di origine tutelata*, su cui, per un commento v. L. COSTANTINO - A. JANNARELLI, *Commento alla legge 24 luglio 1985, n. 401*, in *Le Nuove leggi civ. comm.*, 1986, p. 546.

⁶ L. 27 marzo 2001, n. 122, *Disposizioni modificative e integrative alla normativa che disciplina il settore agricolo e forestale*, in particolare v. l'art. 7.

⁷ In quest'ottica, è stato sottolineato che il pegno sui prosciutti, al pari di quello sui formaggi stagionati, per quanto non possessorio, non avrebbe la caratteristica della rotatività, tanto che l'imprenditore potrebbe disporre dell'oggetto della garanzia "ai soli fini della lavorazione nel rispetto delle norme fissate dalle leggi di tutela e dai regolamenti", così A. CHIANALE, *Le garanzie reali*, in G. Iudica - P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2019, p. 493. Secondo l'Autore la surrogazione reale non sarebbe un tratto caratterizzante del pegno sui prosciutti. *Contra* E. GABRIELLI, *Il pegno*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, 2005, p. 128 per il quale il vincolo passa automaticamente su tutti i beni durante il processo di trasformazione. Tale ultima posizione sembrerebbe però trovare una smentita nel d.m. 26 luglio 2016, che dà attuazione alla l. 122/2001 in materia di pegno sui prodotti lattiero caseari, la cui disciplina era mutuata dalla precedente l. 401/1985. Esso, infatti, introduce e aggiunge il patto di rotatività, quasi suggerendo che esso non fosse contemplato nella disciplina precedente. In argomento, con riguardo allo specifico settore agroalimentare, cfr. anche F. PRETE, *Le opportunità del "nuovo" pegno mobiliare non possessorio*, op. cit., p. 157; T. RUMI, *Il pegno rotativo "agricolo" nel decreto Cura Italia*, op. cit., p. 673.



A partire dal 2004⁸ possono essere sottoposte a pegno anche le quote di produzione, i diritti all'aiuto e i diritti di impianto⁹. Proprio per la loro natura immateriale, detti beni potranno continuare a essere utilizzati dall'imprenditore agricolo (art. 18), con l'effetto che il tratto della non possessorietà è ancora più evidente. Non si possono però sottacere gli insuccessi dell'istituto, dovuti alle difficoltà di individuare il regime giuridico applicabile, con tutte le conseguenze che ne derivano in punto di tutela effettiva del credito¹⁰.

L'esigenza di innovare il modello codicistico non proveniva però solo dagli operatori del settore agroalimentare ma era sollecitata anche da altri mercati, tanto da spingere il legislatore ad intervenire con una disciplina di portata più ampia e generale. Il d.l. 59/2016¹¹ introduce una forma di pegno non possessorio avente ad oggetto "*beni mobili, anche immateriali, destinati all'esercizio dell'impresa e sui crediti derivanti da o inerenti a tale esercizio, a esclusione dei beni mobili, anche immateriali, registrati*". Nella sua ampia formulazione, la disposizione pare così idonea a ricomprendere anche le produzioni primarie, senza limitazioni di sorta¹².

⁸ D. lg. 29 marzo 2004, n. 102, *Interventi finanziari a sostegno delle imprese agricole, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera i), della legge 7 marzo 2003, n. 38*.

⁹ I diritti di impianto sono stati oggi sostituiti dalle autorizzazioni all'impianto che, in quanto autorizzazioni, non potrebbero essere oggetto di pegno. Sul passaggio dal regime dei diritti a quello delle autorizzazioni, cfr. A. GERMANÒ – E. ROOK BASILE – N. LUCIFERO, *Manuale di legislazione vitivinicola*, Torino, 2019, p. 97 e ss.; R. FRANCO, *Dai titoli all'aiuto alle autorizzazioni agli impianti viticoli: tra beni e diritti*, in *Riv. dir. alim.*, 2020, p. 15 ss.

¹⁰ Sebbene l'art. 18 del d.lgs. 102/2004 rinvii alla disciplina sul pegno di credito, l'istituto bancario non avrebbe alcun interesse a chiedere l'assegnazione dei beni oggetto di pegno, potendo questi interessare solo ed esclusivamente un imprenditore agricolo, così A. CHIANALE, *Le garanzie reali*, op. cit., p. 499. Negli stessi termini anche T. RUMI, *Il pegno rotativo "agricolo" nel decreto Cura Italia*, op. cit., p. 676 secondo la quale non può infatti ritenersi esaustiva la sola estensione dell'art. 2806 c.c. in materia di pegno sui crediti.

¹¹ D.l. 3 maggio 2016, n. 59, *Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione*, conv. con modificazioni con l. 30 giugno 2016, n. 119. La disciplina, oltre a regolare il pegno non possessorio, introduce novità in materia di patto marciano, procedure esecutive e concorsuali nonché indennizzi a favore dei clienti di banche sottoposte a liquidazione coatta amministrativa. Con riferimento al pegno, per E. GABRIELLI, *Una garanzia reale senza possesso*, in *Giur. it.*, 2017, il d.l. 59/2016 introduce una "ulteriore tipizzazione normativa delle garanzie rotative" (p. 1717), che si caratterizza "per una deprimente qualità del testo legislativo, a volte sciatto, incomprensibile, approssimativo nell'uso delle nozioni giuridiche, sovente impiegate in modo atecnico, e delle reletive categorie concettuali" (p. 1715).

¹² Così F. PRETE, *Il finanziamento del settore agricolo e le opportunità del "nuovo" pegno mobiliare non possessorio*, op. cit., p. 153. Secondo l'Autrice, tale pegno sembra condividere i

Salvo diverso accordo tra le parti, è prevista una rotatività immanente, riconoscendo al debitore la facoltà di trasformare o alienare o, comunque, disporre della cosa ricevuta in pegno, con la precisazione che, in tal caso, "*il pegno si trasferisce, rispettivamente, al prodotto risultante dalla trasformazione, al corrispettivo della cessione del bene gravato o al bene sostitutivo acquistato con tale corrispettivo, senza che ciò comporti costituzione di una nuova garanzia*"¹³. Si prosegue poi definendo il regime giuridico del nuovo istituto, in termini anche piuttosto articolati, ivi incluse le modalità di escussione.

In un contesto i cui contorni sono ben più ampi ed estesi, gli arresti normativi -qui solo abbozzati- avrebbero dovuto costituire quel bagaglio esperienziale atto a guidare il legislatore nell'adozione dell'art. 78, co. 2-*duodecies* del decreto Cura Italia. Approcciandosi a questa disposizione, possono essere sottoposti a pegno rotativo¹⁴ "*i prodotti agricoli e alimentari a denominazione di origine protetta o a indicazione geografica protetta, inclusi i prodotti vitivinicoli e le bevande spiritose*"¹⁵. La garanzia

tratti del pegno su cosa futura e su cosa deteriorabile, del pegno *omnibus* e del pegno rotativo.

¹³ Sul meccanismo di rotatività introdotto da tale norma e l'esigenza di individuare il bene sottoposto a pegno con riguardo al settore dell'agricoltura, si diffonde da ultimo R. FRANCO, *Pegno "non possessorio" e "rotativo" tra attività di impresa e settore agricolo: costituzione ed effetti*, op. cit., p. 380. Ad ogni modo, il D.M. 25 maggio 2021, n. 114, *Regolamento concernente il registro dei pegni mobiliari non possessori*, chiarisce che nel registro bisognerà specificare "*le condizioni contrattuali che disciplinano il patto di rotatività*" (art. 1, II co., lett. s) nonché "*tutte le vicende modificative del rapporto e della garanzia*" (art. 6), così risolvendo un aspetto su cui il d.l. 59/2016 era ambiguo.

¹⁴ In termini generali, il pegno rotativo è caratterizzato dal c.d. patto di rotatività "*con il quale le parti convengono la variabilità dell'oggetto del pegno secondo modalità concordate ab initio e con continuità della garanzia*", così sintetizza Cass., 22 dicembre 2015, n. 25796. Tra i primi in dottrina a essersi interessato all'argomento, cfr. E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, Padova, 1991, del quale, da ultimo, v. anche *sub art. 2784 c.c.*, in G. Bonilini-A. Chizzini (a cura di), *Della tutela dei diritti*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2015, p. 72, cui si rinvia per una ricostruzione sistematica dell'istituto e i relativi riferimenti giurisprudenziali. Tra le voci critiche, su cui si avrà modo di tornare anche in corso di trattazione, v. G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche*, in *Commentario al Codice civile Scialoja - Branca*, diretto da F. Galgano, 1992, p. 35; F. GAZZONI, *Qualche dubbio sul pegno rotativo (in attesa di spiegazioni...)*, in *Riv. not.*, 2000, I, p. 1468; M. MERLINO, *Sisifo, Zeus e la rotatività del pegno: riflessioni su Corte di Cassazione, III sezione civile, 26 gennaio 2010, n. 1526, Riv. not.*, 2011, p. 165.

¹⁵ Sotto questo profilo vale sottolineare l'imprecisione del legislatore, laddove, con un'indicazione in prima battuta pleonastica, sente l'esigenza di dover chiarire che tra le produzioni agricole e alimentari DOP e IGP rientrano anche i prodotti vitivinicoli e le bevande spiritose, quasi a voler sollevare il dubbio sulla loro natura di alimento. Si rammenta così che per l'art. 2 del Reg. (UE) 178/2002 è alimento una "qualsiasi sostanza o pro-





non riguarda la sola impresa agricola ma opera a favore di tutti gli operatori della filiera sottoposti al regime di controllo delle produzioni di qualità¹⁶, si costituirà mediante scrittura privata e la prelazione sarà garantita mediante la data certa ivi apposta¹⁷,

dotto tra sformato, parzialmente trasformato o non trasformato, destinato ad essere ingerito, o di cui si prevede ragionevolmente che possa essere ingerito, da esseri umani”, su cui v. per un commento, da ultimo, P. BORGHI, *La definizione di alimento e di mangime*, in P. Borghi – I. Canfora – A. Di Lauro - L. Russo (a cura di), *Trattato di diritto alimentare italiano e dell’Unione Europea*, Milano, 2021, p. 46. In alternativa, la scelta del legislatore potrebbe essere imputabile alla circostanza che la qualità legata alla provenienza geografica del vino e degli *spirits* non sia sottoposta al Reg. (UE) 1151/2012 ma a discipline europee differenti, rispettivamente il Reg. (UE) 1308/2013 (come modificato dal Reg. (UE) 2117/2021) e il Reg. (UE) 787/2019. Oppure, ancora, l’inciso sulle produzioni vitivinicole e le bevande spiritose, senza ulteriori predicati, sollecita l’interrogativo se la novella possa essere estesa a tali alimenti, a prescindere da una loro qualità legata alla denominazione di origine. La tesi troverebbe un avvallo nella circostanza che tutte le produzioni vitivinicole, a prescindere o meno che aderiscano ad uno specifico regime di qualità, richiedano un’annotazione al SIAN. Pertanto, potrebbe sembrare irragionevole privare taluni imprenditori di un’opportunità, solo perché non si trovano nel territorio di una DOP o una IGP. Tuttavia, tale tesi sembra sconfessata proprio dal dato letterale, che sembra lasciare intendere un’intenzione del legislatore a limitare l’ambito applicativo dell’istituto alle sole produzioni qualità, come peraltro sembra alludere anche il DM 23 luglio 2020, attuativo della disciplina qui in commento, dove, all’art. 1, parrebbe voler limitare le produzioni vitivinicole alle sole DOP e IGP. *Contra* R. FRANCO, *Il pegno su prodotti agricoli e alimentari tra (esplicita) rotatività e (implicita) non possessorietà: dalla tipicità ai modelli. Ovvero dall’unitarietà alla molteplicità*, in *Riv. dir. alim.*, 2021, II, p. 7. A ogni modo, non essendo questa la sede per approfondire l’interrogativo, si rinvia allo scritto di N. LUCIFERO, *Il pegno rotativo non possessorio in agricoltura. Evoluzione dell’istituto e la nuova disciplina dettata dal D.L. Cura Italia*, op. cit.

¹⁶ Sebbene lo strumento sembri pensato per l’imprenditore agricolo, la norma non introduce limitazioni sotto il profilo soggettivo, non potendosi così escludere che esso potrà andare a beneficio anche dei diversi imprenditori che operano lungo la filiera, dunque anche quelli commerciali.

¹⁷ Ricorda E. GABRIELLI, *sub* art. 2784 c.c., op. cit., p. 16 che esiste una differenza tra garanzia e prelazione: mentre la prima riguarda la rilevanza interna dell’atto (efficacia del contratto di pegno tra le parti), la prelazione attiene alla rilevanza esterna, incidendo sulla circolazione del diritto (opponibilità ai terzi). Nel pegno ordinario, lo spossessamento è una condizione insostituibile per produrre l’effetto della prelazione ma l’opponibilità del vincolo di garanzia richiede anche l’esistenza di una scrittura con data certa (2787, III co., c.c.), che serve anche a gestire eventuali conflitti tra creditori e tutela i terzi da eventuali operazioni poste a loro pregiudizio (così sempre E. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 82 nonché ID., *Studi sulle garanzie*, Torino, 2015, p. 121; M. TAMPONI, *Sulla clausola estensiva della garanzia pignorizia a crediti presenti e futuri*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, II, p. 229; R. FRANCO, *Pegno “non possessorio” e “rotativo” tra attività di impresa e settore agricolo: costituzione ed effetti*, in *Jus civile*, 2021, 2, p. 344, T. RUMI, *Il pegno rotativo agricolo nel decreto Cura Italia*, in *Dir. agroalim.*, 2020, p. 675). *Contra* C. ABATANGELO, *Una nuova forma di pegno nel c.d. “Decreto banche”*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2017,

oltre all’annotazione in specifici pubblici registri¹⁸ ove andranno menzionate anche le successive sostituzioni¹⁹, così da poter facilmente individuare i beni oggetto di vincolo. La disciplina poi si conclude precisando che si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 2786 e seguenti del Codice civile.

Nonostante il contenuto essenziale della norma, emerge una differenza rispetto al pegno di cui al d.l. 59/2016. Nella disciplina del 2016, la rotatività è immanente, salvo non venga espressamente esclusa, ma ha una portata limitata alle tipizzazioni descritte all’art. 1, II co²⁰. Per converso, nel pegno disciplinato dal decreto *Cura Italia*, la rotatività è la causa del contratto e la norma si limita solo a precisare che l’individuazione del bene su cui si trasferisce la garanzia avviene attraverso l’annotazione in appositi registri, tra cui quello tenuto dal SIAN. Le parti sembrano così avere una maggiore e più ampia autonomia su come disciplinare la rotatività, senza doverla necessariamente limitare ai soli beni trasformati dal prodotto originario o al corrispettivo ottenuto a seguito della cessione (d.l. 59/2016). Ad esempio, il trasferimento della garanzia potrebbe ricadere anche su quanto raccolto durante una nuo-

I, p. 29 per la quale lo spossessamento realizzerebbe una forma di pubblicità di fatto nei confronti dei terzi.

¹⁸ Gli imprenditori per i quali vige l’obbligo di iscrizione al Sistema Informativo Agricolo Nazionale (SIAN), potranno sfruttare l’annotazione nel registro ivi previsto. Il SIAN è stato istituito dal Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali (MIPAAF) e dall’Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura (AGEA) allo scopo di meglio gestire gli adempimenti europei previsti dalla Politica Agricola Comunitaria (PAC). All’interno del SIAN è contenuto il c.d. fascicolo aziendale che, ai sensi dell’art. 9 DPR 503/1999, riassume le informazioni su ciascuna impresa agricola, come meglio elencate all’art. 3 del citato DPR, ivi inclusi i “*dati di produzione, trasformazione e commercializzazione*”, elementi che acquisiscono una particolare rilevanza ai fini della rotatività. Per gli altri soggetti non iscritti al SIAN, il 23 luglio 2020 è stato adottato il decreto ministeriale che definisce le caratteristiche di specifici registri (DM 23 luglio 2020, Costituzione del pegno rotativo sui prodotti agricoli e alimentari a denominazione d’origine protetta o a indicazione geografica protetta, inclusi i prodotti vitivinicoli e le bevande spiritose).

¹⁹ Le parti potranno rinviare per l’oggetto del pegno a quanto indicato in tali registri, in conformità a quanto previsto dall’art. 1346 c.c. Ricorda G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2019, p. 344 che l’oggetto si intende determinato quando questo, anche se non è individuato con precisione assoluta nel testo contrattuale, risulta in modo chiaro dal regolamento. Per contro, scorrendo di oggetto “determinabile”, il codice intende la facoltà concessa alle parti di indicare il meccanismo di calcolo o il procedimento che consente di individuare, in un momento successivo alla conclusione dell’accordo, l’oggetto della prestazione negoziale.

²⁰ Vale a dire, senza che ciò comporti costituzione di una nuova garanzia, il pegno si trasferisce al prodotto risultante dalla trasformazione, al corrispettivo della cessione del bene gravato o al bene sostitutivo acquistato con tale corrispettivo.

va annata, circostanza che nel comparto agricolo potrebbe rappresentare un'opportunità²¹.

Valga però rammentare che l'oggetto del pegno non ricade su tutte le produzioni agricole ma è circoscritto alle sole DOP e IGP, o a quelle atte a diventare tali, chiarendo che la prelazione dovrebbe realizzarsi grazie alla data certa apposta nel contratto e l'annotazione presso il SIAN, a sua volta strumentale anche a determinare il bene da sottoporre a esecuzione.

Così lumeggiato nei suoi tratti essenziali, il pegno introdotto dal decreto *Cura Italia*, pur appellato come "rotativo", sembrerebbe cumulare anche i tratti della non possessorietà, allontanando l'istituto dal paradigma codicistico per avvicinarlo sempre di più alle pregresse esperienze di settore citate, in funzione di introdurre una nuova forma di garanzia per le produzioni agroalimentari di qualità che, nelle aspirazioni del legislatore, dovrebbe agevolare l'accesso al credito.

Il dubbio, però, è se tale nuova forma di garanzia possa realmente diffondersi, assicurando una reale ed effettiva forma di tutela del credito. Se il pegno è definito attraverso la sua funzione²², i.e. garantire l'adempimento di un'obbligazione (art. 2784 c.c.), manca una disciplina esaustiva che regoli compiutamente la prelazione²³ nonché l'eventuale escussione, aspetti che rappresentano entrambi il banco di prova per testare l'effettività del rimedio.

Il pegno agricolo rotativo non possessorio potrà diffondersi e affermarsi solo se la sua funzione di

garanzia risulterà, all'atto pratico, reale ed effettiva. Sotto tale profilo, la norma si limita a rinviare genericamente agli articoli 2786 e seguenti c.c. Detto rinvio, anche alla luce delle considerazioni che precedono, non pare di immediata e facile comprensione, se solo si considera che il modello di pegno che disciplina il Codice civile ha i tratti della possessorietà e della non rotatività²⁴, dunque un qualcosa di profondamente diverso rispetto all'istituto qui in esame.

Non sembra così del tutto peregrino chiedersi se il semplice rinvio al codice civile, considerata anche la fisionomia dell'istituto in esame, sia adeguato a gestire una situazione patologica di inadempimento al contratto in funzione di garantire la corretta esecuzione dell'obbligazione pattuita o se, piuttosto, non si debba ricorrere e guardare anche alle discipline di settore contenute nelle diverse leggi speciali, prima fra tutte il d.lg. 59/2016 che delinea un modello di pegno più vicino a quello previsto dal decreto *Cura Italia*.

Si approda così al cuore del problema che si intende indagare nel presente scritto: con riferimento al pegno agricolo, individuare le regole che governano la fase di escussione della garanzia e valutare se queste siano idonee a soddisfare l'interesse del creditore, tutelando adeguatamente la posizione del debitore, senza compromettere la qualità di una produzione DOP e IGP, e ferme le ragioni di specialità che governano il settore in esame.

Detta diversamente, una valutazione sull'effettività della garanzia deve necessariamente passare attraverso un attento studio sulle procedure di escussione, che dovrebbero essere costruite tenendo in considerazione la complessità e l'eterogeneità degli interessi coinvolti²⁵.

²¹ Secondo R. FRANCO, *Il pegno su prodotti agricoli e alimentari tra (esplicita) rotatività e (implicita) non possessorietà: dalla tipicità ai modelli. Ovvero dall'unitarietà alla molteplicità*, in *Riv. dir. alim.*, 2021, p. 13 le parti dovranno sempre fissare a livello negoziale gli elementi di funzionamento del patto di rotatività e gli indici strumentali all'individuazione dei beni, cosicché l'annotazione nei registri rappresenti un mero atto di esecuzione.

²² In tal senso, ricorda E. GABRIELLI, *sub art. 2784 c.c.*, op. cit., p. 5 che il Codice civile offre una definizione di pegno che non ne individua la natura ma unicamente la funzione.

²³ Ricorda anche R. FRANCO, *Il pegno su prodotti agricoli e alimentari tra (esplicita) rotatività e (implicita) non possessorietà: dalla tipicità ai modelli. Ovvero dall'unitarietà alla molteplicità*, op. cit. p. 15, la differenza rispetto a quanto accade nel d.l. 59/2016, ove l'art. 1, IV co., dispone che "il pegno non possessorio ha effetto verso i terzi esclusivamente con la iscrizione in un registro informatizzato costituito presso l'Agenzia delle entrate e denominato registro dei pegni non possessori". Nel decreto *Cura-Italia*, invece, l'annotazione presso il SIAN parrebbe limitata a determinare il bene sottoposto a pegno e quello sostitutivo, ma non contiene una regola analoga sulla prelazione. Riprendendo le osservazioni di cui alla precedente nota 5, la dottrina ha comunque già evidenziato come il requisito essenziale per esercitare la prelazione sia la data certa riportata nella scrittura costitutiva della garanzia. Per approfondimenti si rinvia allo scritto di N. LUCIFERO, *Il pegno rotativo non possessorio in agricoltura. Evoluzione dell'istituto e la nuova disciplina dettata dal D.L. Cura Italia*, op. cit.

²⁴ Vale comunque rilevare che, prima dell'introduzione della disciplina di settore, la dottrina aveva comunque trovato una base codicistica per il pegno rotativo muovendo dall'art. 2742 c.c. e osservando come i beni oggetto di pegno rilevino non per la loro materialità ma per il valore economico, dovendosi così riconoscere che l'interesse dei privati non era tanto quello di garantirsi la *res* quanto l'utilità economica da questa rappresentata. In forza di questa lettura funzionale dell'istituto, è possibile convenire differenti sostituzioni della cosa data in pegno, le quali operano nel contesto di un'unitaria operazione economica e che, ove sottoposta all'atto costitutivo alle regole di cui agli articoli 2787 e 2800 c.c., potrà avere un'efficacia *erga omnes*, così E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, op. cit., p. 189 e *Id.*, *sub art. 2784*, op. cit., p. 81. La prima sentenza di legittimità che ha recepito questa impostazione è stata Cass., 28 maggio 1998, n. 5264, cui poi hanno fatto seguito anche ulteriori pronunce tra cui Cass., 11 novembre 2003, n. 16914; Cass., 29 dicembre 2011, n. 30055; Cass., 1 luglio 2015, n. 13508.

²⁵ Per E. GABRIELLI, *Una garanzia reale senza possesso*, op. cit., p. 1716 deve essere ricercato nella fase di escussione il profilo che unisce e collega tra loro le nuove fattispecie, tutte infatti muovono dall'esigenza di dare una risposta all'endemica lentezza e scarsa efficienza dell'attuale sistema esecutivo italiano.





Nell'ambito di un contesto in cui il monopolio statale sui processi esecutivi si sta sempre più sgretolando in favore di forme di escussione di natura privatistica dal carattere vario ed eterogeneo²⁶, bisogna così valutare quali di queste possano essere applicate e se siano confacenti alla soddisfazione dell'interesse del creditore, senza compromettere la qualità che esprime una DOP o una IGP, garantendo le esigenze produttive del debitore e il suo ruolo nell'ambito di un contesto di relazioni di filiera, in un complesso temperamento tra i differenti interessi in campo.

Stupisce allora quel generico rinvio alla disciplina codicistica, peraltro rilevante solo "ove applicabile", che non sembra valorizzare tutti gli interessi concorrenti appena menzionati. Invece, è proprio da questi che deve muovere l'indagine e su cui è ora opportuno soffermarsi. Solo una volta chiariti gli interessi da prendere in considerazione, si può valutare se i rimedi previsti dal legislatore, o ricavabili per via interpretativa, siano in grado di offrire una tutela effettiva al diritto di pegno²⁷.

2. Gli interessi coinvolti alla base di una disciplina speciale.

La risposta alla domanda, dunque la ricerca di un rimedio effettivo, non può prescindere da una ricognizione sulle ragioni concrete che hanno determinato il legislatore del 2020 a disciplinare il pegno rotativo in agricoltura²⁸. In tal senso, non è stato

Lungo lo stesso filone, cfr. anche F. PRETE, *Il finanziamento del settore agricolo e le opportunità del "nuovo" pegno mobiliare non possessorio*, op. cit., 182

²⁶ All'idea del monopolio statale della fase esecutiva (su cui v. *ex multis*, E. BETTI, *Sugli oneri e limiti dell'autonomia dell'autonomi privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, p. 609) si sta sempre più sostituendo un ritrovato ruolo dell'autonomia privata, su cui v. almeno C.M. BIANCA, voce *Autotutela*, in *Enc. dir.*, agg. IV, Milano, 2000, p. 130 e, più di recente, F. DI MARZIO, *Obbligazione, insolvenza, impresa*, Milano, 2019, p. 62.

²⁷ Sul concetto di effettività della tutela v., su tutti, G. VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile)* (voce), in *Enc. dir.*, Torino, 2017, p. 381, per il quale l'effettività della tutela è un concetto che deve essere parametrato al tipo di interesse che si intende tutelare, comunque da bilanciare con interessi concorrenti.

²⁸ Ricorre spesso negli scritti di P. GROSSI l'affermazione per cui il diritto è un fenomeno che nasce dal basso (P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. 34). L'espressione ricorda il brocardo *ex facto ius oritur*, su cui, fin dall'inizio del '900, si erano già soffermati, *ex multis*, A. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del "fatto" nell'esperienza giuridica*, in *Ann. Macerata*, 1929, p. 393-431, ora in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, p. 247 ss.; W. CESARINI SFORZA, *Ex facto jus oritur*, in *Studi filosofico-giuridici per G. Del Vecchio*, I, Modena, 1930, p. 86-97. Del resto, tale convinzione ha sempre rappresentato un tratto caratterizzante che ha informato il pen-

scelto di sottoporre a garanzia tutte le produzioni agricole²⁹ ma solamente gli alimenti DOP e IGP, vale a dire quelli che trasmettono al consumatore uno specifico messaggio di qualità legato alla provenienza territoriale³⁰, proponendo una rotatività ad ampia portata.

Nel rammentare che le denominazioni di origine sono certificazioni di diritto pubblico³¹ le quali, ol-

siero della dottrina agraristica. Come è noto, il legislatore ha disciplinato prima la proprietà fondiaria, e successivamente l'impresa agricola, attraverso un articolato corpus normativo che, letto nel suo insieme, introduce un particolare regime di favore dettato non tanto da un'apodittica preferenza quanto, piuttosto, da specifiche ragioni concrete che segnano la specialità del diritto agrario rispetto alle altre discipline. Nell'economia del presente lavoro, per un inquadramento iniziale sulle ragioni di specialità del diritto agrario v., tra la manualistica, A. GERMANÒ, *Manuale di diritto agrario*, Torino, 2011 e L. COSTATO – L. RUSSO, *Corso di diritto agrario italiano e dell'Unione Europea*, Milano, 2019, i quali dedicano le pagine iniziali dei loro volumi proprio a questa tematica. In argomento, va anche segnalata l'opera di E. ROMAGNOLI, del quale v. almeno *Impresa agricola (voce)*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, Torino, 1992, p. 76 ss. ove compie un'articolata ricostruzione di tutta la disciplina di settore che caratterizza l'agricoltura, rinvenendo nella funzione promozionale il suo dato caratterizzante. Da ultimo ritorna sul tema M. GOLDONI, *L'art. 2135 del Codice civile e le esigenze di un ripensamento sul piano sistematico della "specialità" dell'impresa agricola*, in *Riv. dir. agr.*, 2019, I, p. 353 che si interroga sull'opportunità di confermare la specialità dell'impresa agricola, replicando all'idea, sostanzialmente minoritaria, espressa da R. ALESSI, *La ricerca della "specialità" dell'impresa agricola e l'inesorabile tramonto dell'art. 2135 c.c.*, *ivi*, p. 182, per la quale la distinzione tra impresa agricola e commerciale starebbe perdendo la propria ragion d'essere.

²⁹ Che ben potrebbero essere sottoposte a pegno ai sensi del d.l. 59/2016.

³⁰ Tra gli Autori che si sono interrogati su quale sia la nozione di qualità nel settore agroalimentare, v. almeno A. CARROZZA, *Riflessioni preliminari sulla qualità dei prodotti agricoli*, in *Riv. dir. agr.*, 1993, I, p. 39; A. GERMANÒ, *Qualità alimentare: un'Europa, due sistemi*, in *Riv. dir. alim.*, 2009, I, p. 2; F. ALBISINNI, *La qualità in agricoltura e nell'alimentazione*, in *Riv. dir. alim.*, III, p. 1 e, da ultimo, I. CANFORA, *La politica della qualità dei prodotti agroalimentari dell'UE*, in *Trattato dir. alim. italiano e dell'Unione Europea*, in P. Borghi – I. Canfora – A. Di Lauro - L. Russo (a cura di), *Trattato di diritto alimentare italiano e dell'Unione Europea*, Milano, 2021, p. 425.

³¹ Nell'economia del presente lavoro, le DOP e le IGP sono certificazioni di diritto pubblico, il cui riconoscimento avviene per effetto di un provvedimento della Commissione Europea. Esse appartengono al mondo delle produzioni di qualità e descrivono uno specifico legame tra produzione e territorio, dove quest'ultimo, grazie alle sue specifiche condizioni ambientali e alle tecniche di lavorazione tradizionali, è in grado di conferire specifiche proprietà organolettiche al prodotto. Esse trovano la loro generale regolamentazione nel Regolamento (UE) n. 1151/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 novembre 2012 sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari, fermo restando che i vini e le bevande spiritose hanno la loro disciplina rispettivamente nel Reg. (UE) 1308/2013 (come modificato dal Reg. (UE) 2117/2021) e nel Reg. (UE) 787/2019. Senza entrare nel merito delle singole specificità,

tre ad un preciso valore economico per l'imprenditore, possono avere un indiscusso rilievo ambientale e socio-culturale, tanto in funzione della conservazione del territorio quanto del contrasto all'esodo rurale³², il legislatore ha un chiaro interesse alla loro promozione e valorizzazione, che passa anche attraverso un sostegno al finanziamento, soprattutto a favore dell'imprenditore agricolo che svolge un ruolo irrinunciabile. Infatti, grazie alla sua attività il fondo rustico restituisce la materia prima ed è sempre grazie alla sua attività che il territorio viene conservato affinché quella specifica materia prima possa continuare ad essere lavorata³³, con tutti i risvolti collettivi che ne derivano. Per quanto parte dei sostegni arrivino dall'Unione Europea, ciò non significa che gli operatori del settore non abbiano la necessità di accedere al credito, soprattutto laddove intendano fare interventi strategici e a lungo termine.

basti qui sottolineare che la qualità della DOP risiede nella circostanza che l'intero ciclo produttivo viene svolto all'interno dei confini di un determinato territorio mentre quella della IGP nel fatto che almeno una fase della produzione si svolge all'interno del territorio, segnatamente quella che conferisce al prodotto una specifica proprietà o reputazione. Nell'ambito della disciplina delle DO, un ruolo determinate svolge il disciplinare di produzione, un documento che contiene tutte le prescrizioni da rispettare affinché un prodotto possa essere presentato con quella specifica denominazione. In dottrina, il tema è vasto e affrontato sotto differenti profili, in argomento v. almeno A. Di LAURO, *Le denominazioni di origine protette (DOP) e le indicazioni geografiche protette (IGP)*, in P. Borghi – I. Canfora – A. Di Lauro - L. Russo (a cura di), *Trattato di diritto alimentare italiano e dell'Unione Europea*, op. cit., p. 46; N. LUCIFERO, *La comunicazione simbolica nel mercato alimentare*, in L. Costato - A. Germanò – E. Rook Basile (a cura di), *Trattato di diritto agrario*, vol. III *Il diritto agroalimentare*, Torino, 2011, p. 321. Tra la manualistica, cfr. F. ALBISINNI, *Strumentario di diritto alimentare europeo*, op. cit., p. 291; A. GERMANÒ – M.P. RAGIONIERI, *Diritto agroalimentare*, Torino, p. 139; L. COSTATO – P. BORGHI – S. RIZZIOLI – V. PAGANIZZA – L. SALVI, *Compendio di diritto alimentare*, Milano, 2019, p. 287.

³² Diversi sono gli interessi che ruotano intorno al riconoscimento di una DO e, da qui, l'interesse per un loro riconoscimento a livello pubblicitario. Sotto il profilo economico, creano opportunità di reddito, una migliore distribuzione dei guadagni e flussi turistici, oltre a generare nuove occasioni lavorative e impieghi più qualificati, rappresentando così un presidio alla lotta contro l'esodo rurale. Sotto il versante ambientale, garantiscono biodiversità e gestione attiva del territorio. Infine, in termini socio-culturali, aiutano a conservare l'identità e le conoscenze tradizionali. L'elencazione, naturalmente, è solamente esemplificativa e non esaustiva ma aiuta a comprendere i diversi interessi, non solo privatistici, che ruotano intorno a tali produzioni.

³³ Può ricondursi a E. ROOK BASILE, *Introduzione al diritto agrario*, Torino, 1995, p. 42 l'idea che l'agricoltura, dunque l'attività dell'imprenditore agricolo, sia oggi esercitata secondo modalità che compendiano le istanze produttive con quelle conservative, in nome di un interesse tanto privato quanto collettivo.

Come è lecito aspettarsi, tali finanziamenti dovranno essere in qualche modo garantiti e le produzioni di qualità, rispetto al resto delle *commodities*, beneficiano di un importante valore aggiunto sul mercato. Esso, però, è meramente potenziale, nel senso che verrà acquisito solo all'esito di tutte le procedure previste dal disciplinare di produzione, la cui osservanza sempre più spesso richiede competenze dal carattere estremamente settoriale e che presuppongono una radicata conoscenza del territorio, di cui solo un numero limitato di operatori dispone. Peraltro, sempre più spesso, per garantire la provenienza territoriale il disciplinare richiede anche processi di condizionamento e confezionamento *in loco*³⁴, così ulteriormente limitando le possibilità che un determinato prodotto fuoriesca dalla zona di produzione e, qualora esca, non potrà essere più considerato come una DOP o una IGP³⁵.

In questo contesto, la natura non possessoria è un tratto immanente al pegno agricolo³⁶. Essa offre il duplice vantaggio di garantire che il prodotto possa rimanere sul territorio affinché non gli sia preclusa la possibilità di beneficiare in futuro della deno-

³⁴ Ai sensi dell'art. 7, Reg. (UE) 1151/2012, il disciplinare può contenere "informazioni relative al confezionamento, quando il gruppo richiedente stabilisce in tal senso e fornisce sufficienti motivazioni specifiche per prodotto per cui il confezionamento deve aver luogo nella zona geografica delimitata per salvaguardare la qualità, garantire l'origine o assicurare il controllo" (lett. e). Per quanto le misure sul condizionamento e il confezionamento di per sé non conferiscano una specifica qualità al prodotto e potrebbero essere interpretate come misure equivalenti, idonee a falsare la concorrenza, sono ammesse purché se ne dia adeguata motivazione nei termini in cui esse possano rappresentare una forma di protezione delle DO e della loro reputazione, così garantendo maggiore certezza sull'origine. Per approfondimenti sull'argomento cfr. A. GERMANÒ – M.P. RAGIONIERI, *Diritto agroalimentare*, Torino, p. 139; L. COSTATO – P. BORGHI – S. RIZZIOLI – V. PAGANIZZA – L. SALVI, *Compendio di diritto alimentare*, op. cit., p. 154.

³⁵ Semplificando al massimo, al solo fine di far emergere gli interessi rilevanti alla base della norma, ai sensi del disciplinare del Brunello di Montalcino, questo potrà essere immesso in commercio come DOP solo decorsi cinque anni dalla vendemmia, durante i quali l'uva subirà diverse trasformazioni e passaggi che, anche in ragione delle competenze degli imprenditori che intervengono lungo la filiera, la porteranno a diventare vino, al quale potrà essere attribuita la menzionata denominazione, cui il mercato riconosce una determinata fama e prestigio, dunque valore. Analogamente, le botti contenenti mosto in fermentazione destinato a diventare Brunello di Montalcino non potranno essere portate fuori dal territorio della DOP, altrimenti quel vino non potrà beneficiare di quella specifica denominazione di origine, così perdendo la quasi totalità del suo valore commerciale.

³⁶ Così A. CHIANALE, *Conversione del d.l. Cura Italia: il nuovo pegno non possessorio agricolo*, in *Diritto Bancario*, 2020, pur dovendosi sottolineare, come ricorda R. FRANCO, *Il pegno su prodotti agricoli e alimentari tra (esplicita) rotatività e (implicita) non possessorietà: dalla tipicità ai modelli. Ovvero dall'unitarietà alla molteplicità*, op. cit., p. 7, che tale caratteristica non è disciplinata dal d.l. 18/2020.





minazione di origine e, allo stesso tempo, di continuare a svolgere tutte quelle operazioni di trasformazione e conservazione, che solo l'imprenditore agricolo e nessun altro sarebbe in grado di eseguire.

Al contempo, una rotatività "a maglie larghe" offre al creditore una garanzia su una specifica quota di patrimonio del debitore, nel senso che il vincolo -pur gravando su singoli beni- in ultima analisi, sarà costituito su quella che di fatto rappresenta una quota di valore sul patrimonio del singolo debitore³⁷. A differenza del d.l. 59/2016, a quest'ultimo è così consentito di poter trasferire il pegno anche su nuove produzioni, *rectius* raccolti, evitandogli di dover tenere immobilizzati beni che ormai hanno concluso il loro processo di trasformazione e, piuttosto, collocarli sul mercato, anche in considerazione dell'intrinseca deperibilità di alcuni di essi, affinché possano generare un fatturato che consenta di poter ripagare il debito, conservando sempre inalterate le garanzie.

Tenendo a mente questo contesto, ben si capiscono le ragioni che hanno determinato il legislatore a disciplinare il pegno non possessorio rotativo in agricoltura in una norma distinta, circoscritta alle sole produzioni di qualità, e lo abbia fatto ampliando le possibilità di sostituzione, attraverso le dichiarazioni contenute nel SIAN, allo scopo di integrare progressivamente il regolamento negoziale e garantire la prelazione secondo il sistema delineato dall'art. 2787, III co., c.c.

Come detto, però, non è stata prestata altrettanta attenzione alle forme di escussione della garanzia, che dovranno essere individuate tra quelle modalità che lascino inalterato il descritto dinamismo, senza compromettere la sopravvivenza dell'impresa agricola, anche per il suo ruolo di custode del territo-

rio³⁸ e di promotore del messaggio che porta con sé una DOP o una IGP, ma che, al contempo, in caso di inadempimento, potranno riconoscere al creditore, di regola l'istituto bancario, una tutela rapida ed effettiva.

In tal senso, il legislatore sembrerebbe aver dato scarso rilievo alla circostanza che anche le produzioni DOP o IGP si sviluppano nell'ambito di una relazione di filiera³⁹, dove diversi sono i soggetti che intervengono con singole trasformazioni e che, attraverso la loro attività, contribuiscono a conferire al prodotto quella specifica qualità finale. E allora, in caso di inadempimento, non sarà sempre possibile trasferire la garanzia dal prodotto grezzo al prodotto finito, sul quale poi avviare una specifica procedura di escussione, proprio perché il prodotto finito potrebbe non essere più nella disponibilità del debitore né mai tornerà. Soprattutto quando il debitore è un'impresa agricola, che costituisce il primo anello della filiera, la sua attività si potrebbe concludere prima che l'alimento assuma quella specifica qualità certificata, perché a esempio questi potrebbe occuparsi solo della coltivazione, per cedere integralmente quanto raccolto alla cantina, la quale poi si interesserà delle successive trasformazioni ma che, proseguendo nell'esempio, venderà le botti a

³⁸ Già G. GALLONI, *Agricoltura (diritto dell')*. *Quali prospettive per gli anni '80*, op. cit., p. 1, suggeriva di leggere il fenomeno agricolo sotto la lente del territorio e non del fondo rustico. Il rapporto tra territorio e impresa agricola è stato poi oggetto di differenti studi, da ultimo cfr. N. FERRUCCI – M. BROCCA, *Il paesaggio agrario: dal vincolo alla gestione negoziata*, Milano, 2019, i quali sondano i diversi modelli organizzativi per valorizzare il paesaggio e contemperare la tutela di differenti interessi che incidono sul medesimo bene. In argomento, v. poi almeno E. ROOK BASILE – S. CARMIGNANI – N. LUCIFERO, *Strutture agrarie e metamorfosi del paesaggio. Dalla natura delle cose alla natura dei fatti*, Milano, 2010, che si interrogano su come l'agricoltura possa incidere sulla conformazione del paesaggio; S. CARMIGNANI, *Agricoltura e ambiente. Le reciproche implicazioni*, Torino, 2012 che rimarca come l'agricoltura contribuisca alla tutela dell'ambiente; C.A. GRAZIANI, *Proprietà della terra e sviluppo rurale*, in *Agricoltura, istituzioni, mercati*, 2007, p. 65 il quale indaga la terra come bene produttivo e come valore da conservare.

³⁹ Per S. CARMIGNANI, *Filiera agroalimentare* (voce), in *Dig. disc. priv.*, Torino, 2018, p. 221, il concetto di filiera evoca un articolato sistema di relazioni contrattuali che si sviluppano tanto in senso orizzontale quanto verticale. Il contratto diviene così lo strumento attraverso il quale i singoli operatori agiscono, creano una serie di connessioni e si influenzano a vicenda, in un meccanismo che è bidirezionale. La singola impresa condiziona le modalità con le quali la filiera si concretizza nel sistema produttivo reale; la filiera, a sua volta, influenza la conformazione delle singole unità produttive. Tra i diversi Autori che si sono interessati all'argomento cfr. almeno F. ALBISINNI, *Sistema agroalimentare* (voce), in *Dig. disc. priv.*, 2009, p. 479; A. JANNARELLI, *I contratti del mercato agroalimentare: alcune considerazioni di sintesi*, in *Riv. dir. alim.*, 2013, p. 56; M. GIUFFRIDA, *I contratti di filiera nel mercato agroalimentare*, in *Riv. dir. alim.*, 2012, p. 3.

³⁷ Per E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, cit., p. 74, poi ripreso in *Id.*, *sub art. 2784 c.c.*, op. cit., p. 9, il diritto di pegno non riguarda l'intero patrimonio del debitore ma si cristallizza su un bene determinato, che assoggetta a una riserva di utilità reale sulla quale il creditore potrà eventualmente agire in caso di inadempimento, chiarendo che, attraverso il pegno, si costituisce un diritto al valore. Tali espressioni -prosegue l'Autore- indicano in termini dogmatici che "la funzione propria ed essenziale della garanzia reale è creare nel patrimonio del garante la destinazione di una parte ben individuata di quel patrimonio in funzione esclusiva del realizzo del diritto di credito e quindi dell'interesse del creditore garantito a vedere conseguita l'utilità che deriva dalla soddisfazione del suo diritto di credito; diversamente da quanto accade per la garanzia personale, ove, non una parte, ma l'intero patrimonio del garante è esposto all'azione di garanzia per la soddisfazione del creditore". In questa prospettiva, vanno così letti i commi I e III dell'art. 1, d.l. 59/2016, laddove si obbliga a indicare l'importo massimo garantito, funzionali a determinare la "quota di valore del patrimonio del debitore", così M. LUCCI, *Brevi note in tema di pegno rotativo*, in *Foro it.*, 2016, I, c. 2152.

un imbottigliatore, che concluderà il percorso previsto dal disciplinare e immetterà l'alimento in commercio.

D'altra parte, la prelazione è un effetto che opera a vantaggio del ceto creditorio ma l'acquisto del terzo dovrebbe essere sempre tutelato, anche per salvaguardare il corretto funzionamento della filiera. Proprio per questo motivo si prevede la rotatività ma, al contempo, le procedure di escussione non dovranno mai compromettere quella qualità potenziale che in futuro potrà esprimere una determinata produzione alimentare.

Alla luce delle considerazioni che precedono emerge come la ricerca del rimedio effettivo debba tenere in considerazione le peculiarità del settore alimentare, che si caratterizza per ragioni di specialità proprie legate a specifici motivi fattuali, che vanno poi ad informare e orientare le scelte del legislatore e quelle dell'interprete⁴⁰. Nel caso in esame, però, il decreto Cura Italia sembra aver considerato le ragioni della specialità solo nella fase genetica di costituzione della garanzia, mentre altrettanta attenzione non è stata dedicata alla fase patologica del rapporto, tanto da dover registrare la lacuna di tutele e rimedi specifici in caso di inadempimento. Il punto è che, senza opportuni adattamenti, le tutele previste dal legislatore nel Codice civile e nel d.l. 59/2016 potrebbero rivelarsi inadeguate per il settore, con il risultato di compromettere proprio la funzione intrinseca del pegno, quella di garantire un determinato credito. Ciò pone così il problema di individuare e isolare, nell'ambito di un dialogo tra

⁴⁰ Diversi sono gli Autori che, nella prospettiva dell'agrarista, si sono interessati al tema della specialità del settore alimentare, tra questi v. almeno L. COSTATO, *Per una storia della PAC (a sessant'anni dall'inserimento dell'agricoltura nel progetto di trattato CEE)*, in *Riv. dir. agr.*, 2017, I, p. 64; ID., *Diritto alimentare e diritto al cibo: dal piano Mansholt alla riforma del 2013*, in *Riv. dir. agr.*, 2015, I, p. 303, il quale ripercorre le tappe storiche più significative che hanno portato alla nascita e allo sviluppo di un diritto alimentare europeo; F. ALBISINNI, *Impresa agricola e impresa alimentare*, in *Dir. agricolo*, 2008, p. 5 che, sempre in una prospettiva storica, isola le linee evolutive dell'impresa agricola, delineandone le caratteristiche di specialità per evidenziare come, nel settore agroalimentare, le tradizionali regole di prodotto e di produzione siano state affiancate da un insieme di regole che attengono al modo stesso di fare impresa; M. GOLDONI, *Le regole di filiera e il mercato*, in *Riv. dir. agr.*, 2020, I, p. 867 che, approcciando al problema sotto il profilo delle relazioni di filiera, evidenzia come l'evoluzione storica che ha finora caratterizzato il settore stia però portando a una sempre minore considerazione dell'eccezionalità agricola, a uno scarso coordinamento tra legislazione europea e nazionale, al rischio di un'indebita sovrapposizione tra impresa agricola e agroalimentare, con conseguenze misurabili anche sotto il profilo della tutela di interessi pubblici; L. RUSSO, *Dal diritto agrario al diritto alimentare (e viceversa)*, in *Riv. dir. alim.*, 2011, p. 1, il quale si interroga su quale sia la linea di confine e di demarcazione tra diritto agrario e diritto alimentare.

disciplina codicistica, legislazione di settore e normativa alimentare, un sistema di rimedi che adeguatamente consideri e valorizzi le menzionate ragioni di specialità.

Il problema oggetto del presente scritto dovrà così essere affrontato dedicando una particolare attenzione all'inadempimento di quel debitore che potrebbe non disporre, tra i beni da sottoporre a escussione, di un prodotto che abbia già concluso il suo percorso per divenire una DOP o una IGP, primo fra tutti l'imprenditore agricolo. Tale profilo, infatti, rappresenta un punto di osservazione privilegiato per offrire un quadro più ampio e completo dell'articolato sistema di escussione del credito.

3. La legge applicabile alle procedure di escussione e l'inadeguatezza del rinvio alla disciplina codicistica.

In linea di principio, diverse sono le forme attraverso cui potrebbe essere aggredito il patrimonio dell'imprenditore agricolo. La disciplina sul pegno non possessorio rotativo si limita a rinviare agli articoli 2786 e seguenti c.c., purchè compatibili. Il legislatore, però, né ha specificato i parametri attraverso cui svolgere il giudizio di compatibilità né, men che meno, quale disciplina possa essere applicata qualora le citate norme non siano ritenute compatibili, lasciando all'interprete il compito di colmare l'ipotetico vuoto normativo⁴¹.

Già si è detto che il pegno modellato dal Codice civile ha un tratto intrinsecamente possessorio, ontologicamente differente da quello qui in esame. Un'ulteriore notazione poi concerne la peculiarità dei beni che possono essere sottoposti a vincolo. Infatti, le produzioni agricole, per loro definizione, hanno natura deperibile e per molte di esse il processo potrebbe anche avvenire rapidamente. Banalmente, ciò comporta che durante i (lunghi) tempi di un'azione esecutiva, il bene oppignorato potrebbe perire e integralmente perdere il suo valore o, per conservarlo, richiedere importanti costi o interventi trasformativi che potrebbero essere sproporzionati rispetto all'interesse dedotto nel processo o, ancora, postulare competenze che potrebbe non avere il custode nominato dal Tribunale. Il tema non è di poco momento, perché la diffusione dell'istituto dipenderà anche dai rimedi riconosciuti al creditore per soddisfare rapidamente il proprio diritto in caso di inadempimento.

⁴¹ Con una valutazione che è sostanzialmente mutuabile anche per il caso di specie, scorre in rassegna le norme del Codice civile per verificarne la compatibilità con il d.l. 59/2016 M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, op. cit., p. 730.





In tal senso, se si guarda alla disciplina generale sul pegno, l'esecuzione promossa dal creditore si articola in un complesso sistema di regole, dove le norme sull'esecuzione forzata di cui al Codice di procedura civile (502, I co., c.p.c.) coesistono con forme di autotutela stragiudiziale previste dal Codice civile (2794-2798 c.c.), con il risultato che per il bene oppignorato sono previste più procedure tra cui il creditore potrà scegliere⁴².

Calando il principio nel concreto e tenendo sempre a mente le notazioni che precedono, non stupisce che per il pegno agricolo il legislatore non abbia richiamato la disciplina espropriativa. Al di là della crisi del monopolio statale sulla fase esecutiva e la preferenza verso forme negoziate di gestione del debito e rimedi in autotutela⁴³, il procedimento di espropriazione ordinaria pare scarsamente compatibile con la natura intrinsecamente deperibile del bene sottoposto a esecuzione. Esso inizia con la notifica del titolo esecutivo e del precetto, pur con la precisazione che (i) per procedere alla vendita non sarà necessario il pignoramento e (ii) il termine di dieci giorni per proporre l'istanza di vendita decorrerà dalla notifica del precetto⁴⁴. Tuttavia, nonostante questa agevolazione e il rilievo che il titolo esecutivo potrebbe eventualmente anche essere rappresentato dall'atto notarile costitutivo del pegno, sono notori i lunghi tempi che caratterizzano le procedure esecutive, dove peraltro le vendite avvengono sempre a prezzi inferiori rispetto ai valori di mercato così, di fatto, svuotando di valore tutta la qualità che esprime una DOP e una IGP.

D'altra parte, a ben vedere, anche la disciplina in autotutela codicistica richiamata dal legislatore solleva alcune criticità, tali da far dubitare sulla sua "compatibilità" con l'interesse del creditore e/o la natura del bene, alla luce delle ragioni di specialità che governano il settore alimentare.

Entrando più nello specifico, la rassegna dei rimedi in autotutela muove dall'art. 2787 c.c., a mente del quale "il creditore ha diritto di farsi pagare con prelazione sulla cosa ricevuta in pegno". In via preliminare, bisogna chiarire come avvenga l'individuazione della "cosa ricevuta in pegno". Ai sensi del d.l. 18/2020, essa dovrà risultare dall'annotazione nei pubblici registri, dai quali per

l'appunto risulteranno anche tutte le successive rotazioni, senza escludere che il pegno si potrebbe trasferire anche sulle trasformazioni o sul corrispettivo ottenuto a seguito delle cessioni⁴⁵. Individuato il bene, la prelazione si potrà così attuare attraverso la vendita della *res* o l'assegnazione della medesima.

La vendita trova una disciplina all'art. 2797 c.c. Essa è preceduta da un'intimazione, fatta mediante ufficiale giudiziario, contenente l'invito ad adempiere al debito e con l'avvertimento che, in difetto, si procederà a vendita forzata. Ricevuta l'intimazione, il debitore avrà cinque giorni per proporre opposizione, che produrrà l'effetto di sospendere la procedura. In mancanza di opposizione o risoltasi negativamente, avverrà la cessione mediante pubblico incanto o, qualora la cosa abbia un prezzo di mercato, anche a prezzo corrente, a mezzo di persona autorizzata. È di palmare evidenza come anche la descritta procedura sia scarsamente compatibile con l'interesse del creditore e la natura intrinsecamente deperibile del bene da sottoporre a esecuzione⁴⁶. Infatti, basterebbe una semplice opposizione del debitore, anche pretestuosa, e questa sarebbe di per sé idonea a sospendere l'iniziativa.

Alternativamente alla vendita, il creditore potrebbe anche chiedere l'assegnazione della *res* fino alla concorrenza del debito, attraverso un'istanza al giudice e all'esito di una stima da farsi con perizia o secondo il prezzo corrente, qualora la cosa abbia un prezzo di mercato⁴⁷. L'assegnazione porta con sé il

⁴⁵ Il tema evoca il problema dell'operatività del meccanismo rotativo su cui v. N. LUCIFERO, *Il pegno rotativo non possessorio in agricoltura. Evoluzione dell'istituto e la nuova disciplina dettata dal D.L. Cura Italia*, in S. Landini - N. Lucifero (a cura di), *Il pegno rotativo non possessorio in agricoltura. Fattispecie e ipotesi ricostruttive con riferimento all'applicazione nella filiera agroalimentare*, in corso di pubblicazione nonché R. FRANCO, *Il pegno su prodotti agricoli e alimentari tra (esplicita) rotatività e (implicita) non possessorialità: dalla tipicità ai modelli. Ovvero dall'unitarietà alla molteplicità*, op. cit., p. 10. Vale precisare che il DM 23 luglio 2020, anche con l'obiettivo di colmare un vuoto lasciato dal legislatore, abbozza una disciplina sul funzionamento della rotatività e dispone che "il pegno rotativo si realizza con la sostituzione delle unità di prodotto sottoposte a pegno, senza necessità di ulteriori stipulazioni, fermo restando il rispetto dei requisiti e le modalità previsti dal presente decreto".

⁴⁶ Per completezza, il Codice civile disciplina anche la vendita anticipata (2795) che si verifica qualora la cosa data in pegno si potrebbe deteriorare, compromettendo la garanzia del creditore. Essa, però, ha natura cautelare e non opera sul presupposto dell'inadempimento del debitore ma sul timore che la *res* divenga insufficiente alla sicurezza del creditore, richiedendo l'autorizzazione del giudice per la vendita e introducendo cautele a tutela del debitore circa il deposito del prezzo o la facoltà di sostituire il pegno.

⁴⁷ Per intendersi, l'assegnazione del bene ai sensi dell'art. 2798 c.c. trasferisce la proprietà per effetto di un provvedimento del giudice cui si propone l'istanza di assegnazione, così A. CHIANALE, *Le garanzie reali*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica-P. Zatti, Milano, 2019, p. 538.

⁴² Ciò perché il negozio costitutivo del pegno sostituisce la funzione del pignoramento, così E. GABRIELLI, *sub art. 2784 c.c.*, op. cit., p. 12 e, in senso analogo, già prima D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, II ediz., Torino, 1956, p. 260.

⁴³ Secondo E. GABRIELLI, *Una garanzia reale senza possesso*, op. cit., p. 1716 le forme di escussione in autotutela non solo sono più efficienti e virtuose ma anche maggiormente coerenti con le attuali linee di sviluppo del diritto comune europeo sulle garanzie mobiliari e finanziarie.

⁴⁴ Così E. GABRIELLI, *sub art. 2784 c.c.*, op. cit., p. 13.

vantaggio di consentire al creditore di successivamente cedere liberamente sul mercato il bene oppignorato, tuttavia presenta alcune criticità. Oltre a dover necessariamente passare attraverso un'istanza al giudice, se le parti non si fossero preventivamente date una specifica regolamentazione su come concretamente gestire il bene a seguito del trasferimento della proprietà dal debitore al creditore, quest'ultimo potrebbe trovarsi nella difficile situazione di non sapere dove ricollocarlo o, anche se lo sapesse, potrebbe avere delle difficoltà a individuare luoghi dove conservarlo in attesa di reperire un acquirente⁴⁸. Infatti, la peculiarità della *res* assegnata richiederà sempre un ruolo attivo del debitore e, qualora questa non avesse ancora concluso il proprio percorso per diventare una DOP o una IGP, avrebbe limitate possibilità di uscire dal territorio, pena la perdita dell'intero suo potenziale economico. Per quanto il creditore assegnatario potrebbe lui stesso cedere il bene oppignorato al successivo operatore di filiera⁴⁹, potrebbe anche trovarsi costretto a doverlo lasciare nella disponibilità di quel debitore inadempiente affinché concluda la trasformazione di sua competenza, esponendosi così anche al rischio di dover sopportare un possibile perimento, stante il disinteresse del debitore verso un bene che non è più di sua proprietà e per la conservazione del quale non si è assunto alcuna obbligazione preventiva⁵⁰.

4. (segue) Il ruolo dell'autonomia privata e la legislazione di settore.

⁴⁸ Per quanto occorrer possa, tale accordo difficilmente potrebbe essere interpretato come una sorta di patto commissorio, vietato dall'art. 2744 c.c. Esso, infatti, non avrebbe quale causa il trasferimento del bene in caso di inadempimento ma, più correttamente, la gestione del bene, divenuto di proprietà del creditore, a seguito dell'assegnazione disposta dal giudice ai sensi dell'art. 2798 c.c. Secondo l'opinione prevalente in dottrina, il divieto di patto commissorio risponde "all'esigenza di scongiurare la sproporzione tra entità del credito garantito e valore del bene e la conseguente abusiva appropriazione del surplus", così S. AMBROSINI, *La rafforzata tutela dei creditori privilegiati nella l. n. 119/2016: il c.d. patto marciano*, in *Dir. fall.*, 2016, p. 1078, che richiama C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VII, Milano, 2012, p. 288.

⁴⁹ In linea di principio, in virtù della clausola di rotatività, il creditore avrebbe anche potuto trasferire il pegno sul corrispettivo ottenuto dal debitore a seguito della vendita ma, trattandosi di somme di denaro, potrebbero essere state occultate o, comunque, non essere sempre facilmente rinvenibili, fermi ovviamente restando i rimedi per poter agire in revocatoria.

⁵⁰ Per quanto il debitore ben potrebbe essere qualificato come custode del bene assegnato ed essere responsabile del perimento, difficilmente sarà in grado di assolvere in tempi rapidi alla sua obbligazione risarcitoria, così frustrando l'interesse che il creditore cercava di perseguire attraverso tale rimedio.

L'ultimo comma dell'art. 2797 c.c. rammenta che "per la vendita della cosa data in pegno le parti possono convenire forme diverse". Dunque, è lo stesso Codice civile che apre alla possibilità per le parti di fare un uso della loro autonomia negoziale per costruire forme di realizzazione del credito più efficienti rispetto a quelle appena descritte⁵¹.

Sovviene così quell'osservazione di Rodolfo Sacco secondo il quale, nell'esercizio dell'autonomia negoziale, difficilmente i contraenti si inventeranno qualcosa di radicalmente nuovo e mai apparso nel mondo giuridico ma, al contrario, mutueranno e adatteranno alle loro esigenze fattispecie giuridiche e rimedi che già trovano una disciplina altrove⁵². Viene così in rilievo tutto il *corpus* normativo contenuto nella legislazione di setto-

⁵¹ Come è noto, l'art. 1322 c.c. consente alle parti di poter liberamente determinare il contenuto del contratto e concludere accordi che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Tuttavia, in dottrina non esiste uniformità di opinioni in merito al requisito della meritevolezza. Secondo l'impostazione tradizionale, la validità di una pattuizione atipica è valutata non solo in base alla liceità della causa ma anche alla verifica che l'atto pattizio persegua funzioni utili socialmente (E. BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 222). Tuttavia, non appena entrata in vigore la Costituzione, tale impostazione è parsa poco coerente con il nuovo ordine giuridico. Ragionando intorno all'art. 41 Cost., è stato così sottolineato che il contratto non deve essere socialmente dannoso ma non è richiesta una verifica sulla sua utilità sociale (G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 328), con la conseguenza che l'accordo meritevole di tutela è quello che non contrasta con norme imperative, ordine pubblico e buon costume, pur riconoscendo che tale effetto diluisce l'art. 1322 c.c. all'interno dell'art. 1343 c.c. (così V. ROPPO, *Il contratto*, 2a ed., in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. Iudica-P. Zatti, Milano, 2011, p. 403, per il quale ciò non sarebbe comunque un problema, rispetto agli esiti cui arriverebbe l'originaria posizione del Betti). Sebbene tale interpretazione sia anche quella seguita in giurisprudenza (*ex multis*, Cass., 24 maggio 2016, n. 10710; Cass., 6 febbraio 2004, n. 2288), altra dottrina ha proposto un'interpretazione costituzionalmente orientata per tornare a riempire di significato l'art. 1322 c.c., concludendo che la norma richiede la conformità dell'atto di autonomia ai principi costituzionali (P. PERLINGIERI, *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, 2008, p. 268). Per contenere eccessivi ampliamenti di questa tesi, è stato poi sottolineato che l'interesse giuridicamente protetto non sarebbe un qualsivoglia interesse privato ma solo quello che non è indifferente per l'ordinamento (F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 69). Per ulteriori approfondimenti sui differenti orientamenti, v. G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2019, p. 251; A. GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse* (voce), in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XI, Torino, 1994, pp. 327; A. GAROFALO, *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, p. 572 ss.

⁵² R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 790.





re dedicato al pegno non possessorio (d.l. 59/2016) e già menzionato in apertura che, sebbene non espressamente richiamato dal decreto Cura-Italia⁵³, potrebbe assumere rilievo proprio per il rinvio contenuto nel contratto, senza uscire dal perimetro delle opportunità offerte dal Codice civile.

Un primo vantaggio rispetto alla disciplina codicistica si riscontra già nella fase preliminare dove l'intimazione al pagamento non avviene tramite l'ufficiale giudiziario⁵⁴ e l'eventuale opposizione del debitore non paralizza la fase esecutiva, salvo non ricorrano gravi e giustificati motivi. In tal modo, si snellisce la procedura da aggravii burocratici e si evitano opposizioni pretestuose⁵⁵.

Ricevuta l'intimazione, entro i successivi quindici giorni il datore della garanzia dovrà consegnare il bene oggetto di pegno al creditore, affinché questi possa poi azionare una delle quattro modalità di escussione previste dalla citata normativa. Merita così precisare che l'inadempimento a tale obbligo non solo potrà consistere nella mancata consegna della *res* ma, allo stesso tempo, anche in una consegna inesatta. In tal caso, il creditore potrà chiedere, anche verbalmente, in assenza di titolo esecutivo e precetto, di procedere secondo le regole dettate dal Codice di procedura civile in materia di esecuzione per consegna di beni mobili⁵⁶. Sebbene la *ratio* della disposizione risponda al bisogno di garantire al terzo acquirente l'immediata disponibilità del bene, senza obbligarlo a promuovere un'azione esecutiva per conseguire il possesso, la consegna consentirà al contempo di valorizzare l'intero potenziale eco-

nomico del pegno solo se avrà ad oggetto alimenti che avranno già concluso il loro percorso di trasformazione in DOP o IGP o dove il rischio di perimento sia remoto. Diversamente, ed è da immaginarsi che ciò accadrà con estrema frequenza, sarà necessario che le parti definiscano esattamente come gestire questa fase di estrema delicatezza, con particolare riferimento all'individuazione del custode e delle obbligazioni su di lui gravanti, che potrà eventualmente essere anche il debitore.

Passando alle modalità concrete di escussione, due sono considerate ordinarie e due facoltative, nel senso che l'azionabilità di queste ultime è subordinata a un'espressa pattuizione contenuta nella convenzione di pegno⁵⁷. Va così anticipato fin da subito che non sembrano trovare applicazione né l'escussione o cessione del credito oggetto di pegno, proprio perché in tal caso la norma riguarda il pegno sui crediti, fattispecie diversa da quella qui in esame, né la locazione del bene oggetto di pegno, proprio perché l'intrinseca natura del prodotto agricolo esclude che esso possa essere dato in locazione. Pertanto, le alternative si risolvono nel binomio già previsto dal Codice civile⁵⁸.

Procedendo con ordine, la prima forma di tutela è la vendita dei beni e la ritenzione del corrispettivo fino a concorrenza della somma garantita, con obbligo di informare immediatamente il datore del pegno della somma ricavata e di restituire contestualmente l'eccedenza. La vendita non è sottoposta a

⁵³ Sul rapporto tra le due discipline e la possibilità di applicare al pegno rotativo in agricoltura quanto previsto dal d.l. 59/2016, a prescindere da un espresso richiamo delle parti, v. il successivo par. 5.

⁵⁴ Art. 1, VII co.

⁵⁵ In termini generali, la procedura di seguito descritta sembra trovare applicazione anche per tutte le produzioni agricole che non siano DOP o IGP garantite ex d.l. 59/2016, ferma naturalmente la precisazione che per queste non si registra l'esigenza di evitare che il prodotto fuoriesca dal territorio ma solo quella di evitare la deperibilità del medesimo.

⁵⁶ Concretamente, bisognerà presentare all'ufficiale giudiziario la nota di iscrizione del pegno nel registro e l'intimazione fatta al creditore, cui andrà aggiunta anche copia dell'accordo, il quale dovrà richiamare il d.l. 59/2016. L'ufficiale giudiziario potrà così procedere all'individuazione dei beni, eventualmente avvalendosi anche dell'ausilio di esperti. Questi dunque dovrà recarsi presso i locali del debitore e, dopo aver individuato concretamente le cose oppignorate, farne apprensione e consegnarle all'istante, eventualmente con l'ausilio di uno stimatore. Se il bene è stato venduto, la garanzia si sposta *ex lege* sul corrispettivo. Ai sensi del comma 7-ter, l'ufficiale giudiziario potrà dunque ricercare i crediti del debitore, mediante esame delle scritture contabili o avvalendosi della facoltà prevista dall'art. 492 bis c.p.c., che consente di effettuare ricerche in via telematica dei beni del debitore esecutato. Rinvenuti crediti sufficienti a estinguere il debito, essi saranno riscossi dal creditore fino a concorrenza del diritto.

⁵⁷ Secondo E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio" e teoria delle obbligazioni*, op. cit., p. 265 la disciplina che detta il d.l. 59/2016 in punto di escussione è quella che maggiormente risente del diritto comune europeo delle garanzie mobiliari, in particolare la direttiva 2002/47/CE, che è stata recepita nel nostro ordinamento dal d.l.g.s. 24 maggio 2004, n. 170, poi modificata dalla dir. 2009/44/CE, a sua volta recepita dal d.lgs. 24 marzo 2001, n. 48. Queste discipline, intervenendo nel campo dei sistemi di pagamento e di regolamento titoli, nel perseguire lo scopo di evitare il c.d. rischio sistemico, sono state introdotte per rendere uniforme e armonica la disciplina sulle garanzie finanziarie. La loro lettura complessiva, prosegue sempre l'Autore, "dimostra come una delle caratteristiche principali del pegno non possessorio si fondi sulla sua capacità di realizzare con immediatezza temporale e speditezza di regole processuali l'autotutela esecutiva del creditore pignoratizio, e quindi di agevolare la realizzazione forzata della funzione di garanzia". In termini simili anche R. DI RAIMO, *Appunti sulla circolazione con scopo di garanzia nel diritto attuale*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, p. 57 che mette in collegamento il d.lg. 59/2016 con il libro verde della Commissione UE, *Costruire un'Unione dei mercati dei capitali*, COM (2015) 63 final del 18 febbraio 2015.

⁵⁸ In tal senso, ci si potrebbe chiedere se l'assegnazione possa essere considerata tra le modalità alternative di vendita. Sebbene nel Codice civile sia disciplinata da una norma differente è anche vero che questa, al pari della vendita, realizza un effetto traslativo che, per quanto non a favore di un terzo ma a soddisfazione del medesimo creditore, determina un trasferimento della proprietà che potrebbe rientrare tra quelle modalità alternative cui apre l'art. 2797 c.c.

particolari formalità, limitandosi a prevedere lo svolgimento attraverso “*procedure competitive*” che il creditore sarà libero di determinare, eventualmente avvalendosi anche di esperti⁵⁹, purchè siano assicurate adeguate forme di pubblicità⁶⁰ e la massima informazione e partecipazione degli interessati. Naturalmente, se l’esigenza è anche proteggere la qualità, l’avviso di vendita potrà dare la preferenza a quei soggetti la cui attività rientra nelle filiere che operano nel contesto di una DOP o una IGP. Non sarà invece necessario ricorrere a una “persona autorizzata a tali atti”, come previsto dall’art. 2797 c.c., ma la cessione potrà essere svolta direttamente dal creditore⁶¹, ferma comunque la necessità di procedere a una stima per accertare il valore dei beni venduti.

La circostanza che tale procedura sia integralmente gestita dal creditore la rende così anche più immediata rispetto a quella prevista dall’art. 1515 c.c. sulla c.d. vendita in danno. Sebbene non sia prevista l’eventuale opposizione e debba svolgersi “senza ritardo”, anche quest’ultima avviene sempre tramite ufficiale giudiziario o persona autorizzata a tali atti, con modalità all’incanto ed obbligo di dare tempestiva notizia al compratore.

Attraverso le regole appena descritte, il legislatore invita il creditore a realizzare una vendita che sia effettivamente competitiva e ampiamente partecipata, al fine di scongiurare acquisti al ribasso e ottenere una liquidazione del bene che sia il più possibile fedele al suo valore di mercato. A ben vedere, la scelta tutela anche il debitore, garantendogli di massimizzare la vendita, anche allo scopo di evitare, o quanto meno limitare, processi esecutivi per ripia-

⁵⁹ Gli esperti sono nominati d’accordo tra le parti o, in mancanza di intesa, saranno designati dal giudice. Vale così sottolineare l’imprecisione del legislatore che inizialmente definisce tali persone come “soggetti specializzati” e poche righe più sotto, pur all’interno della medesima lettera a) dedicata alla vendita, li nomina “operatori esperti”. Al di là della differenza lessicale, l’unica interpretazione possibile è che vi sia identità tra le due figure.

⁶⁰ Che dovrà essere effettuata, a cura del creditore, sul portale delle vendite pubbliche di cui all’articolo 490 c.p.c.

⁶¹ R. FRANCO, *Pegno “non possessorio” e “rotativo” tra attività di impresa e settore agricolo: costituzione ed effetti*, op. cit., p. 389 si interroga sulla natura giuridica dei poteri che vengono attribuiti al creditore per procedere alla vendita forzata. A fronte di una prima ricostruzione che li riconduce alla rappresentanza *ex lege*, per cui il trasferimento avverrebbe in nome del concedente il pegno (A. CHIANALE, *Il pegno non possessorio su beni determinati*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 974), si potrebbe anche ipotizzare un’ipotesi eccezionale di autonoma attribuzione *ex lege* di un potere dispositivo scisso dalla titolarità del bene, così evocando una distinzione tra titolarità e potere di disposizione che già ricorre nell’art. 2797 c.c. (G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno*, cit., p. 329; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu – F. Messineo, Milano, 1971, p. 964).

nare il debito residuo e che finirebbero per depauperare e compromettere la funzionalità aziendale, tema che nel settore primario assume un valore del tutto peculiare per i risvolti negativi che potrebbero derivare pure per la collettività⁶².

L’effettività di tale forma di tutela si misura anche laddove mette al riparo il creditore da possibili azioni revocatorie. Infatti, è ipotesi tutt’altro che inusuale che, per effetto della rotatività, la *res* sostituita possa avere un valore maggiore rispetto a quella originaria, su cui il residuo del ceto creditorio potrebbe formulare riserve critiche⁶³.

Prima dell’introduzione del d.l. 59/2016, il problema non era affrontato, con il rischio che la sostituzione che conduceva a un aumento di valore della garanzia ben avrebbe potuto essere sottoposta ad azione revocatoria, laddove ne ricorressero i presupposti giuridici⁶⁴. Per scongiurare tale conseguenza, dottrina e giurisprudenza invocavano la necessi-

⁶² Sul punto v. A. GERMANÒ, *Ancora sul fallimento dell’imprenditore agricolo (con riferimento all’imprenditore ittico e all’acquacoltore secondo il nuovo d.lgs. 9 gennaio 2012, n. 4)*, in *Riv. dir. agr. alim. amb.*, 2012, p. 328, che, a commento dell’art. 2221 c.c. e dell’art. 1 l.f. che sottraevano l’imprenditore agricolo dal fallimento, aveva ritenuto che tali norme concretizzassero una “*irragionevole penalizzazione*”, proprio perché il debitore insolvente si trova consegnato alle azioni individuali dei singoli creditori che si aprono nell’ambito di un ordinario processo esecutivo, che finirebbe per depauperare l’azienda agricola e compromettere la sopravvivenza della medesima, con ricadute anche sul piano collettivo, proprio per le funzioni di interesse comune che essa svolge. Valga così rilevare che il Codice della crisi di impresa, introdotto con il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, sottopone anche l’impresa agricola all’accertamento dell’insolvenza, così consentendole di accedere alle diverse procedure di composizione delle crisi. Prima di questa novella, già si erano estesi anche a favore dell’imprenditore agricolo alcuni istituti previsti per l’impresa commerciale (182 e 182 *ter* l.f. nonché il piano di composizione della crisi di cui alla l. 3/2012). In dottrina, oltre agli scritti contenuti nel volume di S. LANDINI – N. LUCIFERO (a cura di), *Il pegno rotativo non possessorio in agricoltura. Fattispecie e ipotesi ricostruttive con riferimento all’applicazione nella filiera agroalimentare*, cit. di A. SCIAUDONE, *Impresa agricola e insolvenza* e di L. RUSSO, *Il pegno non possessorio e la crisi di impresa in agricoltura*, cfr. anche A. JANNARELLI, *La parabola della “specialità” dell’impresa agricola dopo il d.lgs. sulle crisi di impresa: considerazioni critiche*, in *Riv. dir. agr.*, 2019, I, p. 197; S. CARMIGNANI, *Imprenditore agricolo e prospettive di riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir. agroalim.*, 2018, p. 531; F. PRETE, *Attività essenzialmente agricole e attività a queste connesse nell’impresa agricola in crisi*, in *Riv. dir. agr.*, 2020, II, p. 92.

⁶³ Vale peraltro rilevare che la dottrina ha già da tempo messo in evidenza come il principio della *par condicio creditorum* sia ormai destinato al tramonto, P. SCHLESINGER, *L’eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Aa. Vv.*, *Le ragioni del diritto. Studi in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, I, p. 919.

⁶⁴ Lungo la filiera alimentare operano anche soggetti che sono imprenditori commerciali, come tali sottoposti a fallimento e nei cui confronti potrebbe essere esercitata tanto la revocatoria ordinaria quanto fallimentare.





tà di garantire un'equivalenza tra il valore del bene sostituito e il valore del bene sostitutivo⁶⁵. Tuttavia, questa equivalenza difficilmente avrebbe potuto essere garantita nel settore delle produzioni di qualità agroalimentari⁶⁶, dove tutte le trasformazioni che interessano la materia prima ne faranno incrementare significativamente il valore originario.

Rispetto a questo problema, il d.l. 59/2016, laddove prevede che l'oggetto del pegno possa essere costituito da beni presenti o futuri individuati anche solo con riferimento ad un importo garantito, intro-

duce implicitamente una clausola di integrazione (art. 1, I co.). Inoltre, l'obbligo di indicare un importo massimo garantito a pena di nullità del contratto fa sì che gli incrementi di valore dell'oggetto della garanzia comporteranno un incremento della prelazione sempre entro il limite convenuto (art. 1, III co.)⁶⁷. In ogni caso, qualora le sostituzioni integrino forme di abuso, potranno essere promosse azioni conservative o inibitorie.

Passando al rimedio dell'assegnazione, essa deve essere espressamente pattuita e si prevede che l'accordo disciplini anticipatamente i criteri e le modalità di valutazione del bene oggetto di pegno e dell'obbligazione garantita. Per potersene avvalere, il creditore dovrà *immediatamente* comunicare al datore della garanzia la stima attribuita al bene.

La norma, però, non chiarisce due aspetti. Il primo concerne le modalità di trasferimento della proprietà e il secondo riguarda il parametro temporale alla cui stregua valutare l'immediatezza⁶⁸. Sotto il primo profilo, a differenza dell'assegnazione disciplinata dal Codice civile ove sarà il provvedimento del giudice a determinare il passaggio della proprietà, il trasferimento dovrebbe avvenire a seguito della ricezione della comunicazione con cui il creditore dichiara di voler esercitare l'assegnazione, che però presuppone l'avvenuta precedente consegna della *res*. Il rilievo conduce così a ipotizzare che l'immediatezza dovrebbe essere successiva al momento in cui il creditore invia la comunicazione di messa in mora, il debitore consegnerà il bene e avverrà la stima secondo le modalità predeterminate dal contratto.

La norma richiede così di rispondere all'interrogativo su cosa accada qualora il debitore ometta di consegnare la *res* al creditore, ben potendo tale condotta impedire al creditore di richiedere l'assegnazione. È stato così ritenuto che, a prescindere dalla consegna, la comunicazione con cui si comunica il valore del bene determini comunque il trasferimento della proprietà, attribuendo al creditore la facoltà di esercitare le azioni possessorie e facendo gravare sul debitore le obbligazioni tipiche

⁶⁵ E. GABRIELLI, *sub art. 2784*, op. cit., p. 86 parla di principio di immutabilità dell'originario valore del bene oggetto del vincolo rispetto alle sue successive sostituzioni, cui si rinvia anche per i riferimenti giurisprudenziali. In termini simili, anche G. GORLA-P. ZANELLI, *Del pegno. Delle ipoteche*, op. cit., p. 35; D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, op. cit., p. 206; M. RESCIGNO, *Le garanzie "rotative" convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, 29. La tesi si colloca nel contesto di un ampio dibattito sull'esecuzione del patto di rotatività, dovendosi interrogare se l'esercizio della surrogazione consensuale dia vita a un'operazione economica unitaria o, al contrario, richieda un nuovo atto. Per E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, Padova, 1990, p. 248 il pegno rotativo è un'operazione economica unitaria, con la conseguenza che le diverse sostituzioni non rappresentano atti novativi dell'obbligazione originaria. Secondo F. GAZZONI, *Qualche dubbio sul pegno rotativo (in attesa di spiegazioni...)*, op. cit., p. 1468, poi ripreso anche da M. MERLINO, *Sisifo, Zeus e la rotatività del pegno: riflessioni su Corte di Cassazione, III sezione civile, 26 gennaio 2010, n. 1526*, op. cit., p. 168, la surrogazione reale non potrebbe rappresentare una regola generale e la garanzia rotativa deve essere scomposta in due momenti funzionalmente differenti, per cui i successivi atti di sostituzione rappresenterebbero altrettanti momenti di costituzione di diritti reali di pegno su ciascuno dei beni sostituiti. Per quanto tale ultima tesi meglio tuteli il ceto creditore ed eviti atti che potrebbero andare a loro pregiudizio, in ultima analisi finisce per svuotare di significato la prelazione che l'art. 2787 c.c. riconosce al creditore titolare di pegno. Probabilmente per questo motivo, la giurisprudenza era maggiormente orientata verso una lettura del fenomeno in termini unitari, per quanto tutte le pronunce contengano nel loro apparato motivazionale alcune incoerenze che continuano ad alimentare il contrasto (Cass., 22 dicembre 2015, n. 25796; Cass., 1 luglio 2015, n. 1350; Cass., 1 ottobre 2012, n. 16666; Cass., 29 dicembre 2011, n. 30055; Cass., 11 novembre 2003, n. 16914). Il dibattito sembra oggi risolto dal d.l. 59/2016, laddove espressamente esclude che la surrogazione materiale non comporti la costituzione di una nuova garanzia, così chiudendo le porte a novazioni dell'obbligazione originaria (art. 1, II co.). Analogamente, il D.M. 23 luglio 2020, colmando un silenzio del d.l. 18/2020, chiarisce che la sostituzione avviene senza la necessità di ulteriori stipulazioni. Per un approccio comparatistico al tema del prolungamento e dell'estensione della garanzia, cfr. E. GABRIELLI, *Pegno "non possessorio" e teoria delle garanzie mobiliari*, op. cit., p. 258. In argomento, v. anche R. FRANCO, *Pegno "non possessorio" e "rotativo" tra attività di impresa e settore agricolo: costituzione ed effetti*, op. cit., p. 372, che ricostruisce le linee del dibattito.

⁶⁶ Lungo questo orizzonte si muove F. PRETE, *Il finanziamento del settore agricolo e le opportunità del "nuovo" pegno mobiliare non possessorio*, op. cit., p. 169 la quale si sofferma sulle criticità del principio dell'identico valore del bene sostituito nel settore agroalimentare.

⁶⁷ Così M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, op. cit., p. 717, fermo restando che le parti potrebbero comunque conservare la garanzia ai valori originari o, alternativamente, rapportarla al valore dei beni sostituiti, così G.B. BARILLÀ, *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, in *Giur. comm.*, 2017, p. 590. Semmai, si potrebbe porre un problema di adeguata informazione del ceto creditore, che potrebbe essere trasmessa attraverso l'annotazione nei pubblici registri, i quali, però, dovrebbero essere resi facilmente accessibili.

⁶⁸ Sollevano il problema A. CHIANALE, *Le garanzie reali*, op. cit., p. 538; R. FRANCO, *Pegno "non possessorio" e "rotativo" tra attività di impresa e settore agricolo: costituzione ed effetti*, op. cit., p. 392.

del custode (1177 c.c.), scaricando la responsabilità da perimento su quest'ultimo⁶⁹. La suggerita soluzione assume così rilievo in tutte quelle ipotesi ove, per valorizzare il potenziale economico del bene, non sia suggeribile procedere alla consegna ma pare maggiormente conveniente che la *res* rimanga nella disponibilità dell'imprenditore agricolo per concludere i processi di lavorazione, fermo restando che il tema dovrà essere sempre adeguatamente regolato dal contratto di pegno, unitamente al profilo del passaggio del rischio. Analogamente, sempre con riferimento a quei casi in cui non avverrà la consegna, l'accordo dovrà anche disciplinare le procedure per far stimare il bene.

In sintesi, nell'esercitare l'autonomia negoziale, non basterà che le parti introducano un generico riferimento all'assegnazione, altrimenti sarebbe già sufficiente la disciplina codicistica, che consente l'applicazione del rimedio a prescindere da un accordo preventivo; ma, proprio allo scopo di valorizzare al massimo il potenziale economico delle produzioni DOP e IGP, dovranno essere pattuite regole chiare e precise che definiscano il procedimento per il passaggio della proprietà e le obbligazioni di custodia gravanti sul debitore, per scongiurare il più possibile che quella produzione fuoriesca dal contesto della filiera. D'altra parte, tanto il creditore quanto il debitore avranno interesse a negoziare questo aspetto. Infatti, se il prodotto rispetterà le caratteristiche imposte da tali relazioni contrattuali e dal disciplinare, non dovrebbe essere difficile per il creditore assegnatario trovare un acquirente. In tal senso, sarà necessario un ruolo attivo del debitore, che lui stesso intende garantire dal momento che è proprio nelle relazioni di filiera che trova la sua fonte di guadagno costante e che non ha interesse a compromettere per il futuro a cagione di una singola vicenda.

A differenza dell'art. 120 *quinquiesdecies* TUB⁷⁰, la disciplina dettata per l'assegnazione non

⁶⁹ Così A. CHIANALE, *Le garanzie reali*, op. cit., p. 539. Per quanto la tesi abbia una coerenza sul piano sistematico, resta il dubbio su come sarà gestito il rischio di perimento. Pur essendo configurabile un'obbligazione risarcitoria in capo al custode, il debitore-custode difficilmente sarà in grado di adempiere, altrimenti avrebbe onorato il proprio debito originario.

⁷⁰ L'art. 120 *quinquiesdecies* TUB dà attuazione alla Direttiva (UE) 2014/17 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 febbraio 2014, in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali e recante modifica delle direttive 2008/48/CE e 2013/36/UE e del regolamento (UE) n. 1093/2010, meglio nota anche come Direttiva MCD (*Mortgage Credit Directive*). Nell'ambito dei mutui immobiliari contratti da un consumatore, la novità della norma risiede nella possibilità riconosciuta ai contraenti di poter convenire, in caso di inadempimento del mutuatario, che la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene possa comportare

prevede espressamente l'esdebitazione. Il tema è stato oggetto di dibattito in altri settori⁷¹ e da alcuni è stata suggerita un'estensione per analogia⁷². Anche senza dover ricorrere all'analogia, se davvero l'interesse delle parti fosse quello di convenire l'esdebitazione, l'effetto potrebbe essere raggiunto ancora una volta grazie alla loro autonomia negoziale. Nonostante un'originaria reticenza giurisprudenziale che vedeva in tale accordo una forma di patto commissorio vietato dall'art. 2744 c.c., gli orientamenti più recenti hanno ritenuto valido ed efficace il trasferimento con efficacia solutoria, purché il bene sia stimato al momento dell'inadempimento, la stima sia fatta da un terzo e il residuo sia restituito al debitore⁷³: tutti elementi

l'estinzione del debito, fermo restando il diritto del consumatore all'eccedenza. Il valore della garanzia sarà stimato con una perizia successiva all'inadempimento, da parte di un soggetto scelto dalle parti di comune accordo.

⁷¹ Sulla possibilità di estendere l'esdebitazione di cui all'art. 120 *quinquiesdecies* anche alla previsione marciiana di cui all'art. 48 bis TUB, v. R. FRANCO, *Pegno "non possessorio" e "rotativo" tra attività di impresa e settore agricolo: costituzione ed effetti*, op. cit., 392 anche per la ricostruzione delle differenti posizioni.

⁷² A. CHIANALE, *Le garanzie reali*, op. cit., p. 538

⁷³ Così Cass., 9 maggio 2013, n. 10986, poi ripresa più ampiamente anche da Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625. In estrema sintesi, sebbene l'art. 2744 c.c. sia una norma posta a protezione della libertà morale basata su una presunzione di coercizione del debitore che, pur di ottenere un finanziamento, sarebbe disponibile ad alienare un bene di sua proprietà con efficacia solutoria, con il conseguente rischio di rendere atipico il sistema di garanzie reali, la più recente giurisprudenza ritiene che tale presunzione sia relativa e possa essere superata da una pattuizione che dia prova di un equilibrio negoziale tra debito e garanzia. In tal senso, la menzionata Cass. 1625/2015 afferma che "le parti, con apposita clausola (cd. patto marciiano), abbiano preventivamente convenuto che al termine del rapporto - effettuata la stima del bene con tempi certi e modalità definite, tali da assicurare una valutazione imparziale ancorata a parametri oggettivi ed autonomi ad opera di un terzo - il creditore debba, per acquisire il bene, pagare l'importo eccedente l'entità del suo credito, si da ristabilire l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni e da evitare che il debitore subisca una lesione dal trasferimento del bene in garanzia. Resta peraltro ammissibile la previsione di differenti modalità di stima del bene, per come emerse nella pratica degli affari, purché dalla struttura del patto marciiano in ogni caso risulti, anticipatamente, che il debitore perderà la proprietà del bene ad un giusto prezzo, determinato al momento dell'inadempimento, con restituzione della differenza rispetto al maggior valore, mentre non costituisce requisito necessario che il trasferimento della proprietà sia subordinato al suddetto pagamento, potendosi articolare la clausola marciiana nel senso di ancorare il passaggio della proprietà sia al solo inadempimento, sia alla corresponsione della differenza di valore". In dottrina, *ex multis*, cfr. il volume di G. D'AMICO - S. PAGLIANTINI - F. PIRAINO - T. RUMI, *I nuovi patti marciiani*, Torino, 2017 ed ivi in particolare i saggi di G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciiano* (p. 1) e S. PAGLIANTINI, *Sull'art. 48-bis T.U.B.: il "pasticcio" di un marciiano bancario quale meccanismo surrogatorio di un mancato adempimento* (p. 42); A. LUMINOSO, *Patto marciiano e sottotipi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 1398; A.A. DOLMETTA, *Alla ricerca del marciiano*



che il legislatore espressamente menziona tra i requisiti essenziali per convenire l'assegnazione ex d.lg. 59/2016.

Certo è che, qualora il creditore optasse per tale soluzione, dovrà tenere in considerazione che, a seguito delle diverse sostituzioni che si potrebbero verificare in corso di rapporto, il bene consegnato potrebbe non essere idoneo a soddisfare l'importo massimo garantito. Per converso, qualora il bene assegnato avesse un valore superiore rispetto all'importo massimo garantito, il creditore dovrà comunque restituire al debitore il residuo. Tale circostanza potrebbe avvenire con una certa frequenza nel settore agroalimentare, ad esempio in quello vitivinicolo dove il prezzo di una bottiglia tra un'annata e l'altra potrebbe subire differenti fluttuazioni. Pertanto, se davvero l'interesse delle parti fosse quello di estinguere l'obbligazione, nulla esclude che, al momento dell'inadempimento, queste possano sottoscrivere un accordo di *datio in solutum* (1197 c.c.)⁷⁴, che il nostro ordinamento ritiene perfettamente legittimo e conforme, impregiudicata in ogni caso la possibilità per il ceto creditorio di agire in revocatoria qualora ne ricorrano i presupposti.

5. (segue). L'applicabilità delle leggi speciali in mancanza di espressa dichiarazione delle parti.

Un ulteriore interrogativo da affrontare è verificare se le menzionate discipline, anche a prescindere da un richiamo espresso da parte dei contraenti, possano essere annoverate tra le normative applicabili al pegno rotativo in agricoltura. A meglio vedere, il tema non si pone per l'assegnazione, che lo stesso d.l. 59/2016 espressamente subordina a un atto di autonomia negoziale, ma che rimane comunque esperibile nelle forme di cui all'art. 2798 c.c., ferme le sollevate criticità. Il problema, semmai, si presenta riguardo alla vendita, tanto quella di cui al menzionato d.l. 59/2016 quanto quella di cui all'art. 1515 c.c.

Quest'ultima norma già trova un'applicazione al settore agricolo per effetto del rinvio fatto dall'art. 44 TUB in materia di privilegio riconosciuto al cre-

dito agrario⁷⁵. Secondo una certa dottrina, essa potrebbe essere estesa anche al pegno rotativo agricolo, proprio perché, a causa della natura intrinsecamente deperibile del bene sottoposto a garanzia, l'eventuale opposizione del debitore di cui all'art. 2797 c.c., che ha l'efficacia di sospendere la vendita, potrebbe impedire un'adeguata soddisfazione del creditore⁷⁶.

Più articolata, invece, è l'applicazione della vendita regolata dal d.l. 59/2016, non essendo tale disciplina espressamente pensata anche per il settore agricolo, per quanto in linea teorica applicabile. Anche in tal caso, però, la risposta parrebbe essere prudentemente positiva.

Infatti, possono accedere ai benefici del pegno non possessorio gli imprenditori iscritti nel registro delle imprese, ivi incluse le imprese agricole⁷⁷. Sotto il profilo oggettivo, la norma poi prevede che potranno essere oggetto di pegno i beni mobili "*destinati all'esercizio dell'impresa*", con tale espressione dovendosi intendere non solo gli attrezzi di lavoro ma anche quei beni che l'impresa realizza e che intende scambiare nel mercato. Tale interpretazione è l'unica che consente di dare una giustificazione a quelle previsioni per cui il pegno può riguardare be-

⁷⁵ L'art. 44 TUB non introduce una forma di pegno sui prodotti agricoli ma un privilegio connesso alla concessione del credito agrario, non circoscritto alla sola produzione primaria ma anche alle attività connesse. L'operazione avviene attraverso l'emissione della c.d. cambiale agraria, a tutti gli effetti equiparata alla cambiale ordinaria, che deve indicare lo scopo del finanziamento, le relative garanzie e il luogo dell'iniziativa finanziata (43 TUB). Il finanziamento è garantito attraverso un privilegio convenzionale sui beni mobili elencati al comma 1 dell'art. 46 TUB o un privilegio legale sui beni mobili elencati al comma 2 dell'art. 44. In assenza di formalità pubblicitarie, il privilegio legale è opponibile ai terzi che acquistino diritti sui beni vincolati, in conformità a quanto previsto dall'art. 2747, II co., c.c. Per ulteriori approfondimenti su tale disciplina, A. CHIANALE, *Le garanzie reali*, op. cit., p. 499; S. LANDINI, *Tensioni e innovazioni nel credito agricolo*, in *Dir. agroalim.*, 2017, p. 505; F. PRETE, *I prodotti agricoli tra tutela privilegiata del credito agrario e tutela degli interessi del sistema agroalimentare*, in *Riv. dir. agr.*, 2016, I, p. 79 ss.; G. MERUZZI, *Il privilegio speciale agrario e la cambiale agraria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, p. 311.

⁷⁶ Così argomenta A. CHIANALE, *Conversione del d.l. Cura Italia: il nuovo pegno non possessorio agricolo*, op. cit.; contra T. RUMI, *Il pegno rotativo "agricolo" nel decreto Cura Italia*, cit., p. 685.

⁷⁷ Per intendersi, quei soggetti iscritti al registro di cui all'art. 2188 c.c. Sebbene in origine l'imprenditore agricolo non era obbligato, oggi dovrà iscriversi in un'apposita sezione speciale. Ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. 228/2001, tale iscrizione, oltre alla funzione di certificazione anagrafica e quella richiesta dalle leggi speciali, produce l'effetto dell'opponibilità a terzi per i fatti ivi menzionati (art. 2193 c.c.). In argomento cfr., *ex multis*, M. TAMPONI, *Impresa agricola e registro delle imprese alla luce del d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228*, in *Dir. giur. agr. amb.*, 2001, p. 523; S. BOLOGNINI, *La "specialità" dell'impresa agricola nel registro delle imprese fra Codice civile e legislazione di settore*, in *Riv. dir. agr.*, 2019, I, p. 279.

utile, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 811; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000. Contra G.F. MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 29, il quale dubita anche della legittimità del patto marciano.

⁷⁴ Su cui v. A. LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 29.



ni presenti o futuri, determinati o determinabili, acconsentendo che essi possano essere trasformati o alienati. In tale categoria sono dunque comprese anche le produzioni DOP e IGP. Alcuni hanno così ritenuto che, al di là di uno specifico richiamo da parte del decreto Cura Italia, il d.l. 59/2016 possa essere comunque applicabile anche al settore agricolo perché le due discipline si porrebbero tra loro in un rapporto di *genus-species*, tale da non richiedere un rinvio specifico⁷⁸.

D'altra parte, tale rapporto potrebbe anche essere negato, argomentando intorno al fatto che il d.l. 59/2016 si riferisce al "pegno non possessorio" mentre il Decreto Cura Italia di "pegno rotativo", nozioni tra loro differenti. Ciononostante, il collegamento tra le due discipline potrebbe rilevare ai sensi dell'art. 12 delle preleggi. La similarità del caso o la materia analoga sarebbe legata al fatto che, salvo diverso accordo tra le parti, il pegno non possessorio è anche rotativo e il pegno rotativo agricolo ha una immanente natura non possessoria.

Dunque, se possono trovare applicazione tanto l'art. 1515 c.c. quanto il d.l. 59/2016, oltre naturalmente alla vendita e all'assegnazione codicistica⁷⁹, nel silenzio delle parti si pone il problema di determinare quale rimedio il creditore potrà esperire in caso di inadempimento. Vale così ricordare come sia ormai sostanzialmente radicato in giurisprudenza il principio del cumulo e del concorso di rimedi per cui, in nome del principio di effettività della tutela, spetterà al titolare dell'interesse protetto lesso individuare l'azione che sarà per lui maggiormente confacente⁸⁰.

6. La tutela del debitore durante l'escussione.

⁷⁸ In tal senso, T. RUMI, *Il pegno rotativo "agricolo" nel decreto Cura Italia*, cit., p. 677.

⁷⁹ Non, invece, l'assegnazione ex d.lg. 59/2016 che, come detto, richiede un'espressa pattuizione delle parti.

⁸⁰ Il tema evoca il principio di effettività della tutela per cui, una volta selezionato l'interesse giuridico da proteggere, spetta al creditore individuare, nell'ambito di una eterogeneità di rimedi, quale sia quello che meglio lo possa realizzare. Tra i vari Autori che si sono interessati all'argomento v. almeno G. VETTORI, *Effettività delle tutele - diritto civile* (voce), in *Enc. dir.*, Ann. X, Milano, 2017, p. 381; A. DI MAJO, *Linguaggio dei rimedi e tipologia dei danni*, p. 67 (nonché ID., *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 301; S. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 1033; Y. ADAR – P. SIRENA, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 359; G. SMORTO, *Sul significato di 'rimedi'*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 159. Per una visione critica L. NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 583.

Finora, ci si è concentrati sui rimedi a disposizione del creditore per escutere la garanzia e soddisfare la propria pretesa. Adesso, è opportuno soffermarsi un momento anche sul ruolo che ha il debitore in tali procedure che, sebbene inadempiente, rappresenta la parte passiva del rapporto obbligatorio ed è comunque titolare di diritti che dovranno essere garantiti.

Già si è detto che la normativa in materia di pegno probabilmente pecca per eccesso, nella misura in cui l'opposizione del debitore paralizza *ipso iure* il procedimento di vendita. Per converso, l'art. 1515 c.c. pecca per difetto, nella misura in cui obbliga il creditore solo a informare il debitore della vendita, senza riconoscere a questi ulteriori protezioni.

A fronte del silenzio del d.l. 18/2020, il d.l. 59/2016 sceglie di proteggere il debitore con tutele più ampie. In primo luogo, l'intimazione inviata dal creditore ha anche la funzione di contestare al debitore l'inadempimento e informarlo sull'intenzione di procedere all'escussione del pegno. Sulla base di tale intimazione, il debitore potrà replicare alla richiesta, proporre opposizione nei successivi cinque giorni o potrà adempiere entro i successivi quindici giorni o, comunque, prima dell'inizio dell'escussione. L'opposizione, vale ribadirlo, non sospende l'esecuzione ma sarà necessario verificare la sussistenza dei gravi motivi⁸¹.

Parallelamente all'opposizione, il giudice riconosce al debitore la facoltà di agire in giudizio per richiedere al creditore procedente il risarcimento del danno, qualora la vendita sia avvenuta in violazione dei criteri normativi e il prezzo applicato non corrisponda ai valori di mercato⁸². Il legislatore subordina la domanda di risarcimento del danno a un termine decadenziale di tre mesi, che però decorre non dal momento in cui il danno si è verificato e/o manifestato ma da quando il creditore riceve l'intimazione di pagamento da parte del creditore, dunque quando la condotta causativa del danno non si è ancora manifestata.

Per correggere l'imprecisione, potrà comunque soccorrere in intervento l'autonomia privata. Infatti, ritenendo il termine trimestrale di decadenza e non di prescrizione⁸³, questo ben potrà essere derogato

⁸¹ Da sottolineare così che il legislatore non ha previsto il *fumus boni iuris* tra i requisiti che dovrà verificare il giudice per sospendere l'escussione.

⁸² Precisa M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, op. cit., p. 728 che l'azione riguarda la fattispecie in cui siano in discussione le modalità di escussione; per converso, laddove il *thema decidendum* conerna l'an (l'inadempimento), troveranno applicazioni le più generali regole codicistiche.

⁸³ Ad oggi, non sono ancora stati elaborati criteri certi e univoci per distinguere i due istituti tra loro. Mentre la prescrizione ha la finalità di garantire certezza ai rapporti giuridici, le decaden-





dalle parti al momento della sottoscrizione del contratto di pegno, eventualmente anche prevedendo un *dies a quo* differente⁸⁴.

Nel precisare che la condanna al risarcimento del danno non priverà di validità il trasferimento o l'escussione della garanzia a favore del terzo, la dottrina ha concluso per un'efficacia meramente obbligatoria del rimedio, interrogandosi sulla natura di tale responsabilità⁸⁵.

A ben vedere, pare difficile ritenere che si possano invocare le regole aquiliane. Infatti, anche a voler revocare in dubbio una responsabilità strettamente contrattuale, non è da escludersi che, anche qualora la fonte dell'obbligazione possa essere individuata in quegli altri atti o fatti previsti dall'ordinamento idonei a produrla in conformità dell'ordinamento giuridico (1173 c.c.), potrebbe trovare applicazione la figura giurisprudenziale della responsabilità da contatto sociale e la conseguente applicabilità della disciplina contrattuale. Il debitore ripone un legittimo affidamento sul corretto adempimento della prestazione da parte del creditore, determinato dal fatto che questi svolge una professione qualificata, nella maggior parte dei casi un istituto di credito che ha avuto uno specifico riconoscimento e autorizzazione da parte del nostro ordinamento⁸⁶.

ze sono stabilite per attivare una procedura (MODICA, *Teoria della decadenza nel diritto civile*, vol. I, Torino, 1906, p. 207). Il medesimo criterio teleologico sostanziale è stato utilizzato da altri Autori i quali fondano la prescrizione nella negligenza del titolare del diritto e la decadenza nel fatto obiettivo della mancata tempestiva attività (N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, 1924, p. 478). Altri hanno letto nella decadenza l'opportunità di dissipare al più presto uno stato di ambiguità, senza aver riguardo alle condizioni oggettive del titolare della facoltà di agire (P. SARACENO, *Della decadenza*, in M. D'Amelio (a cura di), *Commentario al Codice civile, VI, Tutela dei diritti*, Firenze, 1943, p. 1007). Secondo altri ancora, invece, la prescrizione è a protezione di un interesse generale, la decadenza può essere anche stabilita a tutela dell'interesse di un individuo (F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, p. 121). Per ulteriori riferimenti, cfr. F. ROSELLI-P. VITUCCI, *La prescrizione e la decadenza*, in P. Rescigno (a cura di), *Trattato di Diritto Privato*, Torino, 1998, p. 480.

⁸⁴ Sebbene sia nullo ogni patto diretto a modificare la disciplina legale della prescrizione (art. 2936 c.c.), analoga previsione non è prevista per la decadenza.

⁸⁵ Questo l'interrogativo di A. CHIANALE, *Le garanzie reali*, op. cit., p. 540

⁸⁶ Nella responsabilità da contatto sociale l'obbligazione non nasce dal contratto ma dal contatto, vale a dire da una situazione di fatto dove il creditore ripone un legittimo affidamento sul debitore, dovuto alla circostanza che quest'ultimo svolge una professione qualificata, per cui ha ricevuto una specifica abilitazione da parte dell'ordinamento giuridico. Nel sistema delle fonti, tale situazione va annoverata tra quei fatti idonei a produrre obbligazioni in conformità all'ordinamento giuridico (art. 1173, n. 3), cui si applicheranno le regole contrattuali. Sulle origini e la ricostruzione della figura della responsabilità da

Alla luce delle considerazioni che precedono, l'unica utilità che potrebbe trarne il debitore dal proporre una domanda in termini aquiliani potrebbe essere rinvenuto nella facoltà di invocare l'art. 2058 c.c. sull'esecuzione in forma specifica, rimedio che tuttavia sarebbe eccessivamente oneroso, se non impossibile da esperire per la natura deperibile e, spesse volte, infungibile del bene il quale, in ultima analisi, porterebbe a revocare in dubbio l'efficacia obbligatoria del rimedio⁸⁷.

7. Rapporto con le altre procedure esecutive e gli altri creditori. Cenni.

Pare infine opportuno un cenno sul rapporto tra le diverse forme di escussione appena descritte e le altre procedure eventualmente attuate nei confronti del debitore. Il tema non è preso in considerazione dal decreto Cura-Italia ma la lacuna potrebbe essere colmata ricorrendo al d.l. 59/2016, accettato che al pegno rotativo agricolo possa essere applicata tale disciplina⁸⁸.

In linea di principio, tutti i beni aziendali dell'imprenditore agricolo potranno essere aggrediti nell'ambito delle regole dettate dal Codice di procedura civile; il ricavato sarà poi ripartito secondo l'ordine dei privilegi. Certo è, come già si è ricordato, che gli ordinari processi esecutivi realizzano ormai vendite a un prezzo di gran lunga inferiore rispetto a quello di mercato, oltretutto in tempi eccessivamente lunghi. Tale circostanza pare così incompatibile quando oggetto di esecuzione sono prodotti agricoli, a prescindere che si tratti di DOP o IGP.

Pertanto, l'unico modo per garantire al creditore una soddisfazione più rapida del suo diritto è di-

contatto sociale, cfr. su tutti G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, op. cit., p. 955 e la bibliografia ivi citata.

⁸⁷ Non si capisce come il creditore potrebbe restituire al debitore una produzione DOP o IGP analoga a quella che, in sede di escussione della garanzia, ha ceduto a un terzo, il cui acquisto è fatto salvo. Secondo A. CHIANALE, *Le garanzie reali*, op. cit., p. 540, ai sensi dell'art. 2058 c.c., "il creditore dovrebbe reintegrare il pegno restituendo il bene, se di esso egli se ne è appropriato, oppure fornendo al costituente beni equivalenti a quello illegittimamente alienato". L'affermazione apre un problema più ampio, quello che il risarcimento in forma specifica, *rectius* il diritto all'adempimento contrattuale, che non trova una adeguata garanzia nel nostro ordinamento, a differenza di quello che avviene nel settore europeo. In argomento, cfr. M. STURNER, *Il diritto all'esatto adempimento nel diritto privato europeo*, in *Persona e Mercato*, 2010, p. 261.

⁸⁸ Il tema è affrontato da M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. "Pegno", ma non troppo*, op. cit., p. 720 e, con specifico riferimento al settore agroalimentare, da F. PRETE, *Il finanziamento del settore agricolo e le opportunità del "nuovo" pegno mobiliare non possessorio*, op. cit., p. 172 ss., ai quali si rinvia per ogni ulteriore approfondimento sul tema del concorso tra creditori.

sporre di un credito che sia assistito dal privilegio ex art. 44 TUB, che rinvia alla c.d. vendita in danno ex art. 1515 c.c., o sia garantito attraverso il pegno, sia esso quello di cui al d.l. 59/2016 o quello di cui al d.l. 18/2020, limitatamente alle DOP o alle IGP.

Si pone così un problema di concorso tra privilegio ex art. 44 TUB e pegno. Poiché in entrambe le fattispecie la prelazione è garantita attraverso l'annotazione in specifici registri⁸⁹, prevarrà quel creditore che ha per primo reso opponibile a terzi la propria causa di prelazione, in conformità al noto brocardo *prior in tempore, potior in iure*.

In termini più generali, il d.l. 59/2016 dispone che le previsioni ivi dettate prevalgano sulle procedure di esecuzione forzata eventualmente già in atto, purchè la garanzia sia iscritta anteriormente e previa presentazione di apposita istanza al giudice dell'esecuzione da parte del creditore pignoratizio. La prova dell'iscrizione anteriore è strumentale a verificare il grado di prelazione in rapporto agli altri creditori. L'istanza dovrà contenere la richiesta di escutere il pegno sottoposto a esecuzione forzata per espropriazione, fermo l'obbligo di corrispondere a favore della procedura l'eventuale eccedenza. Analogo diritto è previsto anche in caso di fallimento, dietro naturalmente presentazione di apposita istanza di insinuazione al passivo.

8. Riflessioni conclusive.

Il nuovo pegno rotativo agricolo rappresenta un'indubbia novità nel settore della concessione del credito. Soprattutto nel settore della viticoltura di eccellenza, molte aziende vi stanno già facendo ricorso, mettendo a garanzia il vino sfuso e prevedendo la possibilità di sostituirlo con la produzione derivante dalla vendemmia delle annate successive. In caso di inadempimento, il pegno potrà essere poi trasferito sulle produzioni già concluse, così da spostare la prelazione su queste ultime e sottoporre queste a escussione. Tuttavia, qualora ciò non fosse possibile, proprio perché nell'ambito di una contrattazione di filiera il debitore potrebbe interessarsi solo a una singola fase produttiva, essendo le altre svolte dai successivi operatori, la soddisfazione del creditore potrebbe non essere così immediata ed en-

⁸⁹ Ai sensi dell'art. 46 TUB, "*l'opponibilità a terzi del privilegio sui beni è subordinata alla trascrizione, nel registro indicato nell'art. 1524, secondo comma, del codice civile, dell'atto dal quale il privilegio risulta. La trascrizione deve effettuarsi presso i competenti uffici del luogo ove ha sede o risiede il soggetto che ha concesso il privilegio*". Ai sensi dell'art. 1, IV co., d.l. 59/2016, "*il pegno non possessorio ha effetto verso i terzi esclusivamente con la iscrizione in un registro informatizzato costituito presso l'Agenzia delle entrate e denominato registro dei pegni non possessori*".

trebbe in conflitto con l'esigenza di proteggere la qualità che esprime una DOP o una IGP, cui lo stesso imprenditore agricolo contribuisce in maniera rilevante.

Se la novella avrà la forza di offrire un nuovo stimolo al vigente sistema di accesso al credito, essa potrà essere letta con sicuro favore. I successi momentanei dell'istituto potrebbero però essere destinati a perdere di consistenza nel lungo termine laddove, in caso di inadempimento, gli istituti di credito incontreranno difficoltà a escutere la garanzia o, viceversa, saranno introdotti in via negoziale procedimenti di escussione eccessivamente pregiudizievole per il debitore. Tale ultimo rischio, peraltro, non rappresenta neppure una remota eventualità, proprio perché l'essenzialità della novella, unitamente alla peculiarità del bene dato in garanzia, postulano un ampio ricorso all'autonomia privata per dare una risposta a tutti quei problemi che il legislatore non ha compiutamente disciplinato, cui si è provato a proporre soluzioni in via interpretativa.

In ogni caso, entrambi i descritti eventi rappresentano derive dell'istituto non accettabili perché, in ultima analisi, a pagarne il prezzo sarebbe sempre l'imprenditore agricolo. Da un lato, se il rimedio non garantisce adeguatamente il creditore, il rischio è assistere a un'ulteriore contrazione dei sistemi di accesso al credito, precludendo alle imprese determinati investimenti. Dall'altro lato, se il rimedio fosse troppo efficiente dal lato del creditore, potrebbe annidarsi il rischio di depauperare l'impresa agricola, comprometterne la sopravvivenza, pregiudicare investimenti a lungo termine.

Non ci si può esimere dal rilevare come il legislatore abbia dedicato una disciplina molto scarna all'istituto e il rinvio al codice civile non possa ritenersi esaustivo, non fosse altro per la radicale diversità del pegno rotativo non possessorio rispetto a quello ordinario. Pertanto, se il Codice civile definisce il pegno attraverso la sua funzione⁹⁰, cioè garantire un determinato credito, laddove questa non venga esercitata con scelte che contemplino un effettivo equilibrio degli interessi in gioco, l'iniziale successo della garanzia rischia di poter essere compromesso.

L'aspettativa riposta era quella di una maggiore attenzione nel regolare le modalità di escussione, essendo questo il banco di prova dove misurare l'effettività dello strumento. Invece, la novella ha una portata maggiormente descrittiva, anziché regolatoria, che correttamente si concentra sulle modalità di costituzione della garanzia, tralasciando però l'eventuale fase patologica del rapporto. D'altra parte, l'estensione analogica del d.l. 59/2016 non

⁹⁰ Così E. GABRIELLI, *sub art. 2784*, op. cit., p. 4



consente di risolvere tutte le problematiche. Le omissioni del legislatore dovranno così essere colmate dai contraenti e dalle competenze dei loro consulenti. L'autonomia negoziale è uno strumento dalle sconfinata potenzialità, che dovrà essere sapientemente utilizzato e orientato. Proprio perché l'impresa agricola continuerà a essere la parte debole del rapporto, non si può così escludere a priori che il contratto contenga pattuizioni alteranti il sinallagma negoziale a favore dell'istituto di credito e che l'imprenditore agricolo si troverà costretto a dover accettare per beneficiare del finanziamento. Per quanto l'intero diritto agrario si caratterizzi per una normativa di carattere promozionale a favore dell'impresa agricola⁹¹, in questo settore l'intervento del legislatore sembra parziale e mancano gli strumenti per risolvere potenziali squilibri. Se la normativa in commento ha il pregio di riaprire il dialogo tra banche e istituti di credito, sembra che sia necessario un ulteriore sforzo per garantire che questo dialogo continui a rimanere aperto anche in futuro.

⁹¹ E. ROMAGNOLI, *Impresa agricola (voce)*, op. cit., pp. 76 ss.



OLTRE LA NULLITÀ (PARZIALE) DI PROTEZIONE DEL CONTRATTO B2C: INTEGRAZIONE E RESTITUZIONI NELLA PROSPETTIVA DI UNA TUTELA UTILE PER IL CONTRAENTE DEBOLE

| 608

Di Stefano Gatti

SOMMARIO: 1. *Le sorti del rapporto contrattuale dopo la nullità: un problema di coerenza con le finalità protettive.* – 2. *Lo statuto europeo dell'integrazione del contratto del consumatore, in particolare nei casi di abusività di una clausola essenziale.* – 3. *Il ruolo di “regista” del giudice nell'integrazione del contratto: residua uno spazio per un suo intervento diretto?* – 4. *L'integrazione tramite il diritto dispositivo che rinvia la determinazione del prezzo al giudice.* – 5. *Questioni preliminari sulla possibile integrazione del contratto del consumatore con prezzi abusivi.* – 6. *(segue). L'applicabilità dell'art. 1474 c.c. in funzione integrativa di lacune conseguenti alla vessatorietà della clausola sul prezzo.* – 7. *L'applicabilità altresì dell'art. 1657 c.c. nonostante il richiamo agli usi e all'intervento giudiziale.* – 8. *La prospettiva (talora inevitabile) della caducazione del contratto.* – 9. *Considerazioni conclusive.*

ABSTRACT. *Il contributo approfondisce alcuni quesiti aperti relativi alla fase della c.d. post-vessatorietà, espressione che sintetizza il problema delle sorti del rapporto contrattuale tra consumatore e professionista per effetto della nullità delle clausole abusive.*

Viene in primo luogo esaminato il ruolo del giudice in questa fase, in particolare nelle ipotesi in cui la sopravvivenza del contratto richieda un'integrazione e muovendo dalla chiusura della giurisprudenza europea nei confronti di una revisione giudiziale delle clausole contrattuali. L'indagine si concentra dunque sulla questione se, per effetto di questa interpretazione restrittiva, risulti altresì precluso il ricorso a quelle disposizioni, contenute nella disciplina di taluni contratti tipici, che individuano criteri suppletivi la cui concretizzazione richiede un passaggio giudiziale (ad es., gli artt. 1474 e 1657 c.c.).

Di fronte alla prospettiva dell'assenza di una disposizione utile ad integrare la lacuna sopravvenuta, la riflessione prende infine in considerazione la disciplina delle restituzioni, per domandarsi se gli strumenti del diritto civile generale consentano di mitigare le “conseguenze particolarmente pregiudizievoli” che il consumatore subisce per effetto della caducazione del contratto.

The essay addresses some open questions regarding the so-called “post-vessatorietà” stage of a B2C contractual relationship (i.e., the consequences arising from the voidness of unfair terms contained in a contract between a seller or supplier and a consumer).

The paper outlines the role of national courts in this stage, focusing on the cases in which a supplementation is necessary to allow the contract to survive and highlighting that, according to the ECJ, the contract cannot be supplemented through a judicial review of the unfair terms. It is unclear and therefore needs to be investigated, whether the ECJ ruling also precludes Italian courts from applying special supplementary provisions laid down for specific contracts, which essentially require a court intervention to specify their content (e.g., art. 1474 e 1657 c.c.).

Given that national law may lack supplementary provisions that can replace the unfair term, restitutionary remedies must as well be examined in depth, in order to understand whether the general civil law rules succeed to protect the consumer from the “particularly unfavorable consequences” which could result from the declaration that the contract is void.



1. Le sorti del rapporto contrattuale dopo la nullità: un problema di coerenza con le finalità protettive.

L'impiego sempre più massiccio della nullità come strumento di protezione del contraente debole e di presidio per un efficiente funzionamento del mercato ha ben presto catalizzato l'attenzione degli interpreti sulle possibili contraddizioni tra lo statuto codicistico generale di questa forma di invalidità (artt. 1418 ss. c.c.) e le specifiche funzioni che le sono affidate in questo contesto. Non che la natura particolare degli interessi protetti dalle norme speciali risulti in contraddizione con la vocazione della nullità civilistica a tutelare un interesse generale: il punto è che tale interesse è soddisfatto nella misura in cui la categoria a cui beneficio il legislatore è intervenuto riceva un'effettiva protezione¹.

Di qui, si comprendono non solo le deviazioni espressamente previste da alcune di queste disposizioni, specialmente in punto di nullità parziale (che, in deroga all'art. 1419 cod. civ., diviene *necessariamente* parziale) e di legittimazione (relativa) all'azione di nullità², ma anche le riflessioni della dottrina tese ad estenderle – attraverso logiche alternative, quali l'analogia³ e la riduzione teleologica⁴ – anche dove il legislatore non abbia specificato alcunché in proposito.

Si iscrivono in questo solco altresì le frequenti precisazioni in cui ci si imbatte quando si studi il profilo della rilevanza d'ufficio della nullità⁵,

nonché il complesso dibattito sulla sanabilità della nullità di protezione⁶.

A valle delle questioni, qui solo enunciate, riguardanti il funzionamento dello strumento ideato dal legislatore, si stagliano ulteriori problemi, di non minore peso, che attengono al profilo della coerenza del risultato della sua applicazione rispetto alle finalità perseguite.

Tali problemi originano dai limiti intrinseci della nullità, che, in sé considerata, demolisce (senza ricostruire) la parte viziata del regolamento contrattuale. Le norme che la dispongono, infatti, si limitano alla *pars destruens*. Nella disciplina consumeristica dell'art. 6 dir. 93/13/CEE, come interpretato dalla Corte di Giustizia, la *pars construens* è anzi rifuggita come pericolosa: per un verso, la disposizione si affretta a precisare che il contratto depurato dalle clausole vessatorie rimane in piedi «sempre che possa sussistere senza» tali clausole⁷; per altro

doppia motivazione della Cassazione... a mo' di bussola per rivedere Itaca, in *Contratti*, 2015, 214 ss. In dottrina, per la valorizzazione del contegno processuale del consumatore adeguatamente informato, anche grazie al potere del giudice di sollecitare il contraddittorio, v. M. GIROLAMI, *op. cit.*, 719 e già G. BONFIGLIO, *La rilevanza d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 89 e S. MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevanza d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 688 ss.

⁶ Sul punto, esprimono posizioni favorevoli alla sanabilità della nullità di protezione, M. GIROLAMI, *op. cit.*, 720 ss. (ma non prima che «divenga attuale l'esercizio del diritto disciplinato dalla clausola o dal negozio nullo»); G. D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, 742. In senso contrario, v. però M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Rimedi-1*, a cura di A. Gentili, in *Trattato del contratto*, IV, diretto da V. Roppo, Milano, 2006, 138 s.; S. MONTICELLI, *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2018, 1049 ss. Per una reimpostazione del dibattito, che muove da una diversa lettura dell'art. 1423 c.c., secondo la quale dirimente sarebbe la verifica se l'interesse protetto dalla norma imperativa sia «soddisfatto o non pregiudicato da un'attività successiva» delle parti, G. PERLINGIERI, voce *Sanatoria*, in *Enc. dir., I Tematici*, cit., 1114 ss.

⁷ In passato, prima delle precisazioni della Corte di Giustizia a proposito dell'integrazione delle lacune conseguenti alla nullità di protezione (su cui, v. *infra*, nei paragrafi successivi), si era sottolineata la diversità di formulazione dell'art. 36 c. cons. (e già dell'art. 1469-*quinquies* c.c.) rispetto a quella dell'art. 6 dir. Il testo della disposizione italiana si limita a prevedere la nullità (prima inefficacia) necessariamente parziale, senza prendere in considerazione l'eventuale caducazione dell'intero contratto e anzi precisando che questo «rimane valido [prima efficace] per il resto». In ciò, una parte della dottrina aveva letto una scelta del legislatore interno in senso più favorevole al consumatore (ammissibile ai sensi dell'art. 8 dir.), nell'ottica di rendere del tutto residuale l'eventualità della nullità integrale: v. S. PAGLIANTINI, *Profili sull'integrazione del contratto abusivo parzialmente nullo*, in *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, a cura di S. Pagliantini e G. D'Amico, Torino, 2013, 146 ss.; cfr. pure U. MORELLO, *Clausole vessatorie, clausole*

¹ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 3^a ed., Milano, 2021, 579.

² Sui tratti caratterizzanti della nullità di protezione, v., per una sintesi recente ed esaustiva, M. GIROLAMI, voce *Nullità di protezione*, in *Enc. dir., I Tematici*, I, a cura di G. D'Amico, Milano, 2021, 712 ss.

³ V. G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, Milano, 1995, 43 s. e 235 ss.

⁴ A. D'ADDA, *La correzione del «contratto abusivo»: regole dispositive in funzione «conformativa» ovvero una nuova stagione per l'equità giudiziale?*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. Bellavista e A. Plaia, Milano, 2011, 373. Con riguardo all'art. 9, co. 3, l. n. 192/1998, v. V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese. Norma, sistema, tutele, prospettive*, Milano, 2020, 261 ss.; sull'art. 62 d.l. n. 1/2012 (e v. ora, in seguito all'abrogazione di tale articolo, la nullità testuale e necessariamente parziale *ex lege* di cui all'art. 1, co. 4, d.lgs. n. 198/2021), A. ALBANESE, *I contratti della filiera agroalimentare tra efficienza del mercato e giustizia dello scambio*, in *Ann. contr.*, 2015, 19.

⁵ Con riguardo alla nullità *ex art. 36 c. cons.*, la Corte di Giustizia ha infine chiarito che, in assenza di una volontà contraria del consumatore, il giudice è tenuto a dichiarare non vincolanti le clausole vessatorie (CGUE, 21 febbraio 2013, causa C-472/11, *Banif Plus Bank Zrt*); nella giurisprudenza italiana, v. Cass., sez. un., 2 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, in www.cortedicassazione.it e commentate, *ex multis*, da S. PAGLIANTINI, *Rilevanza officiosa e risolubilità degli effetti: la*



verso, è ricorrente, nelle motivazioni delle pronunce, l'affermazione secondo la quale la correzione giudiziale del contratto minerebbe l'efficacia deterrente della disciplina, ossia l'obiettivo di lungo termine di espungere dalla prassi di mercato le pattuizioni abusive (art. 7 dir.)⁸.

Almeno in apparenza, il meccanismo ablativo non incontra difficoltà quando la clausola riguarda il contenuto normativo del contratto⁹. Quando, però, ad essere abusiva è una clausola essenziale¹⁰, la sua eliminazione pone l'interprete di fronte ad un bivio: integrare (in positivo) il regolamento contrattuale, ricercando la fonte appropriata, oppure consegnarlo alla nullità integrale, risultato, questo, potenzialmente pregiudizievole per la parte protetta, la quale, proprio al contrario di ciò che voleva scongiurare la regola della nullità necessariamente parziale, *perde* il contratto e, dunque, il bene o il servizio acquistato ed è conseguentemente soggetta alle obbligazioni restitutorie.

Si può certamente affermare che, nella disciplina consumeristica, quello prospettato rappresenti un caso limite: come è noto, perché si possa sindacare una clausola che attiene all'equilibrio economico del contratto, occorre che questa sia intrasparente (art. 34, comma 2, c. cons., attuativo dell'art. 4, par. 2, dir.). In tale caso, poi, quando l'intrasparenza derivi da una ambiguità di fondo, il criterio interpreta-

abusiva: le linee di fondo di una nuova disciplina, in *Notariato*, 1996, 294.

⁸ V., tra le più recenti, *CGUE*, 18 novembre 2021, *causa C-212/20, A*; *CGUE*, 29 aprile 2021, *C-19/20, Bank BPH*; *CGUE*, 8 settembre 2022, *C-80,81,82/21, D.B.P. (Crédit hypothécaire libellé en devises étrangères)*.

⁹ La soluzione di mantenere il regolamento contrattuale così come risulta dall'epurazione della clausola abusiva risponde in realtà ad una scelta di politica del diritto, alternativa all'applicazione della norma del diritto dispositivo che si sarebbe applicata sin dal principio in assenza della pattuizione. Quest'ultima strada era stata peraltro individuata come preferibile dalla dottrina (ad es. F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti col consumatore*, in *Contr. impresa*, 2006, 707). Come osserva, A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Contr.*, 2013, spec. 27, la mera disapplicazione della clausola è pur sempre una forma di integrazione, per quanto in negativo, del contratto, poiché impedisce la riespansione del diritto dispositivo: si tratta allora di una tecnica di gestione della post-vessatorietà non neutrale, ma avente un'inclinazione spiccatamente sanzionatoria nei confronti del professionista (il quale, ad esempio, perde il diritto legale al danno forfettizzato da ritardo nell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie se la clausola che stabilisce gli interessi moratori è nulla e non può farsi ricorso all'art. 1224, comma 1, c.c.).

¹⁰ Essenziali sono, invero, sia le clausole che definiscono l'equilibrio economico dell'affare, sia quelle da cui dipende, in pratica, l'eseguità delle prestazioni contrattuali (cfr., ad es., F. DI MARZIO, *op. cit.*, 709).

tivo *contra proferentem* consente di risolvere in radice la questione (art. 35, comma 2, c. cons., conforme all'art. 5 dir.). Tanto precisato, fermo che la frequenza con cui un problema si presenta non costituisce, in generale, un indice affidabile per valutarne l'importanza sul piano sistematico, il numero di occasioni in cui, anche di recente, la Corte di Giustizia è intervenuta sulla questione contraddice l'impressione iniziale¹¹.

Questo contributo intende dunque soffermarsi sulla sorte del rapporto tra consumatore e professionista in questa costellazione di casi. Si sonderanno, anzitutto, le potenzialità dell'integrazione nel «labirinto» di limitazioni e presupposti tracciato dalla giurisprudenza europea¹², facendole reagire con i limiti del diritto interno che caratterizzano questo procedimento, quando impiegato per colmare lacune sopravvenute¹³. Per apprezzare tali limiti, l'indagine sconfinerà nell'area del c.d. terzo contratto¹⁴, dissodato da autorevoli riflessioni: in questi casi, dove la ricostruzione può spesso muoversi libera dai condizionamenti che derivano dall'armonizzazione europea (paradigmatica è la norma che vieta l'abuso di dipendenza economica, art. 9 l. n. 192/1998), il sindacato sull'equilibrio economico del contratto abusivo rappresenta l'obiettivo primario e non è circoscritto al caso limite nel quale le clausole che lo definiscono risultino incomprensibili¹⁵.

¹¹ V., ad es., oltre alle pronunce citate alla nota 8, *CGUE*, 30 aprile 2014, *C-26/13, Kásler e Káslerné Rábai*; *CGUE*, 31 marzo 2022, *C-472/20, Lombard*; *CGUE*, 25 novembre 2020, *causa C-269/19, Banca B.S.A.*

¹² Evoca l'immagine del labirinto per descrivere la fase successiva all'accertamento della vessatorietà della clausola (c.d. post-vessatorietà) S. PAGLIANTINI, *L'effettività della tutela consumeristica in stile rococò: massimo e minimo di deterrenza rimediabile tra una Corte di giustizia epigona di Dedalo e delle sez. un. 19597/20 sotto scacco di un rinvio pregiudiziale*, in *Foro it.*, 2021, V, 279.

¹³ In dottrina, ricorre l'espressione integrazione «cogente» per descrivere la soluzione di lacune sopravvenute per effetto della nullità parziale: cfr. G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in *Nullità per abuso*, cit., 213 ss. Le fattispecie di nullità qui allo studio (*ex art. 36 c. cons.*, con particolare riferimento ad una clausola intrasparente attinente all'oggetto del contratto), tuttavia, a differenza di quelle tradizionali, conseguono non dalla violazione di una norma imperativa, conformativa o di divieto, ma da un abuso della libertà negoziale (ivi, 221 ss. e 241 ss.), reso possibile da una asimmetria informativa o di forza contrattuale: cfr. F. DI MARZIO, *op. cit.*, 682 e v. *infra*, par. 4.

¹⁴ Con tale espressione si intende riferirsi sinteticamente alla categoria dei contratti asimmetrici tra imprese. Sul tema, G. VILLA e G. GATTI (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008.

¹⁵ Si registra, una crescente attenzione dell'Europa nei confronti dei rapporti tra imprese squilibrati. Nell'ambito dell'economia c.d. *offline*, di primario rilievo è la direttiva di contrasto alle pratiche commerciali sleali nella filiera agricola e alimentare –



Lo scopo non è proporre un ragionamento analogico – risultato che richiederebbe uno sforzo ricostruttivo ben più profondo¹⁶ – ma verificare sino a che punto può spingersi l'integrazione alla luce delle norme sul contratto in generale, disposizioni alle quali, nel silenzio delle normative speciali, viene spontaneo rivolgere l'attenzione anche nel contesto del diritto dei consumatori.

L'esame dei limiti europei e dei temperamenti indicati dalla stessa Corte di Giustizia – di cui si cercherà di offrire qualche spunto per discuterne l'attualità, anche alla luce del dialogo tra *private* e *public enforcement* – suggerisce, in particolare, di approfondire l'eventualità che il contratto, nonostante il pregiudizio che ne consegua per il consumatore, debba cadere per l'intero.

dir. 2019/633/UE – attuata nell'ordinamento italiano con il d.lgs. n. 198/2021. La disciplina europea, tuttavia, è incentrata sul *public enforcement* e non prevede alcunché sulla validità e/o efficacia delle eventuali clausole che contrattualizzino simili pratiche nel contesto di una specifica relazione contrattuale: di conseguenza, nessuna indicazione è ricavabile per il diritto nazionale sul piano dell'integrazione delle lacune lasciate dalla nullità *ex art. 1, co. 4, d.lgs. n. 198/2021* (cit. *supra*, nota 4). Ancora, si segnala, nel mercato digitale, la disciplina di contrasto alle pratiche commerciali sleali dei fornitori di servizi di intermediazione *online* e motori di ricerca nei confronti delle imprese che si avvalgono di tali strumenti per raggiungere i loro clienti finali (Reg. [UE] n. 1150/2019). Qui il legislatore europeo è entrato nel merito delle relazioni contrattuali, prevedendo la nullità di termini e condizioni che non rispettano i requisiti fissati dall'art. 3 reg. Pur precisandosi (nel considerando n. 20) la natura parziale di questa invalidità, nulla è però detto a proposito del profilo dell'integrazione. Ulteriori limitazioni «al fine di garantire che le relazioni contrattuali tra i fornitori di servizi di intermediazione online e gli utenti commerciali siano condotte in buona fede e con correttezza» sono contenute nell'art. 8, dove però non è precisata la conseguenza sul piano negoziale dell'eventuale violazione di tali norme.

¹⁶ In argomento, sulle relazioni tra “secondo” e “terzo” contratto (espressioni riferite, rispettivamente ai rapporti B2C e B2B) e, sul tentativo di autorevole dottrina – il riferimento è, in particolare, a V. ROPPO, ad es., in *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, 267; ID., *Il contratto del duemila*, 3^a ed., Torino, 2011, 23 ss.) di costruire una categoria dogmatica unica (il «contratto asimmetrico»), v., anche per gli opportuni rinvii alle principali voci del dibattito, le riflessioni (critiche) di A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 515 ss., che osserva come diversi siano i presupposti e le logiche a tutela del consumatore e dell'impresa, e di L. NONNE, *La nullità nei contratti del consumatore come modello per il c.d. terzo contratto*, in *Contr. impresa*, 2016, 979 ss., il quale (ivi, 1020) sottolinea il pericolo di un livellamento delle tutele, che conseguirebbe da una ricostruzione unitaria del problema delle asimmetrie; sulle logiche sottese all'applicazione analogica di una norma di un ramo del diritto speciale ad una lacuna di un diverso ramo, v. C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 421.

La riflessione si sposterà allora sul versante della disciplina restitutoria, con l'obiettivo di verificare in che misura questa risulti permeabile alle particolari istanze protettive da cui discende l'invalidità del contratto.

2. Lo statuto europeo dell'integrazione del contratto del consumatore, in particolare nei casi di abusività di una clausola essenziale

Come si è anticipato, la regola generale, più volte ribadita dalla Corte di Giustizia¹⁷, secondo cui alla nullità di protezione non deve seguire né una correzione della clausola né un'integrazione del contratto, entra in crisi quando il meccanismo della nullità parziale non può funzionare.

Si tratta di quei casi nei quali, per effetto dell'invalidità parziale, dovrebbe seguire, a rigore, la nullità dell'intero negozio, venendo a mancare una parte essenziale del regolamento contrattuale.

Il rischio che si profila, sul piano generale, è quello di una contraddizione, che rischia di ripercuotersi proprio sulla dissuasività della disciplina, cara alla giurisprudenza europea: il contraente debole, al quale la tutela è *offerta* e non *imposta*, potrebbe, per evitare la caducazione dell'intero contratto, decidere di rinunciare a fare valere l'invalidità, rimanendo così vincolato al rapporto squilibrato.

Movendo da questo dato, la Corte ha dunque mitigato la propria posizione di chiusura: esclusivamente nell'ipotesi in cui la nullità integrale del negozio esporrebbe il consumatore ad un grave pregiudizio, il giudice nazionale può integrare il contratto¹⁸.

Anche in questo caso, l'apertura è misurata. Se l'obiettivo è «sostituire all'equilibrio formale, che il contratto determina tra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti, un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza tra quest'ultime», la via consentita per raggiungerlo è unicamente quella del ricorso al diritto nazionale suppletivo, mentre rimane fermo il divieto, per il giudice, «di modificare o di

¹⁷ V. *supra* le sentenze citate alla nota 8.

¹⁸ CGUE, 30 aprile 2014, *Kásler e Káslerné Rábai*, cit. Il pregiudizio del consumatore costituisce non solo una constatazione empirica, ma un vero e proprio requisito perché sia ammessa l'integrazione del contratto: v. CGUE, 26 marzo 2019, cause C-70/17 e C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria SA e Bankia SA*; CGUE, 3 marzo 2020, C-125/18, *Gómez del Moral Guasch*. Insiste sull'eccezionalità dell'integrazione CGUE, 8 settembre 2022, *D.B.P.*, cit., che ha tra l'altro ribadito che non è possibile procedere a colmare le lacune conseguenti alla nullità delle clausole allorché non vi sia il rischio che questa travolga l'intero contratto.



moderare liberamente il contenuto delle clausole abusive»¹⁹. In senso ancora più restrittivo, la Corte di Giustizia ha poi chiarito che non possono essere impiegate nel procedimento di integrazione del contratto quelle disposizioni normative, di contenuto indeterminato, che rinviano agli usi e all'equità: l'«equilibrio reale» a cui allude il giudice europeo in chiave sostitutiva è, allora, solo quello predeterminato dal legislatore²⁰.

Questa parziale concessione non è certamente sufficiente per risolvere il problema delle lacune sopravvenute nel contratto, perché non è detto che il diritto nazionale contenga, per ogni profilo essenziale coinvolto dalla vessatorietà, norme adatte al meccanismo integrativo immaginato dalla Corte²¹. La prospettiva, dunque, che il negozio debba essere dichiarato integralmente nullo, nonostante il conseguente pregiudizio per il consumatore, è un'eventualità tutt'altro che remota, al punto che il problema è stato percepito nettamente anche dalla stessa giurisprudenza europea²².

Lo schema appena tracciato, per un verso, non è allora esaustivo e lascia intravedere nettamente la questione di come “mitigare” le conseguenze per il consumatore della nullità integrale del contratto; per altro verso, cela ancora molteplici profili di incertezza, con riguardo, segnatamente al ruolo del giudice.

3. Il ruolo di “regista” del giudice nell'integrazione del contratto: residua uno spazio per un suo intervento diretto?

Procedendo, per ordine logico, da quest'ultima questione, va rilevato che il giudice nazionale riveste una posizione centrale nel giudizio di vessatorietà.

Se ne ha immediata percezione nel cruciale snodo tra la rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione e la legittimazione relativa alla corrispondente azione processuale.

Il tema è stato progressivamente esplorato dalla giurisprudenza europea, per lo più avendo a riguardo, in base ai rinvii pregiudiziali, i contratti di finanziamento. In questi casi, è frequente che finisca-

no sotto la lente del giudice clausole che attengono all'oggetto del contratto o all'equilibrio economico delle prestazioni (si pensi, ad esempio, alle clausole di indicizzazione), sul presupposto della loro formulazione in termini oscuri per il consumatore. Ciò non toglie che i principi espressi dalla Corte di Giustizia abbiano però una rilevanza generale nell'interpretazione dell'art. 6 dir. (e conseguentemente dell'art. 36 c. cons.), sì che la loro applicazione ben può riguardare anche contratti diversi stipulati dal consumatore.

Così, si è anzitutto chiarito che, nella fase preliminare alla dichiarazione della nullità, l'attività del giudice, sollecitando il contraddittorio, mira a garantire una decisione consapevole del consumatore²³. Ancora, nella valutazione delle conseguenze dell'invalidità parziale, al giudice compete appurare se il contratto, secondo «un approccio obiettivo» (a prescindere, cioè, dagli interessi contrapposti delle parti rispetto al mantenimento in vita del contratto) e alla luce del diritto nazionale²⁴, possa rimanere in piedi; in caso negativo, spetta sempre al giudice verificare se il consumatore incorra in conseguenze particolarmente pregiudizievoli e, in tale caso, ricercare una disposizione del diritto suppletivo utile all'integrazione (e, dunque, alla salvezza) del contratto.

Si tratta, come si può vedere, di un ruolo di “regia”, che non penetra mai nel merito del contenuto del regolamento contrattuale.

Sino a tempi recenti, si ammetteva invece in termini ben più ampi, seppure in diversi gradi e con

²³ Proprio in previsione delle possibili conseguenze della sua dichiarazione, il giudice che rilevi officiosamente la vessatorietà di una clausola deve suscitare il contraddittorio delle parti sulla questione, prospettando al consumatore i vari scenari (sui doveri di informazione del giudice, v. *CGUE*, 29 aprile 2021, C-19/20, *Bank BPH*): come già si è accennato, infatti, l'interessato, valutate le conseguenze che discenderebbero dalla nullità, potrebbe anche scegliere di rinunciare alla protezione accordatagli (*CGUE* 3 ottobre 2019, causa C-260/18, *Dziubak*).

²⁴ Cfr. *CGUE*, 14 marzo 2019, causa C-118/17, *Dunai*; *CGUE*, 2 settembre 2021, C-932/19, *OTP Jelzálogbank Zrt*. Come si desume da *CGUE* 3 ottobre 2019, *Dziubak*, cit., nel rispetto del diritto dell'Unione (in base al quale non può tenersi conto nella menzionata valutazione obiettiva della situazione in cui versa una delle parti), la possibilità che il contratto rimanga in vita per la parte che residua dal giudizio di vessatorietà non coincide con la valutazione della sua eseguibilità: ad esempio, in base al diritto nazionale potrebbe doversi concludere nel senso della nullità integrale, quando la modifica che risulti dalla nullità parziale comporti una sostanziale conversione del contratto (per il diritto italiano, v. cenni *sub* par. 8). Nel diritto tedesco delle *Allgemeine Geschäftsbedingungen* (§§ 305 ss. BGB), si rinviene un ulteriore limite normativo (§ 306, Abs. 3, BGB): il contratto non può essere integrato (e, dunque, è caducato interamente), quando l'integrazione comporterebbe, per una delle parti, un sacrificio irragionevole (*unzumutbare Härte*).

¹⁹ *CGUE*, 30 aprile 2014, *Kásler e Káslerné Rábai*, cit.

²⁰ V. in particolare *CGUE*, 3 ottobre 2019, *Dziubak*, cit.

²¹ Il problema riguarda, in particolare, le clausole essenziali che attengono all'oggetto del contratto, poiché per quelle che regolano aspetti relativi all'esecuzione delle prestazioni contrattuali (ad esempio, le modalità di consegna della merce), la legge prevede, di norma, regole dispositive tanto nella disciplina dei contratti tipici, quanto in quella delle obbligazioni in generale.

²² *CGUE*, 25 novembre 2020, *Banca B.S.A.*, cit.; *CGUE*, 31 marzo 2022, *Lombard*, cit. V. *infra*, par. 8.



una notevole varietà di opinioni, l'integrazione giudiziale del contratto.

Il discorso è stato spesso condotto ragionando in una prospettiva generale, in un'ottica che ricomprende anche l'analogo problema che si registra nei rapporti tra imprese, dove non è infrequente che, approfittando di uno squilibrio contrattuale, una di queste imponga all'altra un prezzo o altra condizione abusivi²⁵.

La maggior parte di questi autori ha fondato un simile potere giudiziale sull'art. 1374 (in particolare, sul parametro residuale dell'equità)²⁶.

²⁵ La vicenda può essere infatti sussunta nel divieto di abuso di dipendenza economica – con conseguente nullità della clausola ex art. 9, comma 3, l. n. 192/1998 – oppure in una delle successive declinazioni speciali di questo principio (si pensi alla già citata disciplina dei rapporti nella filiera agricola e alimentare di cui all'art. 3, d.lgs. n. 198/2021): anche qui si è posto il problema di circoscrivere la nullità alla sola clausola essenziale e, dunque, la conseguente questione dell'individuazione della disciplina sostitutiva con la quale colmare la lacuna. V. su questi aspetti V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica*, cit., 249 ss. Nei rapporti tra imprese, centrale era inoltre la previsione normativa dell'art. 7, comma 3, d.lgs. n. 231/2002, nella sua originaria formulazione, la quale prevedeva, in caso di nullità dell'accordo «gravemente iniquo» a danno del creditore sulla data di pagamento del corrispettivo nelle transazioni commerciali (comma 1 e 2), il potere del giudice di ricondurre ad equità i termini dell'accordo, in alternativa all'applicazione dei termini legali. Questo potere d'intervento è stato però eliminato con la riscrittura dell'art. 7 ad opera del d.lgs. n. 192/2012, e ora la norma prevede l'applicazione del diritto legale dispositivo, richiamando espressamente (ma impropriamente, trattandosi, appunto, di termini dispositivi e non inderogabili) gli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c. Sul punto, v. A. D'ADDA, voce *Integrazione*, cit., 635, che sottolinea, di conseguenza il carattere «recessivo», nell'ordinamento italiano, della soluzione della correzione giudiziale; cfr. pure L. NONNE, *op. cit.*, 1010; per una diversa lettura, tesa a riconoscere spazio a quest'ultima anche nell'ambito di applicazione del riformato art. 7, v. però S. PAGLIANTINI, *Profili sull'integrazione del contratto abusivo parzialmente nullo*, in *Nullità per abuso*, cit., 67 ss.

²⁶ Cfr., oltre agli autori citati nelle note seguenti, F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 698 s., secondo cui l'esigenza di correzione del contratto (*pars construens*) è una logica conseguenza della disposizione legislativa repressiva dell'abuso. Il fondamento dell'art. 1374 c.c. (anche) per l'integrazione conseguente alla nullità parziale è stato dalla dottrina sostenuto sin da prima della trasfusione della disciplina delle clausole vessatorie nel codice del consumo: v. U. MORELLO, *Clausole vessatorie*, cit., 294, il quale però, nel caso limite in cui ad essere travolta sia una clausola essenziale, ha ritenuto inevitabile la caducazione del contratto; A. BELLELLI, sub art. 1469-quinquies, commi 1 e 3, c.c., in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di G. Alpa, S. Patti, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2003, 1044 s. Critico F. DI MARZIO, *op. cit.*, 707 ss., il quale reputa che il fondamento dell'integrazione – nella prospettiva dell'A. mediante il ricorso al diritto dispositivo derogato – vada rintracciato nel sistema del codice del consumo, essendo l'interpolazione del negozio un presupposto implicito dell'effettività della tute-

Gli esponenti di questo filone muovono dall'opinione che la citata norma del codice, seppure immaginata a soluzione di lacune originarie del regolamento contrattuale, possa rimediare anche a quelle sopravvenute²⁷, conseguenti all'invalidità parziale²⁸. Questa tesi giunge all'esito di

la, specialmente in quei casi dove l'alternativa consisterebbe nella nullità integrale del contratto, contraria all'interesse del consumatore. Nel diritto tedesco, le norme di riferimento sono dettate nel § 306 BGB, il quale anzitutto prevede, in sintonia con l'art. 6 dir., la regola generale della conservazione del contratto per la parte non abusiva («*Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam*»: Abs. 1). Mette in conto rilevare che questo paragrafo si preoccupa di disciplinare espressamente il problema delle lacune conseguenti all'inefficacia della clausola, richiamando direttamente il diritto dispositivo («*richtet sich der Inhalt des Vertrags nach den gesetzlichen Vorschriften*»). Nei rapporti coi consumatori, alla luce della giurisprudenza europea che limita il ricorso al diritto dispositivo alle sole ipotesi in cui è a rischio la sopravvivenza del contratto con conseguenze pregiudizievoli per il consumatore (*supra*, par. 2), si è suggerita la necessità di una *unionrechtskonforme Reduktion* di questa disposizione (v. M. FORNASIER, sub § 306 BGB, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 9ª ed., C.H. Beck, München, 2022, n.m. (nota a margine) 10; sulla questione, v. pure C. WENDEHORST e F. GRAF VON WESTPHALEN, *Auswirkungen neuer EuGH-Urteile auf § 306 II BGB – mehr neue Vorlagefragen als Antworten*, in *EuZW*, 2021, 233 ss.). Nel diritto vivente (v. già BGH, 1º febbraio 1984 - VIII ZR/ 54/83, in *NJW*, 1984, 1177), infine, è consolidato il ricorso alla *ergänzende Vertragsauslegung* (lett. interpretazione integrativa del contratto) giudiziale, per il caso di mancanza di norme dispositive e qualora la caducazione pura e semplice della clausola non rappresenti una soluzione ragionevole: per una panoramica dei presupposti e dei limiti (in particolare, l'interpolazione giudiziale non può spingersi al punto di trasformare radicalmente il contratto in un altro, non voluto dalle parti), v. M. FORNASIER, *op. cit.*, n.m. 11. Per cenni sul problema della compatibilità col diritto europeo dei consumatori della *ergänzende Vertragsauslegung*, v. *infra*, nota 30.

²⁷ L'aggettivo è volto a marcare la differenza tra queste lacune e quelle che discendono dall'assenza di una determinazione della volontà delle parti. L'impiego di questo termine deve però tenere conto della sua imprecisione, per un verso, perché la lacuna discendente dalla nullità non potrebbe dirsi tecnicamente *sopravvenuta* (in forza al principio *quod nullum est nullum producit effectum*) e, per altro verso, perché il concetto di sopravvenienza può evocare la differente questione, che qui non interessa, del rilievo di fatti successivi alla formazione dell'accordo che possono incidere sull'equilibrio contrattuale.

²⁸ V. G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente)*, cit., 219 ss., secondo cui la ragione per cui molti negano la possibilità di ricorrere a questa norma per l'integrazione di lacune lasciate dalla nullità parziale è che quest'ultima segue, nella tradizionale concezione conformativa, il canale degli artt. 1339 e 1419, co. 2º, c.c., discendendo l'invalidità dalla violazione di una norma imperativa. Appurato che le nuove nullità trovano origine da uno scostamento abusivo del diritto suppletivo – ossia di quello che troverebbe applicazione in assenza di una diversa volontà – a questo occorrerebbe rivolgersi per l'integrazione, in forza dell'art. 1374 c.c. (ad un tempo, l'A. prendendo atto della lettura restrittiva della CGUE a proposito dell'integrazione giudiziale nell'ambito dei rapporti di consumo, esprime altresì dubbi sulla possibile valenza generale, seppure residuale, di



un'apertura moderata all'intervento del giudice sul (contenuto sostanziale del) contratto, il quale sarebbe ammissibile solo in conseguenza di una nullità per abuso prevista dalla legge. Inoltre, enfatizzando il gradualismo dell'art. 1374 c.c., si sottolinea il carattere di *extrema ratio* dell'integrazione giudiziale²⁹.

È utile osservare che questa soluzione, che ora, come detto, non pare più percorribile nei rapporti coi consumatori, per effetto della ferma chiusura della più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione³⁰, non è stata univocamente accolta neppure nell'area dei rapporti tra imprese.

quest'ultima, pure se fondata sullo stesso art. 1374: ivi, 230 ss.). V. pure A. FEDERICO, *Nuove nullità ed integrazione del contratto*, in *Le invalidità nel diritto privato*, cit., 329 ss.; S. PAGLIANTINI, *Appunti a margine di Cass. 9735/2013: l'art. 1374 e la lacuna sopravvenuta*, in *Nullità per abuso*, cit., 203 ss.; Id., *Profili sull'integrazione del contratto abusivo parzialmente nullo*, ivi, 110 ss.; C. SARTORIS, *Nullità di protezione e integrazione del contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2020, 626 ss. Anche F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale*, cit., 699, nt. 105, individua nella duttilità dell'art. 1374 c.c. un riferimento normativo utile alla ricostruzione del quadro dei rimedi correttivi di contratti sperequati.

²⁹ C. SARTORIS, *op. cit.*, 627. Si esprime in termini favorevoli alla correzione giudiziale, come ultima *ratio*, M. FARINA, *Unfair terms and Supplementation of the Contract*, in *European Rev. of Private Law*, 2021, 456 ss., che muove dalla necessità di salvaguardare l'effettività del diritto dei consumatori. V. pure in questa direzione E. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, in *Regolamento*, a cura di G. Vettori in *Trattato del contratto*, II, diretto da V. Roppo, Milano, 2006, 402 ss.. Con riguardo all'abuso di dipendenza economica, autorevole dottrina ha ritenuto però che l'art. 9 l. n. 192/1998 vada apprezzato nella sua specificità: la norma conferirebbe al giudice il potere di integrare il contratto «istituzionalizza[ndo] un potere equitativo (di revisione del contratto) assai anomalo» nel contesto del diritto dei contratti: v. S. PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in *Squilibri e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, 504 ss.

³⁰ V. *supra*, così sciogliendo l'ambiguità delle prime pronunce in argomento. La chiusura della Corte di Giustizia nei confronti delle disposizioni che richiamano concetti elastici ha aperto in Germania il dibattito sulla *Europarechtskonformität* della *ergänzende Vertragsauslegung* nei rapporti coi consumatori: v. M. FORNASIER, *op. cit.*, n.m. 35. Scettici, tra gli altri, H. SCHMIDT, sub § 306 BGB, in HAU e POSECK (a cura di), *BeckOK BGB*, 62^a ed. (agg. 1° agosto 2022), banca dati *Beck online*, n.m. 10 e C. WENDEHORST e F. GRAF VON WESTPHALEN, *op. cit.*, 235 ss. Ritengono invece compatibile il procedimento col diritto euorounitario C. HERRETHAL, *Unionsrechtskonformität der ergänzenden Vertragsauslegung bei unwirksamen AGB-Klauseln*, in *NJW*, 2021, 589 ss.; C. GRÜNEBERG, sub § 306 BGB, in *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 80^a ed., C.H. Beck, München, 2021, n.m. 13. Si osservi che, nel dibattito tedesco, non ha peso il divieto europeo di manipolazione della clausola ad opera del giudice, esistendo tale divieto già a livello generale nella disciplina delle ABG (*Verbot der geltungserhaltenden Reduktion*): v. ancora M. FORNASIER, sub § 306 BGB, cit., n.m. 18 ss.

Si rileva, infatti, che le lacune originarie, per le quali è dettato l'art. 1374 c.c., pongono «problemi di politica di diritto del tutto diversi» rispetto alle lacune sopravvenute, che vengono qui in considerazione: in effetti, anche nella sua originaria veste suppletiva l'integrazione che ha fondamento in questa norma del codice si pone rispetto alla volontà costitutiva del negozio in funzione solo strumentale, non sostitutiva o antagonista³¹. Il legislatore, dove ha inteso incidere sull'assetto fondamentale del contratto in assenza di una specifica volontà delle parti, è intervenuto con specifiche disposizioni, collocate nella disciplina dei contratti tipici³².

Questo rilievo, nella prospettiva di questo studio, consente di relativizzare il peso dell'argomento – ricorrentemente invocato dai giudici europei a giustificazione della posizione restrittiva, ma invero poco convincente – secondo cui l'integrazione del contratto colpito dalla nullità parziale della clausola abusiva andrebbe il più possibile evitata, perché in contraddizione con la finalità deterrente espressa dall'art. 7 dir. 93/13/CEE³³.

Il richiamo alla deterrenza – il cui rilievo è discutibile, nella misura in cui concorra a ricostruire (non i presupposti, ma) le conseguenze di un'invalidità negoziale (protettiva, non “punitiva”) – non appare risolutivo.

Se si muove dalla premessa che è qui in discussione il caso limite della nullità integrale che esporrebbe il consumatore a grave pregiudizio, si può quanto meno dubitare che sia opportuno gravare del costo della deterrenza proprio quei soggetti che la normativa intende proteggere: già si è detto, del resto, che questi, messi di fronte all'alternativa, potrebbero decidere di conservare il contratto e, quindi, anche la clausola³⁴.

³¹ V. in particolare A. D'ADDA, *La correzione del «contratto abusivo»*, cit., 380 ss. (v. pure Id., voce *Integrazione*, cit., 616 e 634 s). Ivi l'A. (p. 378 ss.) esclude altresì che sia possibile rintracciare il fondamento dell'integrazione giudiziale nell'art. 1339 c.c., in quanto la sostituzione automatica di clausole presuppone un equilibrio preciso prefissato, senza alcun margine di discrezionalità, da una norma.

³² V. *infra*, par seguente. Rileva A. D'ADDA, *La correzione*, cit., 382, che anche le tecniche di correzione del contratto parzialmente nullo sono state oggetto, sul piano generale, di una disciplina legislativa specifica (art. 1339 c.c., che fa riferimento alle sole regole cogenti di origine legale), rispetto alla quale esula e non risulta armonico l'art. 1374 c.c. (che richiama, in aggiunta, anche gli usi e l'equità).

³³ Si afferma infatti che, se il professionista potesse contare, nella peggiore delle ipotesi, sulla riscrittura del contratto in termini equilibrati, non correrebbe alcun rischio e sarebbe così portato a tentare di inserire nel contratto clausole vessatorie: v. la giurisprudenza citata *supra*, nota 7.

³⁴ Sottolinea la contraddittorietà di un simile risultato («take or leave situation»), M. FARINA *op. cit.*, 445 ss. Sull'importanza di coniugare l'istanza dissuasiva con i principi di effettività e di



Nel panorama complessivo, appaiono poi significative le recenti novità normative sul piano del *public enforcement*. La strutturazione di un apparato di sanzioni amministrative parametriche secondo una prospettiva marcatamente deterrente, che si deve alla dir. 2019/2161/UE³⁵, permetterà, una volta attuato questo nuovo strumento europeo negli ordinamenti nazionali, di scindere ancora più nettamente i due aspetti, assicurando il desiderato effetto dissuasivo a prescindere dalle sorti del singolo contratto³⁶.

4. L'integrazione tramite il diritto dispositivo che rinvia la determinazione del prezzo al giudice

L'esclusione, tanto nei contratti del consumatore, quanto in quelli dell'imprenditore, di una possibilità generalizzata di integrazione giudiziale della lacuna determinata alla nullità parziale, fondata sull'art. 1374 c.c., suscita il dubbio se sia preclusa anche l'applicazione di quelle disposizioni, collocate nella disciplina dei contratti tipici, che accordano al giudice un circoscritto potere determinativo in relazione a specifici elementi del regolamento contrattuale.

Il presupposto – comune nella contrattazione asimmetrica, seppure diversamente articolato nei rapporti B2B e B2C – da cui muove l'impostazione restrittiva è che l'integrazione cogente del contratto in relazione ad aspetti essenziali è possibile solo in

proporzionalità, v. le riflessioni di P. IAMICELI, *Nullità parziale e integrazione del contratto nel diritto dei consumatori tra integrazione cogente, nullità 'nude' e principi di effettività, proporzionalità e dissuasività delle tutele*, in *Giust. civ.*, 2020, 713 ss., che giunge ad auspicare un ripensamento della rigidità con cui la Corte di giustizia limita l'etero-integrazione del contratto e il ruolo del giudice.

³⁵ La direttiva, del 27 novembre 2019, che modifica la direttiva 93/13/CEE, oltre alle dir. 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE «per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori» impone agli Stati membri di adottare sanzioni appropriate per la violazione delle norme (nazionali di attuazione) della dir. 93/13/CEE (art. 1, che introduce nell'articolato di quest'ultimo atto, l'art. 8 *ter*). Come attesta il considerando 14, il fine è «di rafforzare l'effetto deterrente». Vi è da dire che in Italia, già l'art. 37 *bis* c. cons., introdotto con il d.l. n. 1/2012, conv. con modificazioni dalla l. n. 27/2012, ha previsto una tutela amministrativa contro le clausole vessatorie, il cui fondamento, come osservava già E. MINERVINI, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 563, è da rinvenirsi proprio nell'art. 7 dir. 93/13/CEE.

³⁶ In Italia, la l. 4 agosto 2022, n. 124, legge di delegazione europea, ha delegato il governo ad adottare, tra gli altri, un decreto legislativo in attuazione della direttiva.

casi specifici, trovando diversamente ingresso la nullità integrale.

Per questa via, anziché proporre interpretazioni evolutive delle norme sul contratto in generale, l'attenzione è focalizzata sulla disposizione che commina la nullità speciale, per domandarsi se la *ratio* protettiva che la ispira giustifichi la sopravvivenza del negozio, *in deroga* al diritto generale³⁷.

A questo scopo, sono stati presi in considerazione il funzionamento e i presupposti dell'invalidità: in effetti, nel caso dei contratti conclusi nei contesti asimmetrici, questa non discende dalla violazione di un precetto, ma da un eccesso dell'autonomia negoziale, al quale, in determinate fattispecie e alla luce di particolari considerazioni (regolatorie del mercato e/o protettive di una parte debole), il legislatore dà eccezionalmente rilevanza³⁸.

Immaginando, dunque, che le parti possano liberamente determinarsi entro i confini del non abuso, il superamento di questi ultimi può essere ricostruito come una “deroga abusiva” del diritto dispositivo, ossia di quelle norme che troverebbero applicazione qualora le parti avessero omesso sin dall'origine di disciplinare quell'aspetto del rapporto³⁹.

La c.d. «naturale riespansione»⁴⁰ del diritto dispositivo interessa senza problemi, ad esempio, il profilo del luogo (art. 1182 c.c.) e del tempo (art.

³⁷ Con riguardo all'abuso di dipendenza economica, v. V. BACHELET, *Il divieto di abuso di dipendenza economica*, in *Lineamenti di diritto europeo dei contratti. Contratti asimmetrici del consumatore e d'impresa*, a cura di V. Bachelet e A. D'Adda, Torino, 2020, 160.

È nel solco di questo fondamentale quesito che la dottrina ha proposto una riduzione teleologica dell'art. 1419 c.c. in relazione alle nullità di protezione: v. *supra*, nota 4.

³⁸ Valorizzare le “nuove” nullità contemplate dalla legge non equivale a dire che la correzione del contratto tramite il diritto dispositivo fosse prima ignota al diritto privato: ciò è attestato, ad esempio, dall'art. 1815, comma 2, c.c. (originaria formulazione) e dall'art. 1284 c.c. (v. A. D'ADDA, *La correzione del «contratto abusivo»*, cit., 385) Sul fenomeno anche G. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 486 s., che così ha sintetizzato il suo ragionamento: non si applica la regola del primo comma dell'art. 1419 c.c. (che fa dipendere la propagazione della nullità della clausola all'intero contratto dalla volontà ipotetica dei contraenti), ma si procede alla sostituzione della disciplina pattizia del profilo in questione con le regole del diritto dispositivo tutte le volte in cui questa «è necessaria per non frustrare la finalità protettiva della norma che commina la nullità della clausola» (ivi, 489).

³⁹ A. D'ADDA, *La correzione del «contratto abusivo»*, cit., 390; V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica*, cit., 304; ID., *La clausola squilibrata è nulla per abuso di dipendenza economica e il prezzo lo fa il giudice*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 230.

⁴⁰ L'espressione è impiegata da D'Adda, ad esempio, in *La correzione del «contratto abusivo»*, cit., 387.



1183 c.c.) dell'adempimento delle obbligazioni contrattuali, mentre qualche riflessione in più suscita l'equilibrio economico delle prestazioni e, dunque, il corrispettivo.

Invero, nel codice civile, diverse norme prendono in considerazione l'ipotesi in cui, in una vicenda contrattuale, non risulti né determinato né determinabile il prezzo, circostanza, questa, che, in applicazione dell'art. 1346 c.c., dovrebbe portare alla nullità del negozio per carenza di uno dei requisiti dell'oggetto: il legislatore ha invece dettato, in numerosi tipi contrattuali, disposizioni che stabiliscono criteri legali ai quali attenersi per stabilire l'entità della prestazione dovuta⁴¹.

Queste disposizioni acquisiscono un ruolo fondamentale nella fase di integrazione del contratto che stiamo considerando. Nell'ambito dei rapporti di consumo, la loro applicazione richiede, quale presupposto ulteriore, che si verifichi la loro compatibilità con i più stretti limiti posti dalla giurisprudenza europea.

Conviene allora calare immediatamente la riflessione in questo ambito e concretizzare il discorso concentrando l'attenzione su due ipotesi paradigmatiche: l'art.1474 c.c., dettato in tema di vendita ed applicabile, in forza del rinvio dell'art. 1561 c.c., anche alla somministrazione, e l'art. 1657 c.c., relativo all'appalto⁴².

Schematizzando, alla luce del ragionamento sin qui condotto, il possibile rilievo di queste disposizioni per colmare le lacune dipendenti dalla nullità

⁴¹ La dottrina parla in queste ipotesi di determinabilità necessaria, che ricorre nei contratti stipulati dal professionista e dall'imprenditore: v. G. GITTI, *Problemi dell'oggetto*, in *Regolamento*, cit., 25 ss. Sull'ammissibilità di un'integrazione dispositiva dell'oggetto del contratto, nell'ambito di applicazione delle norme che la consentano, v. pure A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, 256 ss. Più nel dettaglio, il gruppo più folto di disposizioni di questo tipo si rinviene nei contratti dai quale sorge l'obbligazione di un fare umano complesso, con l'obiettivo di evitare che il titolo da cui origina il diritto alla controprestazione venga meno qualora non risulti sufficientemente determinato: ad es., nell'appalto (art. 1657 c.c., di cui evidenzia la *ratio* appena segnalata L.V. MOSCARINI, *L'appalto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1984, 716) e nel contratto d'opera (artt. 2225 e 2233 c.c.), nel mandato (art. 1709 c.c., norma che si accompagna alla presunzione di onerosità) e nella mediazione. Esigenze di conservazione dell'affare sono sottese invece alle regole che prevedono criteri suppletivi per la determinazione del prezzo di beni oggetto di ripetute e frequenti contrattazioni: art. 1474 c.c., su cui *infra*.

⁴² Anche questa disposizione è considerata una deroga all'art. 1346 c.c.: v. per tutti M. DELLACASA, *Parti, oggetto, prezzo e forma dell'appalto*, in *Trattato dei contratti*, III.1, diretto da V. Roppo, Milano, 2014, 151 s.; in giurisprudenza, Cass. 5 aprile 2000, n. 4192. Dal carattere derogatorio non discende però, necessariamente, la conclusione della natura eccezionale di tali disposizioni: v. *infra*, nota 52.

parziale dipende dalla risposta che si ritiene di dare ai seguenti quesiti:

a) poiché anche le disposizioni richiamate contemplano l'ipotesi in cui il prezzo difetti *ab origine*, dobbiamo anzitutto chiederci se esse differiscano qualitativamente dall'art. 1374 c.c., che, come si è detto, non sembra potere trovare applicazione per le lacune sopravvenute;

b) dettando criteri che richiedono una concretizzazione da parte del giudice, occorre verificare, nell'ambito dei rapporti consumatori, se anche il loro ricorso sia precluso per effetto della chiusura della giurisprudenza europea all'integrazione giudiziale;

c) ammesso che risulti percorribile questa strada, rimane infine da misurare l'effettiva utilità di questi criteri e, continuando nel solco dell'indagine tracciato all'inizio, domandarsi cosa accada se l'integrazione non risulti possibile.

5. Questioni preliminari sulla possibile integrazione del contratto del consumatore con prezzi abusivi.

Nonostante l'impressione suggerita dalla formulazione letterale dell'art. 1474 c.c. (specialmente del primo comma, che evoca una presunzione di volontà), non si dubita, in dottrina e giurisprudenza, del carattere integrativo dei criteri ivi dettati rispetto al regolamento contrattuale⁴³.

Nessuna perplessità sorge, per altro verso, dalla lettura dell'art. 1657 c.c.: la disposizione è infatti chiara nel descrivere la fattispecie, richiedendo che il corrispettivo non sia né determinato né determinabile.

Entrambe le norme presuppongono, quindi, l'assenza di determinazioni compiute dei contraenti

⁴³ Per tutti, G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti. Artt. 1470-1765 c.c.*, in *Commentario del codice civile UTET*, 3^a ed., Torino, 1991, 31. La *ratio* di questa disposizione si coglie proprio alla luce delle particolari tipologie di beni considerate: cose vendute serialmente e a prezzi omogenei da un venditore-imprenditore, per le quali, dunque, è possibile individuare un «prezzo normalmente praticato» da questo soggetto (co. 1°), o, comunque, può essere stabilito, nei termini che si vedranno subito *infra*, un prezzo di mercato (co. 2°). Si tratta di beni oggetto di rapida ed intensa circolazione (v., ad es., F. MACARIO, P. QUARTICELLI, A. MASTROLITTO, *Il prezzo*, in *I contratti di vendita*, a cura di D. Valentino, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e G. Gabrielli, Milano, 2007, 922 ss.) per i quali il legislatore, con una scelta di politica del diritto volta a non disincentivare gli scambi, tende a garantirne il più possibile la conservazione: cfr. A. LUMINOSO, *La vendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo e L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2014, 279.



sul punto specifico, purché tale assenza non indichi che il contratto è ancora in corso di formazione⁴⁴.

Secondo la ricostruzione dominante, se le parti hanno stabilito il prezzo, oppure le modalità per determinarlo, ma la relativa clausola non produce effetti, ad esempio perché nulla, non possono soccorrere i criteri di cui all'art. 1474 c.c.⁴⁵

Indagando la ragione di questo convincimento, si evince che il rischio che si vuole evitare è quello di una automatica conformazione a parametri legali del prezzo della vendita, che si verificherebbe, per effetto del combinato disposto di questa norma con l'art. 1419, co. 2°, c.c.: del resto, se matura la volontà di acquistare un bene ad un determinato prezzo, questa condizione rappresenta una parte essenziale su cui la volontà costitutiva dell'accordo si è formata. Applicare il criterio legale per sostituire la determinazione delle parti improduttiva di effetti equivarrebbe dunque ad imporre un affare diverso⁴⁶.

Nel contesto dei contratti asimmetrici, questa considerazione perde però di peso⁴⁷: il prezzo eccessivo è infatti frutto di un abuso, che, una volta rilevato, può essere misurato proprio attraverso il parametro delle condizioni abitualmente praticate dall'operatore economico oppure nel mercato di riferimento⁴⁸; l'integrazione, inoltre, è funzionale alla ratio di preservare la finalità protettiva della nullità speciale, che verrebbe frustrata qualora questa si estendesse all'intero contratto.

⁴⁴ Di qui la conseguente difficoltà di discernere, nella pratica, l'ipotesi in cui le trattative non siano ancora giunte alla conclusione, da quella in cui il contratto, pur lacunoso, è perfetto. In relazione alla vendita, v. D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, 2ª ed., Milano, 1962, 249; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, 2ª ed., Torino, 1993, 528. Sull'appalto, v. D. RUBINO, G. IUDICA, *Dell'appalto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, 4ª ed., Bologna-Roma, 2007, 237; S. POLIDORI, *Appalto*, in *Trattato di diritto civile del CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2015, 121 s.

⁴⁵ D. RUBINO, *Ibidem*.

⁴⁶ Se le parti hanno indicato uno specifico criterio di determinazione del prezzo significherebbe che, implicitamente, esse hanno escluso di riferirsi al «giusto prezzo» che, ai sensi dell'art. 1474, co. 3°, c.c., dove non sia espresso dai criteri dei commi 1 e 2 di tale articolo, può essere stabilito da un terzo: D. RUBINO, *L'appalto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, 4ª ed., Milano, 1980, 184, nt. 5.

⁴⁷ Invero, anche sul piano del diritto generale, la dottrina ha proposto letture che valorizzano altresì in chiave correttiva le disposizioni suppletive: v., con riguardo agli artt. 2225 c.c. e 2233, comma 2, c.c. relativi al contratto d'opera, M. TESCARO, *Unitarietà e centralità del contratto d'opera nel panorama dei contratti di servizi*, Milano-Padova, 2017, 321 ss., in consapevole contrasto con la dottrina e la giurisprudenza dominanti (v. le citazioni dallo stesso A. richiamate a p. 327).

⁴⁸ Cfr. V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica*, cit., 304 s.

Non sorprende che, già sul piano generale, un opposto orientamento si sia formato sull'art. 1657 c.c.⁴⁹: qui, infatti, a prescindere dai rispettivi equilibri di forza contrattuale, l'esigenza sottesa alla disposizione – garantire una adeguata remunerazione del *facere* prestato dall'appaltatore – si avverte in modo ancora più netto quando il criterio fissato nel contratto si riveli in un secondo momento inefficace⁵⁰.

Se, dunque, può a prima vista apparire una forzatura ritenere che la pattuizione del corrispettivo rappresenti una “deroga” al diritto dispositivo, non pare azzardato d'altra parte parificare, in entrambi i casi, il vuoto creato dalle nullità qui considerate a quello che avrebbe generato l'assenza di una volontà originaria, con conseguente applicabilità dei criteri suppletivi⁵¹.

Le norme che qui consideriamo rappresentano però, come si è detto, il frutto di una specifica scelta del legislatore in relazione ad un aspetto essenziale del contratto: la deroga alla nullità per incompletezza dell'accordo è quindi precisamente circoscritta, essendo subordinata ai presupposti indicati dalle stesse disposizioni⁵². In ciò si coglie la differenza

⁴⁹ D. RUBINO, G. IUDICA, *Ibidem*.

⁵⁰ Secondo una parte della giurisprudenza, all'art. 1657 c.c. si potrebbe ricorrere anche quando l'interessato non riesca a dare prova del corrispettivo pattuito: v., ad es., Cass. 5 aprile 2000, n. 4192; *contra*, Cass. 28 novembre 1984, n. 6193; il contrasto giurisprudenziale è riportato da M. PENNASILICO, *Il corrispettivo*, cit., 125, cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

⁵¹ Sull'applicabilità dell'art. 1657 c.c. al caso in cui il corrispettivo stabilito contrattualmente risulti nullo per abuso (nella riflessione dell'A. ex art. 9 l. n. 192/1998), v. S. POLIDORI, *op. cit.*, 122 ss., che rinviene il fondamento giustificativo dell'intervento del giudice in funzione correttiva nel principio di proporzionalità, al quale la stessa norma codicistica sarebbe ispirata (ivi, 128).

⁵² Nonostante sia comune l'espressione di “deroga”, occorre osservare, con V. CAREDDA, sub art. 1657 c.c., in *Codice dell'appalto privato*, a cura di A. Luminoso, 2ª ed., Milano, 2016, 345 e M. PENNASILICO, *Il corrispettivo*, in *I contratti di appalto privato*, a cura di V. Cuffaro, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e G. Gabrielli, Milano, 2011, 126, che la determinabilità suppletiva del corrispettivo dei contratti onerosi non è affatto isolata nella disciplina codicistica. Anzi, ai fini dell'integrazione cogente, secondo A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, 379, le norme che fissano criteri legali per la determinazione del corrispettivo in denaro, come gli artt. 1474 e 1657 c.c., sono estensibili in via analogica. Per la tesi secondo cui l'art. 1474 c.c. sarebbe espressivo di un principio generale applicabile ad ogni tipo di contratto, v. M. MAUGERI, *La determinabilità del prezzo e l'art. 1474 cod. civ. come espressione di un principio generale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 10 ss. (a commento di Cass., 24 giugno 2014, n. 19161, che, in effetti, applica l'articolo ad una licenza d'uso), con la precisazione che la ricostruzione dell'A. muove dall'assunto che i primi due commi dell'art. 1474 c.c. sottendono comunque l'intenzione delle parti di riferirsi al «giusto prezzo», che, nella vendita, sarebbe presunta dalla legge: per appli-



dall'art. 1374 c.c., la cui ampia formulazione evidenzia, come è stato condivisibilmente rilevato, la funzione "servente" del richiamo alla legge, agli usi e all'equità rispetto alle scelte delle parti cristallizzate nel contratto⁵³.

618

6. (segue). L'applicabilità dell'art. 1474 c.c. in funzione integrativa di lacune conseguenti alla vessatorietà della clausola sul prezzo.

Per comprendere se le norme evocate siano utili ad evitare la caducazione del contratto stipulato tra professionista e consumatore, dobbiamo chiederci se anch'esse urtino contro il divieto, sancito dalla Corte di Giustizia, di integrare il contratto mediante ricorso a «disposizioni nazionali di carattere generale che prevedono l'integrazione degli effetti espressi in un atto giuridico mediante, segnatamente, gli effetti risultanti dal principio di equità o dagli usi»⁵⁴.

Conviene a questo punto scindere l'analisi delle due disposizioni, diversi essendo i criteri attraverso i quali opera l'integrazione da esse prevista.

La compatibilità dell'art. 1474 c.c. in funzione "correttiva" delle determinazioni abusive dell'autonomia privata con il diritto eurounitario può essere più agevolmente dimostrata.

I parametri enunciati da questo articolo, infatti, non si pongono in contraddizione con l'idea alla base dell'atteggiamento restrittivo della giurisprudenza europea, ossia la necessaria predeterminazione legislativa delle condizioni contrattuali sostitutive di quelle invalide: la peculiarità consiste qui unicamente nel fatto che il legislatore ha individuato tale equilibrio attraverso il richiamo a parametri determinabili *per relationem*.

La discrezionalità giudiziale, sebbene necessaria per concretizzare il richiamo al «prezzo abitualmente praticato» e a quello di mercato, si muove vincolata dai parametri individuati, che rinviano a dati sufficientemente oggettivi⁵⁵.

care tali criteri ad altri contratti, tale presupposto andrebbe allora di volta in volta accertato alla luce delle circostanze nel caso. Nel senso secondo cui, invece, l'art. 1474 c.c., proprio in quanto derogatorio dell'art. 1346 c.c., richiederebbe di essere interpretato in senso stretto, v. E. RUSSO, *Della vendita. Disposizioni generali. Delle obbligazioni del venditore*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2013, 83.

⁵³ A. D'ADDA, voce *Integrazione*, cit., 616.

⁵⁴ CGUE 3 ottobre 2019, *Dziubak*, cit.; v. *supra*, par. 2.

⁵⁵ In base a questa considerazione, con riguardo all'art. 9 l. n. 192/1998, una diversa ricostruzione dottrinale suggerisce di fondare l'integrazione del contratto con il parametro del mercato sull'art. 1339 c.c.: v. spec. M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, 181 ss. A questa tesi è stato obiettato, anche nel timore di una estensione

Rimane da chiedersi quale sia l'utilità, nel campo dei rapporti coi consumatori, dei criteri legali dettati dall'art. 1474 c.c.

Posto che il criterio del «prezzo abitualmente praticato dal venditore» rischia di produrre risultati non soddisfacenti, dal momento che è verosimile che questo dato – o il parametro in contratto per determinarlo – risulti omogeneo per tutta la platea degli acquirenti⁵⁶, conviene qui rivolgere l'attenzione al parametro del mercato di cui al secondo comma. Orbene, poiché la disposizione ancora il prezzo di borsa o di mercato ai «listini» o «mercuriali» da cui risulta, ci si può anzitutto chiedere se l'esistenza di

incontrollata di tale esito interpretativo, che il meccanismo dell'integrazione (solo) cogente regolato dall'art. 1339 c.c. postulerebbe una norma precisa sul piano dei contenuti sostitutivi, senza alcun spazio alla determinazione giudiziale: A. D'ADDA, *La correzione del «contratto abusivo»*, cit., 379 s.; ID., voce *Integrazione*, cit., 633 s.; V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica*, cit., 290 ss. Da questa prospettiva, la soluzione dell'art. 1339 c.c. appare a questi Autori impercorribile anche dove, come chiarito dalla stessa M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e recesso: i diversi rimedi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 965, nt. 22, l'integrazione basata su questa norma postuli una precisa disposizione di legge (ossia, nella ricostruzione della A., l'art. 9 cit., che «impo[ne] alle parti di adottare una specifica misura nello scambio»: v. *ibidem*). Mette però in guardia, seppure nell'ambito di una riflessione sull'art. 9 l. n. 192/1998, dal rischio che anche l'art. 1474 c.c. (come l'art. 1657 c.c.), affidi al giudice, analogamente all'art. 1374 c.c., «un margine di discrezionalità significativo», esponendo «per conseguenza la decisione a non trascurabili margini di errore», G. VILLA, *Invalità del contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in *Il terzo contratto*, cit., 135.

⁵⁶ La stessa lista grigia dell'art. 33, co. 2°, c. cons. prende peraltro in considerazione – come presuntivamente vessatoria – anche la clausola che prevede che il prezzo «sia determinato al momento della consegna o della prestazione» (lett. o)]. Nel rapporto tra imprese, è utile l'analisi delle ordinanze del Trib. Massa, 26 febbraio 2014 e 15 maggio 2014, entrambe in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 218, con nota di V. BACHELET, *La clausola squilibrata*, cit. Nel caso di specie, il giudice toscano, accogliendo il ricorso cautelare, aveva ritenuto nulla – per abuso di dipendenza economica, ex art. 9, comma 3, l. n. 192/1998 – la clausola del contratto di somministrazione di carburanti (misto a comodato delle relative attrezzature) che stabiliva che il prezzo delle forniture fosse di volta in volta fissato unilateralmente dalla società somministrante, ordinando a quest'ultima di applicare lo stesso prezzo praticato all'impianto più vicino a quello gestito dal ricorrente. Se le ragioni che spingono il primo giudice – la cui decisione viene confermata in sede di reclamo dalla seconda ordinanza – all'integrazione sono chiare (evitare che la nullità protettiva, sfociando in una nullità totale, danneggi proprio la parte che questo meccanismo dovrebbe tutelare), non ne è univocamente individuato il fondamento normativo. Mentre nel primo provvedimento, l'estensore monocratico esclude l'applicabilità dell'art. 1339 c.c. e aggiunge, all'argomento della coerenza normativa, il rilievo del divieto di discriminazione nelle relazioni commerciali, in sede di reclamo, il collegio evoca molteplici riferimenti normativi, tra cui lo stesso art. 1339 c.c., senza però individuare un appiglio normativo sicuro.



tali listini sia un presupposto per l'applicazione di questo criterio.

Il punto è discusso in dottrina. Alcuni muovono dalla considerazione che non conterebbe che i prezzi risultino da rilevamenti ufficiali, ben potendo essere riportati anche su iniziativa dei privati, purché ne risulti la loro effettività e continuità⁵⁷; di qui si ricava che il ruolo dei listini è solo quello di dare prova dell'esistenza di un prezzo medio corrente o di mercato, come era sotto la vigenza del codice del commercio abrogato (art. 38 c. comm. abr.). L'esistenza e il rilievo del prezzo medio di mercato postulerebbero invece unicamente una base di trattazioni a frequenza sufficiente per ricavarlo⁵⁸.

Altri hanno invece sottolineato che il riferimento specifico della disposizione a forme di rilevamento pubblico attesterebbero la volontà della norma di riferirsi a dati sicuri e di obiettiva accertabilità, senza spazio, cioè, per atti valutativi e discrezionali⁵⁹.

Specialmente se si muove dalla più ampia concezione dei beni oggetto della regola di cui all'art. 1474 c.c., i beni di consumo rientrano, almeno di norma, in questa categoria, sì che può confermarsi l'utilità in concreto della disposizione nei contratti di vendita e somministrazione conclusi dai consumatori, quando la clausola che stabilisce il corrispettivo sia abusiva⁶⁰.

7. L'applicabilità altresì dell'art. 1657 c.c. nonostante il richiamo agli usi e all'intervento giudiziale.

Più complicato è il discorso con riguardo all'art. 1657 c.c., norma che, come è stato osservato in dottrina, ha portata più ampia dell'art. 1474 c.c.⁶¹

⁵⁷ D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 258.

⁵⁸ D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 260; E. RUSSO, *op. cit.*, 86.

⁵⁹ C.M. BIANCA, *La vendita*, cit., 533, con considerazioni che sembrano persuadere anche P. GRECO-G. COTTINO, *Della vendita*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, 2^a ed., Bologna-Roma, 1981, 116; di recente v. A. LUMINOSO, *op. cit.*, 280.

⁶⁰ Per uno spunto in questa direzione, v. anche M. MAUGERI, *La determinabilità del prezzo*, cit., 13. Si osservi, infine, che l'abusività della clausola sul prezzo di beni e servizi, come si evince dalle lett. n) e o) dell'art. 33, comma 2, c. cons., può discendere anche da una circostanza diversa dalla sua eccessività. Anche il prezzo eccessivo può essere sindacato qualora, secondo la regola, già richiamata, dell'art. 34 c. cons., la clausola che lo determini sia intransparente.

⁶¹ V. CAREDDA, *op. cit.*, 345, che osserva che, mentre l'art. 1657 c.c. risolve in ogni caso l'assenza della pattuizione concernente il corrispettivo, l'art. 1474 c.c., invece, è idoneo a salvare il contratto indeterminato solo dove possano operare i criteri dallo stesso articolo previsti.

Ad una prima analisi, questo articolo sembra inapplicabile allo scopo di colmare lacune derivanti dalla nullità parziale nei contratti coi consumatori, poiché richiama, come fonti integrative, gli usi e, in via residuale, l'intervento giudiziale.

In effetti, la limitata apertura della Corte di Giustizia all'integrazione tramite il diritto suppletivo si fonda sulla considerazione che le norme nazionali che disciplinano condizioni contrattuali si presumono non vessatorie (considerando 13 dir. 93/13/CEE) e, per questa ragione, sono escluse dal relativo giudizio quelle clausole che ripetono il contenuto di «disposizioni legislative o regolamentari imperative» (art. 1, co. 2, dir.), nonché di «regole che per legge si applicano tra le parti contraenti allorché non è stato convenuto nessun altro accordo» (v. ancora considerando 13)⁶². Tale presunzione, nella logica della Corte di Giustizia, si giustifica per avere il legislatore nazionale già valutato a monte l'equilibrio contrattuale confluito nella norma suppletiva: il ragionamento non potrebbe dunque estendersi a quelle disposizioni che non cristallizzano un equilibrio preciso⁶³.

Questa posizione merita però di essere rimeditata nel contesto dell'integrazione di cui ci stiamo occupando (eccezionale e riservata al caso limite di una caducazione particolarmente pregiudizievole per il consumatore), sottolineando il referente normativo su cui questa si fonda.

Non viene infatti direttamente in rilievo l'art. 1374 c.c., norma dal campo di applicazione potenzialmente molto vasto e dettato nella disciplina del contratto in generale. Del resto, secondo l'interpretazione che si è qui condivisa (*supra*, par.

⁶² Come la CGUE ha chiarito a seguito di numerosi rinvii giudiziari ungheresi sul tema dei mutui espressi in franchi svizzeri (v., CGUE, 20 settembre 2018, causa C-51/17, *OTP Bank Nyrt. e OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt.*; CGUE, 14 marzo 2019, *Dunai*, cit.; CGUE, 2 settembre 2021, *OTP Jelzálogbank Zrt.*, cit.; in argomento, G. D'AMICO, *La Corte di Giustizia e la vicenda (ungherese) dei mutui in valuta estera stipulati con un consumatore*, in *Contratti*, 2021, 5 ss.; S. PAGLIANTINI, *I mutui indicizzati ed il mito di un consumatore "costituzionalizzato": la "dottrina" della Corte di Giustizia da Árpád Kásler a Dziubak*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1258 ss.), l'insindacabilità dell'equilibrio predefinito dal legislatore riguarda anche le norme attraverso cui vengano autoritativamente sostituite condizioni contrattuali abusive: la conseguenza è che il giudizio di vessatorietà della clausola originaria (sostituita) non può travolgere quella nuova, predefinita dal legislatore in sostituzione della precedente. Rimangono fermi, però, da un lato, la necessità di ripristinare la situazione che si sarebbe verificata se la clausola abusiva non fosse mai esistita e, dall'altro lato, il potere-dovere del giudice di sindacare altre clausole, anche se collegate con quella interessata dalla sostituzione normativa e pure se l'invalidità di detta clausola travolga l'intero contratto.

⁶³ CGUE 3 ottobre 2019, *Dziubak*, cit.



3), questa disposizione non fornisce criteri suppletivi utili alle lacune che attengono ad elementi essenziali del contratto. Se non ci fosse l'art. 1657 c.c., infatti, non dovrebbe dubitarsi della nullità del contratto di appalto per indeterminabilità del corrispettivo, a nulla rilevando il disposto dell'art. 1374 c.c.

Va allora preso atto della specificità del richiamo agli usi e all'intervento giudiziale contenuto nella norma in esame, che rappresenta, nell'ottica del legislatore nazionale, il frutto di una precisa scelta di politica del diritto: per quel determinato tipo contrattuale (nel nostro caso, l'appalto), l'eterointegrazione del regolamento contrattuale su aspetti essenziali del rapporto è valutata come preferibile rispetto all'alternativa della sua caducazione.

Se si accoglie questa ricostruzione, emerge allora che l'art. 1657 c.c. è qualitativamente differente dall'art. 1374 c.c., perché, nonostante il richiamo a concetti elastici, a tale disposizione l'ordinamento ha assegnato funzione suppletiva con riguardo ad un elemento essenziale del contratto (il corrispettivo).

Movendo da questo quadro, l'argomento della giurisprudenza europea che esclude il richiamo agli usi e all'equità per solo il fatto che non sarebbe possibile presumere per questi la non abusività dell'equilibrio risultante dalla loro applicazione, si rivela, considerato da solo, piuttosto debole.

Anzitutto, gli usi a cui fa rinvio l'art. 1657 c.c. sono usi normativi⁶⁴, anch'essi, quindi, diritto nazionale ai sensi dell'art. 1 d.p.c.c.: è vero che la direttiva fa espressamente riferimento alle norme legislative e regolamentari; occorre però altresì rilevare, dall'altra parte, che, ai sensi dell'art. 8 d.p.c.c. gli usi hanno efficacia proprio perché richiamati da una norma scritta (intervendo in una "materia regolata da leggi"). Rimane da osservare che, nel nostro caso, la norma di rinvio non è quella dettata dall'art. 1374 c.c.⁶⁵, ma è una norma speciale, applicabile, secondo la ricostruzione qui suggerita, anche nell'ipotesi di integrazione cogente.

Per quanto riguarda infine la determinazione giudiziale, ci si può limitare al rilievo che sembra paradossale ritenere che per essa non possa valere la presunzione di non vessatorietà, atteso che il relati-

vo giudizio, con riguardo alle clausole di un contratto, è istituzionalmente riservato proprio al giudice.

Dirimente è, allora, che, di fronte all'impossibilità di predefinire un equilibrio rigido, lo stesso legislatore abbia valutato preferibile, con riguardo a specifici contratti, rimettere in ultima istanza al giudice l'integrazione del negozio in relazione ad un aspetto essenziale, piuttosto che permettere la nullità integrale⁶⁶.

8. La prospettiva (talora inevitabile) della caducazione del contratto.

Le riflessioni sino a qui articolate consentono di concludere che è ammissibile l'integrazione del contratto del consumatore, parzialmente nullo, ricorrendo a specifiche norme suppletive, anche quando queste riguardino un elemento essenziale del regolamento negoziale (nelle ipotesi esaminate, il prezzo della vendita e il corrispettivo dell'appalto) e persino quando affidino al giudice un limitato potere determinativo, financo equitativo.

Rimane però fermo che questo procedimento può svilupparsi solo se ricorre una disposizione idonea a colmare il vuoto lasciato dalla nullità della clausola.

Occorre dunque considerare la possibilità che manchi nel diritto nazionale una disciplina idonea a colmare la lacuna di un contratto che, come residua dall'eliminazione della clausola abusiva, non può rimanere in piedi.

Come si è accennato, la parte più significativa della ricostruzione giurisprudenziale europea ha avuto origine da rinvii pregiudiziali relativi a contratti di finanziamento. Sono state vagliate con una certa frequenza le clausole contrattuali che indicizzano il prestito ad una valuta estera o prevedono che questo debba essere restituito in detta valuta, patti, questi, che attengono, a ben vedere, all'essenza del regolamento contrattuale⁶⁷: la loro semplice espunzione, infatti, quand'anche il contratto possa essere ugualmente eseguito, rischia di incidere sul cuore

⁶⁴ Il rilievo è pacifico: per tutti, G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario UTET*, Torino, 1980, 88 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., 469.

⁶⁵ Come condivisibilmente rileva E. CAPOBIANCO, *op. cit.*, 396, la condizione di rilevanza degli usi non *contra legem*, consistente nel richiamo normativo, è soddisfatta in via generale proprio dall'art. 1374 c.c. che rende, nel raggio di applicazione di questa disposizione, superflua una norma puntuale. Una tale norma torna però necessaria quando, come nel caso che ci occupa, il richiamato art. risulti inapplicabile.

⁶⁶ Cfr. V. BACHELET, *Abuso di dipendenza economica*, cit., 304.

⁶⁷ V., in relazione ad un mutuo espresso in moneta estera che prevedeva che la somma dovesse essere restituita in tale valuta, CGUE, 20 settembre 2017, C-186/16, *Andriciuc*. Come si è sopra ricordato (v. *supra*, par. 3), la valutazione dell'essenzialità della clausola è rimessa però al diritto nazionale. Ad esempio, in CGUE, 18 novembre 2021, *A.*, cit., dove era in discussione la clausola che definiva il rischio di cambio di un mutuo indicizzato a valuta estera, la Corte di Giustizia sembra muovere dal presupposto che il giudice del rinvio abbia ritenuto non essenziale quella pattuizione.





dell'operazione economica pattuita, al punto da trasformarla in una sostanzialmente diversa⁶⁸.

In questa sede, non si vi è spazio per prendere in esame la specifica (e complessa) questione del rilievo di queste clausole secondo il diritto italiano⁶⁹: piuttosto, seguendo l'itinerario del diritto vivente europeo, preme confrontarsi con la prospettiva, alla quale può trovarsi di fronte il giudice nazionale nel singolo caso al suo vaglio, del contratto che richieda un'integrazione, che, alle condizioni del diritto europeo, non può tuttavia avvenire, per l'assenza di una norma di diritto dispositivo.

Di fronte all'eventualità dell'assenza di una norma nazionale utile ad integrare il contratto, la Corte di Giustizia, nella sentenza *Banca B.SA*⁷⁰, ha

⁶⁸ Cfr. i rilievi del giudice polacco del rinvio, da cui CGUE 3 ottobre 2019, *Dziubak*, cit. ha precisato che la sopravvivenza del contratto non è imposta dalla direttiva europea, dipendendo dal diritto interno; v. S. PAGLIANTINI, *I mutui indicizzati ed il mito di un consumatore "costituzionalizzato"*, cit., 1262 ss.

⁶⁹ In termini generali, si può osservare che la nullità parziale necessaria non implica, nel nostro ordinamento, una deroga alla regola dell'art. 1424 c.c., che subordina la conversione del contratto nullo alla verifica della volontà ipotetica dei contraenti alla luce dello «scopo perseguito» dai medesimi. Muovendo da questo ragionamento, anche nell'ordinamento italiano si può verificare l'ipotesi di un contratto praticamente eseguibile ma che, per effetto dell'espunzione della clausola vessatoria, risulti sostanzialmente diverso da quello originariamente pattuito, con la conseguenza che dovrebbe dunque ritenersi nullo. Prima di giungere alla conclusione della nullità integrale, va interrogato il diritto dispositivo: la nullità di una clausola che stabilisce l'interesse corrispettivo di un mutuo, ad esempio, non può essere eliminata senza stravolgere l'operazione contrattuale (quale sarebbe la trasformazione del mutuo in gratuito). Eppure, l'invalidità integrale che ne conseguirebbe può essere qui evitata ricorrendo alla norma dispositiva che prevede, in assenza della diversa volontà delle parti, il tasso di interesse legale: A. D'ADDA, voce *Integrazione*, cit., 632.

Vi è da considerare che lo specifico tema dei mutui indicizzati ad una valuta estera è divenuto oggetto di attenzione del dibattito italiano non soltanto dalla prospettiva consumeristica (da questa angolazione, v., con particolare riferimento alla clausola di doppia conversione dell'importo in caso di estinzione anticipata del mutuo da parte del consumatore, Cass. 31 agosto 2021, n. 23655, in *Giur. it.*, 2022, 579, con nota di P. GALLO, *I mutui indicizzati al franco svizzero al vaglio della Cassazione*, che segue il provvedimento dell'AGCM n. 27214/2018), ma anche da quella finanziaria: v. per i necessari riferimenti, anche alla questione se l'indicizzazione possa costituire un "derivato implicito" (questione su cui pende la decisione delle Sezioni Unite, dopo l'ordinanza interlocutoria Cass., 16 marzo 2022, n. 8603), A.M. GAROFALO, *I finanziamenti indicizzati al franco svizzero: attendendo le Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, 833 ss.

⁷⁰ CGUE, 25 novembre 2020, *Banca B.SA*, cit. La pronuncia ha ad oggetto le clausole di un contratto di mutuo che definivano il meccanismo di calcolo del tasso di interesse variabile, al termine di un primo periodo a tasso fisso. I giudici rumeni muovono dal presupposto dell'essenzialità della clausola relativa agli interessi e muovono dal presupposto dell'assenza di una specifica norma suppletiva.

chiarito che, con l'obiettivo di assicurare un elevato livello di tutela del consumatore, il giudice nazionale deve adottare, conformemente al proprio diritto interno, «tutte le misure necessarie» per attenuare le conseguenze pregiudizievoli che derivano al consumatore per effetto della caducazione del contratto.

In quella fattispecie, la Corte ha ritenuto compatibile con la dir. 93/13/CEE il meccanismo del diritto rumeno che consente al giudice di rimettere alle parti la rinegoziazione del profilo abusivo del contratto, ma alla condizione che sia lo stesso giudice ad individuare la cornice entro la quale devono muoversi le trattative, onde evitare che sfocino in nuovo abuso.

La strada della rinegoziazione, la quale rimette, in buona sostanza, l'integrazione del contratto alle parti, è certamente percorribile, in astratto, anche nel diritto italiano⁷¹. Tacendo delle difficoltà che questa soluzione incontra in conseguenza del contesto in cui questa è chiamata operare (squilibrio di forza contrattuale)⁷², solo in parte attenuate dal ruolo di arbitro del giudice, il principale limite è dato, però, dall'assenza di una norma che imponga alle parti di addivenire al risultato di un accordo equo⁷³.

⁷¹ Come è noto, sono discussi nel nostro ordinamento l'esistenza e l'eventuale fondamento di un obbligo di rinegoziazione in capo ai contraenti nell'ipotesi di sopravvenienze di fatto che comportino una maggiore onerosità delle obbligazioni contrattuali: v., a titolo esemplificativo, tra i favorevoli, F. MACARIO, voce *Contratti di durata*, in *I Tematici*, cit., 124 ss. e già R. SACCO, in ID., DE NOVA, *Il contratto*, Milano, 2016, 1711; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, 2ª ed., Milano, 2011, 972 s.; in senso critico, invece, M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 467; E. TUCCARI, *Sopravenienze e rimedi nei contratti di durata*, Milano-Padova, 2018. Il dibattito, rinvigoritosi all'indomani della pandemia da Covid-19 (v., ad es., da prospettive diverse, F. PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, in *Contratti*, 2020, 504 ss.; A.M. BENEDETTI, R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *www.dirittobancario.it*, editoriale marzo 2020, 3 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il governo delle sopravvenienze contrattuali e la pandemia COVID-19*, in *Corr. giur.*, 2020, 581), non ha però prodotto soluzioni univoche con riguardo alle conseguenze del fallimento delle trattative. La soluzione più ricorrente, che affida al giudice un potere di intervento residuale per definire le nuove condizioni contrattuali (v., in questo senso anche le indicazioni provenienti dal diritto francese riformato [cfr. il nuovo art. 1195 *code civil*], dal disegno di legge di delega di riforma del codice civile italiano S 1151 del 2019, e dal *soft law* [art. 6.1.1.1 *Principles of European Contract Law*]), non sembra comunque percorribile nelle ipotesi considerate in questo studio, per effetto della chiusura della Corte di Giustizia all'integrazione giudiziale.

⁷² Le principali sono sintetizzate da M. FARINA, *op. cit.*, 454 ss.

⁷³ Sul punto S. PAGLIANTINI, A. PALMIERI, *Il post-vessatorietà come una "Baustelle im Dunkeln"?*, in *Foro it.*, 2021, IV, 298, hanno ipotizzato un inquadramento basato sull'art. 185-bis c.p.c. Anche in questo caso rimane però arduo cogliere conse-

Appare perciò imprescindibile estendere la riflessione a quelle misure che possono essere evocate allorché non vi sia modo di impedire la caducazione dell'intero contratto.

Il ragionamento deve cioè addentrarsi sul piano delle restituzioni.

Per quanto concerne i contratti di mutuo, occorre muovere dalla considerazione che l'effetto particolarmente pregiudizievole che il consumatore può soffrire discende dall'obbligo di restituire immediatamente l'intera somma ricevuta dal mutuante⁷⁴.

Pare dunque utile domandarsi se, ed in quale misura, gli strumenti offerti dal diritto civile generale

guenze del fallimento della trattative sul piano sostanziale del rapporto (ulteriori a quelle previste, a livello processuale, dal codice di rito): v. pure M. CALDORO, *Clausole abusive e rimedi alla caducazione: rimessione delle parti alle trattative, nuova frontiera (o terra incognita)?*, in *Contr.*, 2021, 285. Scettici, nell'ordinamento tedesco, C. WENDEHORST e F. GRAF VON WESTPHALEN, *op. cit.*, 235 e C. HERRESTHAL, *op. cit.*, 592.

⁷⁴ Sintetizza così CGUE, 30 aprile 2014, *Kásler e Káslerné Rábai*, cit.: «un annullamento del genere ha in via di principio per conseguenza di rendere immediatamente esigibile l'importo residuo dovuto a titolo del prestito in proporzioni che potrebbero eccedere le capacità finanziarie del consumatore e, pertanto, tende a penalizzare quest'ultimo piuttosto che il mutuante il quale non sarebbe di conseguenza dissuaso dall'inserire siffatte clausole nei contratti da esso proposti». Fa direttamente riferimento al pregiudizio che discende dall'esigibilità immediata del credito restitutorio del professionista anche CGUE, 25 novembre 2020, *Banca B.S.A.*, cit. In dottrina, richiama questo rischio FORNASIER, *op. cit.*, n.m. 10.

Diversamente, qualora il mutuo fosse in una fase avanzata della sua esecuzione, al punto che il pregiudizio che il consumatore ha subito consista nell'aver versato un "di più" per effetto della clausola abusiva, il problema può essere più agevolmente risolto mediante la ripetizione dell'indebito. In una simile situazione, la CGUE, 31 marzo 2022, *Lombard*, cit., sembra avere avallato la soluzione del giudice nazionale di primo grado da cui era poi provenuta la causa oggetto del rinvio pregiudiziale: tale giudice, per calcolare il debito restitutorio del professionista, ha riqualificato il contratto di finanziamento come se fosse stato espresso nella moneta nazionale, determinando poi il tasso di interesse applicabile. In motivazione, la Corte ha subito dopo ricordato, però, che «che la competenza del giudice non può andare al di là di quanto è strettamente necessario per ripristinare l'equilibrio contrattuale tra le parti contraenti e quindi per tutelare il consumatore dalle conseguenze particolarmente dannose che l'annullamento del contratto di finanziamento in questione potrebbe provocare».

Altro problema è l'eventuale prescrizione del diritto restitutorio del consumatore, se si muove dal presupposto che il *dies a quo* dell'indebito conseguente alla nullità inizia a decorrere dal termine del pagamento e non da quello dell'accertamento dell'invalidità (nell'ordinamento italiano, v. Cass., 13 aprile 2005, n. 7651). A tale proposito la CGUE, 8 settembre 2022, *D.B.P.*, cit., ha però precisato che il principio di effettività impone che il termine di prescrizione non decorra prima che il consumatore abbia avuto la possibilità di conoscere i propri diritti.

delle obbligazioni e dei contratti consentano di temperare questo pregiudizio⁷⁵.

In questa direzione, può tornare anzitutto utile la prospettiva della rinegoziazione. L'assenza di un obbligo giuridico di giungere ad un nuovo accordo, infatti, non rende irrilevante la circostanza che il fallimento delle trattative sia dipeso da un rifiuto o da un atteggiamento ostruzionistico del professionista. Questa condotta potrebbe infatti rilevare non in sé, ma unitamente all'eventuale richiesta, da parte dello stesso creditore, di adempimento, immediato e senza dilazioni, dell'obbligazione sorta in capo al mutuatario.

Si può infatti fondatamente dubitare che questo contegno sia conforme a correttezza, canone al quale, ai sensi dell'art. 1175 c.c., entrambe le parti del rapporto obbligatorio devono conformarsi. La buona fede, del resto, per un verso, costituisce un limite alla facoltà del creditore di rifiutare una prestazione parziale⁷⁶; per altro verso, è noto che questa clauso-

⁷⁵ L'esigenza di mitigare gli effetti pregiudizievoli della nullità integrale è stata peraltro avvertita anche dal legislatore nella disciplina di settore: si consideri infatti che, con riguardo ai contratti di credito al consumatore (Capo II del Titolo VI del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, t.u.b.), l'art. 125-bis, comma 9, t.u.b. prevede che, «in caso di nullità del contratto» per difetto della forma richiesta dal comma 1 o per carenza delle informazioni essenziali di cui al comma 8 dello stesso articolo, «il consumatore non può essere tenuto a restituire più delle somme utilizzate e ha facoltà di pagare quanto dovuto a rate, con la stessa periodicità prevista nel contratto o, in mancanza, in trentasei rate mensili».

⁷⁶ Sulla permeabilità della regola alle istanze della buona fede, v., da ultimo, L. STIZIA, *Il potere di scelta del creditore sulla prestazione incompleta*, Napoli, 2017, 150 ss.; più in generale, sulla buona fede quale limite alla pretesa del creditore, v. A. ZACCARIA, *La buona fede: da argine all'abuso del diritto a oggetto di un principio abusato*, in *St. iuris*, 2019, 3. Sulla buona fede con funzione «valutativa» del comportamento delle parti del rapporto obbligatorio, talora concettualmente sovrapposta a quella «integrativa», v. ampiamente F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 343 ss.; v. pure U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1984, 1 ss., che osserva che il metro della buona fede non cristallizza una soluzione *ex ante*, ma, incidendo sulla fase attuativa del rapporto, impone «al giudice di valutare il comportamento delle parti non soltanto sulla base della *regula iuris* riferibile alla fattispecie, ma anche sotto l'angolo visuale della congruità rispetto a certe esigenze, che le circostanze del caso possono rivelare» (ivi, 27). Discorre di «funzione integrativa in *executivis*» della buona fede A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja, G. Branca, Bologna-Roma, 1988, 324 ss., per indicare che il creditore deve potere tollerare una difformità della prestazione – quale è anche un'esecuzione in tempi diversi da quelli da osservarsi in forza del titolo – quando non ne risulti compromesso l'interesse sostanziale al godimento delle utilità ad esse intrinseche. Il ragionamento, condotto dall'A. sulle obbligazioni contrattuali può essere esteso anche a quelle di fonte legale, come quella in esame. Per una ricostruzione della buona fede come





la generale, attraverso la figura della c.d. inesigibilità del credito, sia idonea financo a paralizzare la pretesa del creditore⁷⁷.

Il sacrificio che si richiederebbe al professionista pare del resto del tutto ragionevole: da un lato, l'estinzione del rapporto contrattuale, da cui origina il diritto restitutorio, può essere imputato proprio a questo soggetto; dall'altro lato, rimangono intoccate sia l'esistenza sia la consistenza di questo diritto, imponendosi solamente di sopportare un ritardo nell'adempimento⁷⁸.

criterio di determinazione legale della prestazione dovuta dal debitore, che opera anche nel senso di impedire al creditore di abusare del proprio diritto (e di imporgli di attivarsi, entro i limiti del proprio apprezzabile sacrificio per tutelare le ragioni del debitore), C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1990, 86 ss.

⁷⁷ Sulla scorta dell'inesigibilità, al fine di tenere conto della necessità di salvaguardare interessi preminenti del debitore (preziosamente di tipo personale, ma anche patrimoniale), la pretesa del creditore è sostanzialmente paralizzata (nel senso che sarebbe contraria a buona fede una richiesta di adempimento), con effetti analoghi all'impossibilità temporanea quanto all'esonero del debitore dalla responsabilità da ritardo: v., su questa figura, L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1089 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. Iudica, P. Zatti, Milano, 1991 492 ss.; F. PIRAINO, *La buona fede*, cit., 447 ss.; A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, Milano-Padova, 2021, 34 ss.

⁷⁸ Istruttiva è la vicenda dalla c.d. *Verwirkung*, la cui cittadinanza nel diritto italiano delle obbligazioni è stata recentemente affermata, sovvertendo il precedente orientamento espresso in Cass., 15 marzo 2004, n. 5240, da Cass., 14 giugno 2021, n. 16743, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 1043, con commenti di G. D'AMICO, F. MACARIO, C. SCOGNAMIGLIO e M. ORLANDI, *ivi*, II, 1164 ss. In applicazione di questo istituto, la S.C., nella pronuncia da ultimo citata, invocando la buona fede e il correlato divieto di abuso del diritto, ha individuato una fattispecie estintiva del credito nell'inerzia prolungata nell'esercizio di tale diritto (nella specie avente ad oggetto i canoni di una locazione abitativa) da parte del suo titolare, unita, da un lato, alla contraddittorietà di una successiva richiesta, repentina ed immediata, dell'intero importo dovuto da parte dello stesso, e, dall'altro lato, all'affidamento ingenerato nel debitore di una rinuncia alla pretesa. Tra le critiche rivolte a questo percorso argomentativo, quella che pare di maggiore peso riguarda i suoi esiti: la conseguenza del carattere abusivo del contegno del creditore – che si ricava dalla menzionata contraddittorietà del suo atteggiamento oltre che dall'ingiustificato aggravio per il debitore – non dovrebbe comportare l'estinzione del diritto, in assenza di remissione (v. pure C. SCOGNAMIGLIO, *La Verwirkung ed i suoi limiti innanzi alla Corte di Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 1188 ss., che rileva come, nel caso al vaglio della S.C., fosse rintracciabile un assetto della volontà delle parti del contratto incompatibile con l'esercizio della pretesa creditoria), ma il diniego di tutela alla specifica pretesa che il titolare, in forza di questo diritto, avanzi con modalità contrarie a buona fede: v. in particolare, F. PIRAINO, *La protratta inerzia nell'esigere il credito, tra remissione tacita, Verwirkung e divieto di abuso del diritto*, in *Eur. dir. priv.*, 2022, 216 ss., che da ciò ricava, quali possibili soluzioni pratiche della vicenda al vaglio della S.C., che il creditore avrebbe dovuto negoziare con il debitore un termine, oppure, ancora, pattuire un «piano di rientro» (solu-

Una seconda soluzione⁷⁹ può essere rintracciata nella norma del diritto generale delle obbligazioni che disciplina il tempo dell'adempimento.

L'art. 1183 c.c. prevede che, qualora non sia stato previsto un tempo per adempiere, le ipotesi configurabili si risolvono in un'alternativa: se, «per la natura della prestazione, ovvero il modo e il luogo dell'esecuzione», un termine è necessario ma le parti non si accordano su di esso, questo è fissato dal giudice; diversamente, la prestazione è immediatamente esigibile (*quod sine die debetur, statim debetur*).

Nel nostro caso, trattandosi di un'obbligazione di fonte legale (art. 2033 c.c.) avente ad oggetto una somma di denaro, sembrerebbe scontata la conclusione che il creditore possa pretendere immediatamente l'adempimento integrale⁸⁰.

Invero, già nella disciplina di alcuni tipi contrattuali, il legislatore ha mostrato di dare rilevanza non solo alla mera eseguibilità della prestazione, ma anche all'interesse delle parti alla luce del contratto concluso.

zione, questa, già avanzata da G. D'AMICO, *Buona fede ed estinzione parziale del diritto di credito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 1166 s. e 1170). Non è infatti il diritto a costituire il frutto di un abuso ma il modo in cui, concretamente, questo viene esercitato. Se, dunque, si giunge alla conclusione dell'abusività della condotta del professionista che, dopo avere provocato la nullità dell'intero contratto di finanziamento, esiga la restituzione immediata del capitale dato a mutuo, può ipotizzarsi di estendere le soluzioni da ultime prospettate anche a questa ipotesi, aggiungendosi a ciò l'osservazione che, in questo caso, essendosi ormai al di fuori del perimetro del contratto (e dunque dai limiti all'integrazione giudiziale posti dalla Corte di Giustizia), ben potrà sopperire una decisione del giudice nell'articolazione del programma restitutorio in caso di fallimento anche di questa seconda negoziazione.

⁷⁹ La prima soluzione, di cui si è appena discusso, appare più ardua da percorrere se l'obbligazione di cui si tratta è valutata atomisticamente. Vi è infatti una cesura tra il comportamento riprovevole del professionista, da cui discende la nullità del contratto e, dunque, il sorgere del credito restitutorio, e il sacrificio che il consumatore sopporta, che attiene all'attuazione di quell'obbligazione. D'altra parte, se infatti si considera, in modo isolato, solo questo rapporto obbligatorio, l'interesse del creditore all'esecuzione immediata della prestazione (la somma di denaro data a mutuo) si giustifica, per un verso, alla luce della sostanziale gratuità, per il consumatore, della disponibilità del capitale e, per un secondo verso, in considerazione della perdita della possibilità, per lo stesso professionista, di rimpiegare il denaro nella propria attività economica.

⁸⁰ Lo stesso art. 2033 c.c., dove stabilisce che i frutti e gli interessi sono dovuti, dall'*accipiens* di buona fede, dal giorno della domanda, sembra dare per scontato che, in tale momento, la prestazione restitutoria sia già esigibile. Invero, se si considera che la funzione della norma è distinguere la posizione del debitore a seconda del suo stato soggettivo, non vi è ragione per negare che essa debba essere coordinata con la regola generale, secondo cui il diritto agli interessi presuppone l'esigibilità del credito (v. art. 1282 c.c.).

Nel contratto di mutuo, ad esempio, qualora il termine non sia pattuito dalle parti, non può trovare applicazione l'art. 1183, comma 1, prima parte c.c. e, dunque, il principio dello *statim debetur*, perché, come è stato osservato in dottrina, il differimento del tempo della restituzione è presupposto fondamentale affinché il contratto realizzi la sua causa⁸¹.

Per questa ragione, il codice rimette in ultima istanza al giudice la fissazione del tempo dell'adempimento, «avuto riguardo alle circostanze». La decisione giudiziale ha funzione integrativa del regolamento contrattuale e risponde ad esigenze di coerenza rispetto alla funzione del contratto, da un lato, e alle circostanze del caso concreto, dall'altro lato⁸².

Indicativa è inoltre la disciplina del comodato precario, figura che, come è noto, si verifica quando manca un termine e questo non è neppure desumibile dall'uso a cui è destinata la cosa.

Nell'ipotesi in cui il contratto abbia ad oggetto un immobile, il rigido tenore della regola dell'art. 1810 c.c., che prevede l'obbligo di restituzione della cosa «non appena il comodante la richiede» è stato temperato dalla dottrina e dalla giurisprudenza seguendo due strade alternative.

Una prima ricostruzione, prevalente, muove dalla consonanza di questa regola con l'art. 1183, comma 1, prima parte, c.c., e, argomentando che la norma speciale sarebbe attuativa di quella generale, conclude che anche con riguardo al comodato precario possa trovare spazio il potere del giudice di stabilire un termine, segnatamente in quelle circostanze nelle quali la restituzione immediata rischia-

rebbe di arrecare al comodatario un grave pregiudizio⁸³.

Secondo una diversa lettura, l'art. 1810 c.c. derogherebbe all'art. 1183 c.c., con la conseguenza che non vi sarebbe alcuno spazio per un intervento (costitutivo) del giudice previsto da quest'ultima disposizione. A questi competerebbe unicamente valutare se l'esercizio del diritto di credito, formalmente ineccepibile, sia stato esercitato dal titolare secondo correttezza, ossia secondo buona fede (art. 1175 c.c.)⁸⁴.

Pur seguendo tecniche diverse – le quali, per inciso, riflettono la duplice soluzione qui prospettata con riguardo al problema in esame del tempo dell'adempimento delle obbligazioni restitutorie nascenti dalla nullità del contratto asimmetrico – il risultato pratico non muta: il comodatario potrà beneficiare di un termine non previsto dal titolo dell'obbligazione.

Tornando al problema oggetto della nostra indagine, posto che del potenziale rilievo della buona fede si è già discusso, occorre concentrare brevemente l'attenzione sull'art. 1183, comma 1, c.c., per chiedersi se, in forza di questa norma, si possa riconoscere in capo al giudice il potere di fissare un termine per l'adempimento anche nell'ipotesi di un'obbligazione restitutoria nascente dalla nullità di protezione.

Sembra potersi dare al quesito una risposta positiva: l'intervento del giudice, che – è bene ribadirlo – è strettamente residuale, risponde qui all'esigenza di evitare un grave pregiudizio del consumatore: tale pregiudizio non rileva di per sé, ma allo scopo, ben più sensibile per l'ordinamento, di salvaguardare l'effettività della scelta legislativa di tutelare il contraente debole, a fronte del rischio che questa

⁸¹ Per tutti, M. FRAGALI, *Del mutuo*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, 2^a ed., Bologna-Roma, 1966, 394; G. GIAMPICCOLO, *Comodato e mutuo*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, Milano, 1972, 93 s.; G. FAUCEGLIA, sub art. 1817, in *Dei singoli contratti. Art. 1803-1860*, a cura di D. Valentino, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2011, 214. Poiché il termine attiene alla funzione pratica del negozio e, dunque, alla struttura del rapporto, l'intervento del giudice incide sul contratto prima ancora che sull'obbligazione. Per questa ragione, autorevole dottrina, nonostante l'apparente affinità tra l'art. 1817 c.c. e le disposizioni dettate dall'art. 1183 c.c. ha ritenuto opportuno tenere distinte queste norme, reputandole espressione di esigenze regolative diverse: U. NATOLI, *op. cit.*, 97, il quale, osserva come, in questo caso, l'intervento giudiziale non «corregga» il regolamento negoziale, ma lo completa, atteso che la lacuna non può essere colmata dall'applicazione della regola suppletiva dello *statim debetur*.

⁸² V. M. FRAGALI, *op. ult. cit.*, 392; F. CARRESI, *Il comodato. Il mutuo*, in *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1954, 138. Come è noto, la disciplina del termine del mutuo tiene conto, da un lato, dell'interesse del mutuatario a potere contare su di un ragionevole lasso di tempo per la restituzione e, dall'altro lato, della normale onerosità del prestito, che si traduce per il mutante in un'occasione di profitto.

⁸³ U. NATOLI, *op. loc. ult. cit.*: ciò quando, secondo l'A., la restituzione immediata non sia possibile «per il modo o il luogo» in cui essa in concreto debba avvenire». Per questa via, si è persino ammesso che possa essere valutata l'esigenza del precarista di trovare una nuova sistemazione abitativa e non solo, quindi, il tempo strettamente necessario per lasciare vuoto l'immobile: v. A. CIATTI, *Il comodato*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e G. Gabrielli, Torino, 2008, 263; R. TETI, voce *Comodato*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, III, Torino, 1988, 48; in giurisprudenza, v. Cass., 17 ottobre 2001, n. 12655; Cass., 10 agosto 1988, n. 4291, entrambe in *One legale*.

⁸⁴ L. PELLEGRINI, sub artt. 1809-1811, in *Dei singoli contratti*, cit., 81 s.; secondo U. VINCENTI, *Sul tempo della restituzione nel comodato immobiliare senza determinazione di durata*, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 138 ss., la restituzione *ad nutum* del comodante non sarebbe espressione del principio dello *statim debetur* di cui all'art. 1183, comma 1, c.c., perché l'art. 1810 c.c. avrebbe piuttosto introdotto una determinazione *ex lege* del tempo dell'adempimento, che rinvia alla volontà del creditore. Non trovando applicazione il principio dettato dalla disciplina generale per le obbligazioni senza termine, neppure vi è spazio per il suo temperamento costituito dall'intervento giudiziale.



disciplina rimanga inoperante, rischio che si concretizzerebbe allorché la parte protetta, dinnanzi alla prospettiva di dovere restituire immediatamente tutto quanto ricevuto a mutuo, scegliesse di rinunciare⁸⁵.

Di qui, se non si vuole ricondurre questa esigenza di coerenza al concetto di «natura della prestazione» al quale la norma ricollega una deroga allo *statim debetur*⁸⁶, vi è sicuramente il terreno per immaginare una causa ulteriore rispetto a quelle elencate nella seconda parte dell'art. 1183, comma 1, c.c. che giustifica un allontanamento dalla regola dell'immediata esigibilità della prestazione senza termine⁸⁷.

In conclusione, al consumatore che venga raggiunto dalla domanda di ripetizione immediata di tutto quanto ricevuto, come conseguenza della nullità integrale, si prospetta la possibilità di domandare in giudizio, in applicazione dell'art. 1183 c.c., la fissazione di un termine a suo favore⁸⁸. In alternati-

⁸⁵ Non vi è dunque il rischio di confondere il termine giudiziale con il c.d. «termine di grazia», istituto che, nel nostro ordinamento, ha un rilievo del tutto eccezionale, ad es., in tema di locazioni, *ex art. 55, l. 27 luglio 1978, n. 392: v.*, sulla necessità di distinguere i concetti sottesi ai due tipi di termine, A. DI MAJO, *Adempimento in generale*, cit., 202; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., 230, nt. 63.

⁸⁶ In senso stretto, l'espressione fa in effetti riferimento alle complessità o difficoltà intrinseche alla prestazione, caratteri tali da richiedere un'attività preparatoria inconciliabile con la sua esecuzione immediata: cfr. per tutti, U. NATOLI, *op. cit.*, 99. Non sembra certo questo il caso della dazione di una somma di denaro, che, astrattamente, non richiede dilazioni. Il giudizio può però rovesciarsi se si valorizzano, da un lato, il carattere del debito (restitutorio) e la sua fonte (nullità del contratto conseguente ad un abuso di forza contrattuale del professionista) e, dall'altro lato, la concreta esigenza sistematica sottesa alla previsione di un congruo termine (evitare il fallimento della disciplina protettiva). In ciò può cogliersi il collegamento tra l'art. 1183 c.c. e l'art. 1175 c.c., di cui il primo articolo citato sarebbe espressione: in questo senso, A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, 197.

⁸⁷ Del resto, se è vero che, come ricorda A. DI MAJO, *Adempimento in generale*, cit., 207, l'intento del codice del 1942 era limitare il potere del giudice nello stabilire il termine, non si può negare che, come osserva U. NATOLI, *op. cit.*, 105, tale potere, ad un tempo, «vale (...) a contenere entro limiti ragionevoli il principio generale che legittima il creditore ad esigere immediatamente la prestazione, adeguando il rapporto alle effettive esigenze della situazione di fatto». Sulla non tassatività delle circostanze elencate nell'art. 1183, comma 1, c.c., v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., 231, che rileva come la necessità del termine possa derivare altresì dall'interesse del creditore e dalla causa del contratto.

⁸⁸ Invero, secondo U. NATOLI, *op. ult. cit.*, 99, il giudice potrebbe assumere questa pronuncia costitutiva, anche in assenza «di una espressa richiesta delle parti, quando risulti il loro disaccordo sul tempo dell'adempimento». Afferma il carattere (determinativo-)costitutivo della pronuncia anche A. DI MAJO, *Adempimento in generale*, cit., 207. Si tratterebbe di una pronuncia di mero accertamento per C.M. BIANCA, *op. loc. ult. cit.* (e, precisamente, di un atto di arbitraggio a contenuto valutati-

va, il giudice potrà, anche d'ufficio, rilevare l'eventuale contrarietà al parametro della buona fede del contegno del creditore, valorizzando, da un lato, il pregiudizio incombente sul consumatore e, dall'altro, il carattere censurabile dell'atteggiamento del professionista.

9. Considerazioni conclusive.

Nonostante i ripetuti interventi della Corte di Giustizia, la fase della post-vessatorietà nei rapporti coi consumatori mostra ancora rilevanti punti d'ombra.

Alcuni aspetti dello statuto giurisprudenziale, gradualmente consolidatosi negli ultimi anni, necessitano di ulteriori chiarimenti: non è chiaro, per citare un esempio, come si concilino, da un lato, la ferma chiusura nei confronti dell'integrazione giudiziale e, dall'altro, il compito del giudice, da ultimo affermato, di costruire un quadro entro il quale debbono muoversi le eventuali trattative delle parti in relazione ai profili essenziali del contratto colpiti dalla dichiarazione di vessatorietà.

Le cause della segnalata incertezza non sono però da imputarsi esclusivamente alla giurisprudenza europea.

Poiché la direttiva non si occupa direttamente dell'integrazione del contratto, il diritto vivente si è limitato a fissare alcuni (stringenti) paletti, con una funzione strumentale alla realizzazione degli obiettivi della disciplina armonizzata. Per questa via, a monte, sono state selezionate le ipotesi (residuali, come si è detto) in cui è ammesso colmare le lacune lasciate dalla nullità di protezione; nel merito, poi, il serbatoio a cui attingere a questo scopo è stato ristretto al diritto dispositivo, con l'esclusione delle clausole generali, oltre che di ogni ruolo attivo del giudice nel riscrivere il contenuto del contratto.

Entro questa cornice, il procedimento è governato dal diritto nazionale.

Volgendo lo sguardo all'interno del nostro ordinamento, si nota come i limiti europei che, nella sostanza, restringono le norme rilevanti per l'integrazione a quelle dispositive, riecheggiano quelli già individuati nel diritto interno da parte della dottrina, interrogatasi sul problema delle conseguenze della nullità parziale nel contesto della contrattazione asimmetrica – anche al di fuori, quindi, del contesto (armonizzato) dei rapporti con i consumatori.

vo) e C.A. CANNATA, *L'adempimento in generale*, in *Trattato di diritto privato* Rescigno, Torino, 1984, 105.



Nei contratti B2C, d'altra parte, una difficoltà che origina specificamente dalla necessità di confrontare gli insegnamenti della Corte di Giustizia con le soluzioni del diritto interno si riscontra nell'esame di alcune norme di diritto dispositivo, che, con riferimento ad alcuni tipi contrattuali, assegnano un ruolo alla determinazione giudiziale.

ne *ex art. 1183 c.c.*) – che non possono essere sfruttate nella fase dell'integrazione tesa a salvare il contratto, se non nei ristretti limiti (interni ed europei) sopra illustrati.

626

Oltre la nullità (parziale) di protezione del contratto B2c: integrazione e restituzioni nella prospettiva di una tutela utile per il contraente debole (Stefano Gatti)

Invero, allorché si risolve in una mera concretizzazione di dati oggettivi – come è per il caso dell'art. 1474 c.c. – un simile intervento non sembra inconciliabile con il diritto europeo: non è infatti contraddetto il ragionamento di fondo svolto dalla Corte di Giustizia, la quale muove dall'idea che il diritto dispositivo possa sostituirsi alla pattuizione abusiva nella misura in cui esprima un equilibrio predeterminato dallo stesso legislatore, che, per definizione, non può risultare anch'esso abusivo.

Tanto precisato, si sono evidenziati i limiti di questo argomento, quando giunga ad escludere non solo l'applicazione di norme che invocano il ricorso agli usi o all'equità come soluzione generalizzata – è il caso dell'art. 1374 c.c. (seppure residualmente rispetto alle norme scritte) –, ma anche di disposizioni che, nell'ambito della disciplina di alcuni tipi contrattuali e in modo del tutto sussidiario rispetto alla volontà delle parti, assegnano al giudice il ruolo di determinare un elemento essenziale del contratto (si è esaminato, in particolare, l'art. 1657 c.c.). Tali disposizioni sono infatti il frutto di uno specifico bilanciamento normativo, in esito al quale è ritenuta preferibile la soluzione di "salvare" il contratto, anche al costo di collocare all'esterno dell'accordo la fissazione di un aspetto centrale dell'affare.

In ogni caso, l'aver attribuito la delicata fase dell'integrazione cogente (esclusivamente) a quelle norme del diritto dispositivo che si prestano (non solo a supplire, ma anche) a sostituire le determinazioni della volontà dei contraenti costringe ad affrontare, come evenienza possibile, la caducazione del contratto, anche qualora una simile soluzione rischi di pregiudicare gli interessi della parte che la norma che ha disposto l'invalidità mirava a proteggere.

Per questa ragione, la riflessione non deve trascurare la prospettiva restitutoria: l'obiettivo è sondare se, e in che misura, la disciplina delle restituzioni possa tenere conto delle esigenze di tutela intrinseche all'applicazione di una nullità di protezione.

Nella laconicità delle norme che presidiano la fase conseguente alla caducazione del contratto, le strade che paiono percorribili, sopra ipotizzate, valorizzano entrambe la disciplina generale del rapporto obbligatorio, sfruttando proprio quelle leve – le clausole generali (in particolare, la buona fede) e l'intervento giudiziale (nella fissazione di un termi-



MEDIAZIONE E USUCAPIONE: UNA QUESTIONE APERTA

Di Chiara Sartoris

| 627

SOMMARIO: 1. *Accordi di mediazione che accertano l'usucapione. I problemi.* - 2. *Ratio della mediazione obbligatoria in materia di usucapione.* - 3. *Il dibattito sulla trascrivibilità dell'accordo di mediazione sull'usucapione.* - 4. *Riflessione sui rapporti fra trascrizione e negozio di accertamento.* - 5. *L'art. 2643, n. 12 bis, c.c.: analisi di una disposizione problematica.* - 6. *Effetti della trascrizione dell'accordo di mediazione sull'usucapione.*

ABSTRACT. Il saggio analizza il delicato tema dell'accertamento dell'acquisto del diritto di proprietà in virtù dell'usucapione nella particolare ipotesi in cui detto accertamento costituisca l'esito del procedimento di mediazione. L'introduzione dell'art. 2643, n. 12 bis c.c., nel prevedere la trascrivibilità del verbale di mediazione concernente un diritto reale, sopisce solo apparentemente ogni dibattito in materia. Il saggio riflette, in particolare, sulla questione degli effetti imputabili alla trascrizione di tale verbale, ragionando alla luce dei rapporti con l'accertamento giudiziale dell'usucapione e i relativi effetti di pubblicità-notizia. L'obiettivo è quello di prospettare una soluzione interpretativa coerente con la ratio dell'istituto della mediazione e con le regole del sistema pubblicitario nel suo complesso.

The essay analyses the tricky issue of assessing the acquisition of property right by-means of usucapione with particular reference to the assessment which is the outcome of the mediation procedure. The introduction of the art. 2643, n. 12 bis, Civil code, on the legal registration of the mediation report concerning property right, only apparently puts an end to any debate on the matter. The essay reflects, in particular, on the issue of the effects deriving from the registration of this report, in the light of the relationship with the judicial assessment of the usucapione and the related publicity-news effects. The purpose is to provide an interpretative solution which aims at being coherent with the rationale of the institute of mediation and with the rules of the legal registration system as a whole.



1. Accordi di mediazione che accertano l'usucapione. I problemi.

628

L'accertamento dell'usucapione è tema da tempo dibattuto sotto vari profili, soprattutto per quanto riguarda la trascrivibilità e gli effetti connessi al regime pubblicitario degli accordi di mediazione¹. Difatti, solo apparentemente l'introduzione della norma sulla trascrivibilità dei verbali di mediazione concernenti diritti reali sopsice il dibattito sorto presso gli interpreti. Se, per un verso, l'art. 2643, n. 12 *bis*, c.c. sembra ammettere, implicitamente, la figura dei negozi di accertamento, per altro verso, tale disposizione pone problemi di coordinamento tra la sua collocazione topografica - nell'ambito della disciplina della pubblicità degli acquisti a titolo derivativo - e la natura dell'usucapione, quale modo di acquisto della proprietà a titolo originario. Delle due l'una: o si reputa che il legislatore, intervenendo sul regime pubblicitario, abbia inteso equiparare l'accordo di mediazione sull'usucapione agli atti di acquisto a titolo derivativo soggetti a pubblicità dichiarativa; oppure si tenta di interpretare la disposizione oltre il dato formale della sua collocazione, valorizzando la natura dell'istituto oggetto dell'accertamento (l'usucapione). In quest'ultima prospettiva, come si vedrà, l'accordo di mediazione può essere assimilato alla sentenza di accertamento dell'usucapione, la cui trascrizione ha valore di mera pubblicità-notizia (art. 2651 c.c.).

Le questioni appena tratteggiate, già rilevanti in sé, presentano anche un forte impatto a livello si-

¹ Per una prima ricognizione del tema, *ex multis*: D. DALFINO, *Note in tema di negozio di accertamento e trascrivibilità dell'accordo di conciliazione sull'intervenuta usucapione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 4, p. 1297 ss.; G. BARALIS, *L'accertamento negoziale dell'usucapione nell'ambito della mediazione riformata: il senso della trascrizione e i problemi connessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 6, p. 1369 ss.; A. DE DONATO, *La trascrizione dell'accordo conciliativo di accertamento dell'usucapione*, in *Vita not.*, 2014, p. 123 ss.; G. MINNITI, *Prime riflessioni sulla trascrivibilità dell'accertamento negoziale dell'usucapione*, in *Quaestiones*, 2014, p. 39 ss.; P. FORTI, *Brevi cenni sulla trascrizione degli accordi di accertamento dell'usucapione*, in *Riv. not.*, 2015, p. 1360 ss.; M. KROGH, *La trascrizione dell'accordo accertativo dell'usucapione*, in *Imm. e propr.*, 2016, p. 499 ss.; M.A. ADORNO, *La trascrizione dell'accordo di conciliazione in materia di usucapione*, in *Giust. proc. civ.*, 2017, p. 309 ss.; V. BRIZZOLARI, *La trascrizione del verbale di conciliazione relativo all'accertamento dell'acquisto per usucapione*, in *Contr.*, 2017, 1, p. 71 ss.; A. SPATUZZI, *La disponibilità dei beni usucapiti tra accertamento giudiziale ed extra-giudiziale*, in *Contr.*, 2017, 5, p. 601 ss.; D. AMADEI, *Riflessioni sull'accertamento negoziale e giurisdizionale dell'usucapione*, in M. Bove (a cura di), *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, Torino, 2017, p. 1 ss.; L. FOLLIERI, *L'accertamento convenzionale dell'usucapione*, Napoli, 2018; F. LA FATA, *Trascrizione e accordo di conciliazione che accerta l'usucapione e degiurisdizionalizzazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 4, p. 1215 ss.

stematico sui piani della certezza dei diritti e della sicurezza nella circolazione dei beni immobili. È chiaro, in effetti, che, a seconda di come si interpreti l'art. 2643, n. 12 *bis*, c.c., è possibile offrire una diversa soluzione a una serie di connesse questioni giuridiche. Si ricordano le più rilevanti: se sia possibile trascrivere negozi di accertamento dell'usucapione stipulati davanti a notaio fuori del procedimento di mediazione; se, più in generale, sia possibile trascrivere negozi di accertamento anche in ipotesi diverse dall'usucapione; ancora, se possano essere ricomprese nell'attività di mediazione e nel connesso regime pubblicitario anche altre ipotesi di acquisto della proprietà a titolo originario.

Nell'impossibilità di indagare tutti i ricordati aspetti, mi soffermerò sulla questione, logicamente antecedente e cruciale, degli effetti imputabili alla trascrizione del verbale dell'accordo di conciliazione. Proverò a offrire una chiave di lettura coerente, muovendo dall'analisi del n. 12 *bis* dell'art. 2643 c.c., inquadrato nelle sue origini storiche e nel suo fondamento, alla luce della disciplina della mediazione.

2. Ratio della mediazione obbligatoria in materia di usucapione.

Prima della introduzione della mediazione obbligatoria, l'unico modo per accertare l'intervenuto acquisto della proprietà mediante usucapione era rappresentato dall'esperimento di un'azione giudiziale volta a ottenere una sentenza (di accertamento) trascrivibile, ai sensi dell'art. 2651 c.c., cioè con finalità di pubblicità-notizia². Tuttavia, la patologica

² La funzione della trascrizione della sentenza di accertamento dell'usucapione è semplicemente quella di rendere noto ai terzi l'intervenuto acquisto della proprietà mediante usucapione. Sulle parti, pertanto, non grava alcun onere di trascrizione, poiché a questa l'ordinamento non ricollega alcun effetto sostanziale. Pacifico in giurisprudenza il principio secondo il quale la sentenza che accerta l'usucapione «non è preordinata allo scopo di determinare la preferenza tra più aventi causa da uno stesso dante causa, né al fine di assicurare la continuità delle trascrizioni». Così Cass., 21 giugno 1954, n. 2124, in *Foro it.*, 1954, I, p. 893 ss.; Cass., 3 febbraio 1969, n. 321, in *Giust. civ.*, 1969, I, p. 893 ss.; Cass., 29 aprile 1982, n. 2717, in *Foro it.*, *Rep.*, 1982, voce "Trascrizione", n. 16. In dottrina: C. MAIORCA, *La trascrizione*, in *Commentario al codice civile*, a cura di D'Amelio-Finzi, 1943, p. 229 ss.; P. RESTAINO, *Effetti della sentenza di accertamento di acquisti per usucapione*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1954, IV, p. 202 ss.; S. PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu e Messineo, XIV, 1, Milano, 1957, p. 106 ss.; F.S. GENTILE, *La trascrizione immobiliare*, Napoli, 1959, p. 523 ss.; R. NICOLÒ, *La trascrizione*, I, Milano, 1973; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. Schlesinger, 1991, II, p. 243 ss.; G. GABRIELLI, *La pubblicità legale nel sistema del codice civile*, in



lunghezza dei tempi del processo, unita alla complessità e onerosità del procedimento giudiziale, costituiva un chiaro deterrente a intraprendere questa strada. La descritta situazione creava, oltretutto, un evidente *vulnus* alla certezza dei diritti, in contrasto con i principi dell'ordinamento in tema di circolazione immobiliare. Già da queste sommarie considerazioni emerge l'importanza della introduzione di uno strumento come la mediazione nelle cause relative ai diritti reali.

Come è noto, l'obbligo di esperire il tentativo di mediazione in queste materie è stato previsto dall'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010³, in attuazione della legge n. 69/2009, la quale, su impulso della legislazione europea⁴, si pone il meritorio obiettivo di ri-

porre il contenzioso giudiziario garantendo tempi più ragionevoli di definizione dei giudizi civili e commerciali⁵. Questo risultato viene perseguito attraverso la valorizzazione dello strumento negoziale. L'idea è semplice quanto efficace: la regolamentazione in via pattizia dei conflitti di interessi, all'interno di una procedura dialettica mediata da un terzo imparziale. Una opportunità, dunque, che in questi anni di crisi – economica, sociale e sanitaria – si è rivelata sempre più cruciale, perché scommette sulla persona destinataria del servizio giustizia e sul suo valore, promuovendo il dialogo e la valorizzazione della «relazione tra chi offre giustizia e chi la chiede e la riceve». Dietro tale scelta del legislatore vi è la presa di consapevolezza che l'implementazione di una cultura della mediazione crei «autonomia e responsabilità, equilibrio, capacità di scelta delle

Riv. dir. civ., 1992, I, p. 477 ss.; V. MARICONDA, *La trascrizione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1997, p. 160 ss.; A. CHIANALE, voce *Pubblicità immobiliare*, in *Digesto disc. priv.*, XVI, Torino, 1997, p. 130 ss.; G. MICCOLIS, *Breve nota sull'efficacia "ultra partes" della sentenza di accertamento dell'avvenuto acquisto per usucapione*, in *Foro it.*, 2001, I, p. 1818 ss.; B. TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, IX, 2^a ed., Torino, 2004, p. 159 ss.; A. ZACCARIA, S. TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*, Torino, 2005; G. MARICONDA, *La pubblicità*, Napoli, 2005; E. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova, 2008; V. TAGLIAFERRI, *Circolazione dei beni immobili e trascrizione*, in A. Gambaro, U. Morello, *Trattato dei diritti reali, I, Proprietà e possesso*, Milano, 2011, p. 563 ss.; A. CIATTI CÀIMI, *Della trascrizione degli atti relativi ai beni immobili. Artt. 2643-2651*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2018; P. BOERO, *La trascrizione immobiliare, II, I trasferimenti e i vincoli*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2021.

³ Per uno studio sulla disciplina della mediazione obbligatoria introdotta dal d.lgs. n. 28/2010, si rinvia a: C. PUNZI, *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 853 ss.; F.P. LUISO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1275 ss.; R. CAPONI, *Delega in materia di conciliazione delle controversie*, in *Foro it.*, 2009, V, p. 354 ss.; I. PAGNI, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, in *Soc.*, 2010, 5, p. 619 ss.; G. ARMONE, *La mediazione civile: il procedimento, la competenza, la proposta*, *ivi*, p. 626 ss.; P. PORRECA, *La mediazione e il processo civile: complementarietà e coordinamento*, *ivi*, p. 631 ss.; M. BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 343 ss.; G.P. CALIFANO, *Procedura della mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, Padova, 2011; C. PILIA, *La mediazione volontaria*, Cagliari, 2012; G. PALERMO, *Mediazione e conciliazione. Riflessioni sulla disciplina introdotta dal d.lgs. 4.3.2010, n. 28*, in *Riv. not.*, 2012, p. 571 ss.; R. FAVALE, M. GAMBINI (a cura di), *Mediazione civile e strumenti alternativi di composizione delle liti. Itinerari*, Napoli, 2013.

⁴ Mediante i provvedimenti citati l'ordinamento italiano dà attuazione alla Direttiva 2008/52/CE «relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale». Si ricorda che, ai sensi dell'art. 1, l'obiettivo della mediazione è quello di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la loro composizione amichevole «garantendo un'equilibrata relazione tra il numero delle mediazioni e il procedimento giudiziario (*balanced relationship*

between the number of mediations and trials)», individuando nella mediazione una tutela complementare rispetto alla tutela giurisdizionale. In tema: E. MINERVINI, *La proposta di direttiva comunitaria sulla conciliazione in materia civile e commerciale*, in *Contr. e impr./Eur.*, 2005, p. 427 ss.; M.F. GHIRGA, *Conciliazione e mediazione alla luce della proposta di direttiva europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 463 ss.; ID., *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 357 ss.; V. VIGORITI, *La direttiva europea sulla mediation. Quale attuazione*, in *Riv. arb.*, 2009, p. 1 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 664 ss.; M. MICELI, *La direttiva CEE sulla Mediazione*, in *La mediazione nelle liti civili e commerciali*, Milano, 2011; AA.VV., *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*, a cura di N. Trocker, A. De Luca, Firenze, 2011; C. BESSO, *L'attuazione della direttiva europea n. 52 del 2008: uno sguardo comparativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 3, p. 863 ss.; A. DE LUCA, *La mediazione in Europa. Una questione di cultura, non di regole*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 6, p. 1451 ss.

⁵ Come è stato acutamente osservato in dottrina, accanto e oltre alla funzione deflattiva, il diritto alla mediazione è in grado di esplicitare una funzione ulteriore e più ampia, ossia quella culturale in senso lato. Cfr. P. LUCARELLI, *Crescita imprenditoriale e strategia relazionale. La mediazione insegna*, in AA.VV., *Mediazione e progresso. Persona, società, professione, impresa*, a cura di P. Lucarelli e G. Conte, Torino, 2012, la quale osserva, sia pure con riguardo alla attività di impresa, ma il discorso ha, chiaramente, portata più ampia: «Il diritto alla mediazione (...) potrebbe esplicitare una funzione educativa. La previsione del tentativo obbligatorio di mediare prima di rivolgersi al giudice per ampia parte del contenzioso civile e commerciale, oltre che una funzione consapevolmente affermata di deflazione del sistema giudiziario, possiede quella, meno avvertita forse, ma non per questo meno potente, di educazione alla riflessività, alla responsabilità di un uso consapevole della propria volontà: se è vero, infatti, che mediazione è vicenda che attraverso il confronto restituisce l'autonomia nella gestione dei problemi, è difficile poter negare che l'obbligo di passare con la necessaria consapevolezza dentro se stessi, per analizzarne le ragioni e riuscire a vedere quelle dell'altro, significhi educare all'autodeterminazione e alla crescita». Da questo particolare punto di vista, la mediazione costituisce, evidentemente, una opportunità da cogliere.



persone» e, nel contempo, generi «fiducia verso i consulenti, verso i decidenti, verso le istituzioni, favorendo, dunque, quel contributo di tutti al funzionamento delle istituzioni che realizza la coesione sociale»⁶.

Ai cittadini si offre, così, una strada di risoluzione delle controversie alternativa al processo e maggiormente efficace, oltre che più celere⁷. Per un ver-

so, perché non è necessario rispettare le formalità e le procedure – benché si tratti tecnicamente di garanzie – proprie del giudizio di cognizione. Per altro verso, perché l'autoregolamento che riassume la controversia è il frutto di una composizione di interessi derivante dall'opera di costante dialogo e confronto tra le parti, favorita dal mediatore; cioè da un professionista chiamato a combinare più saperi (giuridici, economici, psicologici, manageriali) e capacità (di ascolto, di empatia, di comunicazione), secondo un approccio trasversale e interdisciplinare. Compito del mediatore è, dunque, quello di assicurare, quasi maieuticamente, lo svolgimento di un confronto sereno e aperto tra le parti. L'obiettivo della procedura è il raggiungimento di un accordo amichevole (nel caso della c.d. mediazione facilitativa o compositiva) oppure di un accordo frutto dell'adesione delle parti a una proposta conciliativa formulata dal mediatore stesso (nel caso della c.d. mediazione valutativa o propositiva o aggiudicativa)⁸.

Al fine di evitare possibili rischi di confusione concettuale, merita chiarire subito che, dal punto di vista contenutistico, il c.d. accordo di mediazione va tenuto distinto dalla transazione di cui all'art. 1965 c.c., benché si tratti, a prima vista, di figure apparentemente simili⁹. Come è noto, la transazione è un

di mediazione e processo reputa quest'ultimo una *extrema ratio* rispetto alla ricerca di una composizione consensuale degli interessi. Dunque, pur muovendosi su un piano strutturalmente diverso da quello processuale e dalle correlative garanzie costituzionali (art. 24 Cost.), la mediazione è intrinsecamente legata al giudizio sia sul piano procedurale, trattandosi di condizione di procedibilità, sia sul piano funzionale, concorrendo al miglioramento dell'efficienza del sistema giurisdizionale. Si ricorda, peraltro, che la Corte Costituzionale ha chiarito la legittimità costituzionale della previsione del tentativo obbligatorio di conciliazione: «L'art. 24 Cost., laddove tutela il diritto di azione, non comporta l'assoluta immediatezza del suo esperimento, ben potendo la legge imporre oneri finalizzati a salvaguardare "interessi generali", con le dilazioni conseguenti» (così Corte Cost., 13 luglio 2000, n. 276, in *Foro it.*, 2000, I, p. 2752 ss.).

⁸ Per un approfondimento sui possibili risultati della procedura conciliativa si rinvia a: M.L. CENNI, *L'accordo di conciliazione. Profili generali*, in M.L. Cenni, E. Fabiani, M. Leo, *Manuale della mediazione civile e commerciale. Il contributo del notaio alla luce del d.lgs. n. 28/2010*, Napoli, 2012, p. 255 ss.; M. BUZIO, *La proposta di conciliazione*, *ivi*, p. 261 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, V, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, cit., p. 29-32.

⁹ Sulla disciplina e sulla importanza della transazione non ci si può soffermare specificamente in questa sede. Merita, comunque, ricordare la difficoltà che, da sempre, gli studiosi e gli interpreti incontrano nel comprendere tale negozio e il suo inquadramento sistematico. Basti pensare ai dubbi relativi alla natura contrattuale dell'istituto, pur prevalendo la tesi secondo cui si tratta di un contratto a titolo oneroso, bilaterale e a prestazioni corrispettive. Per un approfondimento sulla transazione si rinvia a: F. CARNELUTTI, *La transazione è un contratto?*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, I, p. 185 ss.; F. CARRESI, *Concetto e natura giuridica della transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, p. 361

⁶ Queste le parole di P. LUCARELLI, *Mediazione dei conflitti: una spinta generosa*, in *Giust. cons.*, 2021, I, p. 21-23. Si veda anche F. D'AGOSTINO, *Giustizia e riconciliazione*, in F. D'Agostino, R. Danovi, L. Eusebi, G. Garancini, *Conciliazione e riconciliazione*, Cinisello Balsamo, 2007, p. 14), il quale mette in evidenza che la mediazione si fonda su un presupposto indispensabile, cioè sulla fiducia delle parti «nella metamorfosi, nel mutamento di qualità della relazione interpersonale che ha assunto carattere conflittuale e che chiede di essere conciliata». Più in generale, si vedano anche: V. DENTI, *I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 426 ss.; M. CAPPELLETTI, *Appunti su conciliatore e conciliazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 57 ss.; P. GAGGERO, *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel sistema di "common law"*, in *Documenti giustizia*, 1994, p. 375 ss.; M. VENTURA, *Diritto, psiche e credenze nel conflitto*, in C. Brutti, R. Brutti (a cura di), *Mediazione, conciliazione, riparazione*, Torino, 1999, p. 90 ss.; R. CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR ("Alternative Dispute Resolution")*, in *Foro it.*, 2003, V, p. 174 ss.; U. PERFETTI, *Mediazione e conciliazione: aspetti sostanziali e deontologici*, in *Rass. forense*, 2010, p. 25 ss.; P. LUCARELLI, *La mediazione delle controversie commerciali*, in C. Besso (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2010, p. 199 ss.; ID., *Procedimento di mediazione e questioni di senso, in a mediazione civile un anno dopo: questioni vecchie e nuove*, in *Foro it.*, 2011, V, 9, p. 43-53; ID., *Mediazione dei conflitti: una spinta generosa*, cit., p. 15-31; I. PAGNI, *La competenza e la professionalità del mediatore nel difficile equilibrio tra autonomia negoziale e ruolo del terzo*, in *Foro it.*, 2011, V, p. 200 ss.; T. FRAGOMENI, *Mediazione e conciliazione*, Piacenza, 2011; F. RONDOT, *Dalla ragione alla ragionevolezza (la mediazione come luogo di cambiamento)*, in *Giur. it.*, 2012, p. 225 ss.; Aa.Vv., *Mediazione e progresso. Persona, società, professione e impresa*, a cura di P. Lucarelli, G. Conte, Torino, 2012; Aa.Vv., *Mediazione dei conflitti. Una scelta consapevole*, a cura di P. Lucarelli, Torino, 2019; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, V, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, Milano, 2022.

⁷ Lo strumento conciliativo non ha semplicemente una funzione deflattiva, ma è «complementare al processo» per due ragioni fondamentali: per un verso, perché «favorisce la sollecita amministrazione della giustizia civile», per l'altro, perché «la prospettiva di una tutela giurisdizionale efficiente tende a scoraggiare strategie ostruzionistiche nell'attuazione del rapporto sostanziale e ad incoraggiare soluzioni stragiudiziali della lite consensualmente definite». Così PAGNI, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, cit., p. 623. Nello stesso ordine di idee anche: G. ARMONE, *La mediazione civile: il procedimento, la competenza, la proposta*, cit., p. 627: «L'accesso alla mediazione si caratterizza come libertà del cittadino. (...) quasi per instaurare un parallelo con l'art. 24 Cost. e sottolineare che la mediazione si prospetta come strumento complementare e non alternativo rispetto alla giurisdizione»; P. PORRECA, *La mediazione e il processo civile: complementarietà e coordinamento*, cit., p. 632, il quale nel descrivere il rapporto tra me-



contratto tipico, volto a prevenire o a comporre conflitti di interessi mediante reciproche concessioni tra le parti, a prescindere dall'accertamento della situazione giuridica preesistente. La lite viene evitata o superata attraverso una ricomposizione tra gli interessi in contrasto fondata su valutazioni di convenienza. Da questo punto di vista, non a caso, la transazione, pur essendo uno strumento di soluzione di una lite civile, si differenzia nettamente, in quanto contratto, dalla sentenza, con la quale il giudice, dopo aver accertato la sussistenza di un diritto, e cioè dopo aver accertato la ragione, prospetta una soluzione. L'accordo di mediazione, per parte sua, si presenta come una figura da tenere distinta non solo dalla sentenza, ma anche dalla transazione. Come anticipato, la mediazione, pur prevedendo l'intervento di un terzo, dovrebbe condurre a un accordo, che costituisca il risultato di un dialogo tra le parti favorito dal mediatore, il quale svolge un ruolo affatto diverso da quello del giudice. Anzi, sotto un ulteriore punto di vista, merita rilevare che l'accordo di mediazione non è vincolato neppure dal principio processuale di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (art. 112 c.p.c.) e, quindi, ben può determinare una modifica della situazione sostanziale delle parti. Rimangono fermi, invece, trattandosi di un atto espressione dell'autonomia negoziale, gli ordinari limiti contrattuali rappresentati, tanto, dalle norme imperative, dall'ordine pubblico e dal buon costume, quanto dalla meritevolezza degli interessi perseguiti. Nel contempo, l'accordo di mediazione, come si diceva, non è sovrapponibile neppure alla transazione, considerato che, dal punto di vista strutturale, esso implica un accertamento volto a determinare il contenuto di una situazione preesistente rendendola certa e definitiva, senza postulare reciproche concessioni tra le parti e, quindi, senza pro-

durre sostanziali modifiche nel rapporto preesistente¹⁰.

In ultimo, sul piano della disciplina, ai presenti fini, merita evidenziare un dato. L'art. 11, comma 3, del d.lgs. n. 28/2010 richiede la formazione di un verbale di conciliazione da sottoporre alla sottoscrizione delle parti e del mediatore, nonché alla autenticazione da parte di un pubblico ufficiale autorizzato, ogniquale sia concluso uno dei contratti di cui all'art. 2643 c.c. Inoltre l'art. 12 prevede che il verbale di conciliazione, sottoscritto dalle parti, costituisca titolo anche per la iscrizione di ipoteca giudiziale. E qui si arriva allo specifico problema oggetto della presente indagine. Il d.lgs. n. 28/2010, infatti, sino alla modifica del 2013, niente prevedeva circa la possibilità di trascrivere l'accordo di mediazione nel particolare caso in cui esso accerti l'intervenuta usucapione.

3. Il dibattito sulla trascrivibilità dell'accordo di mediazione sull'usucapione.

La previsione dell'obbligo di mediazione anche per le controversie in materia di usucapione ha subito suscitato un vivace dibattito, non essendo chiaro, come anticipato, se fosse possibile la trascrizione del verbale dell'accordo. Pur non potendo ripercorre quel dibattito nel dettaglio – anche perché, come si dirà, oggi superato dall'art. 2643, n. 12 *bis* c.c. – si ricorda, brevemente, che l'orientamento prevalente era contrario alla trascrivibilità del verbale in esame¹¹. A fondamento di tale posizione si adduceva la

ss.; A. MATTEUCCI, *Contributo allo studio della transazione (L'incertezza e l'effetto giuridico)*, Padova, 1960; F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1963; N. VISALLI, *Transazione*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, diretta da W. Bigiavi, Torino, 1980, p. 364 ss.; E. DEL PRATO, voce *Transazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Torino, 1992, p. 813 ss.; ID., *Superamento della lite e transazione*, in *Riv. art.*, 2002, p. 366 ss.; ID., *La transazione*, in *Fuori dal processo. Studi sulle risoluzioni negoziali delle controversie*, Torino, 2016, p. 1 ss.: «la transazione è, dunque, in qualche misura, un contratto “bifronte”, nel quale confluisce una situazione pregressa per essere conformata da un nuovo regolamento»; G. GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999; M. FRANZONI, *La transazione*, Padova, 2001; ID., *La transazione risultato della mediazione (d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28)*, in *Resp. civ.*, 2012, p. 580 ss.; C. CICERO, *La transazione*, Milano, 2005; A. PALAZZO, *La transazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, *Obbligazioni e contratti*, XIII, 5, II ed., Torino, 2007, p. 379 ss.; D. COLANGELI, *La transazione*, Milano, 2012; I. RIVA, *La transazione invalida*, Padova, 2012; M. GALLETTI, *La transazione nel diritto europeo dei contratti. Regole e rimedi*, Torino, 2012.

¹⁰ L'accordo di conciliazione, dunque, come la disciplina attuale conferma, è affatto diverso dalla transazione. Come è stato osservato, l'accordo di conciliazione è uno strumento volto «a superare la litigiosità delle parti – più che a risolvere in senso tecnico la controversia – così da aprirsi, nei suoi contenuti, a tutti “gli interessi che siano comunque suscettibili di acquisire rilevanza nell'ambito del procedimento” con conseguente costituzione di un rapporto eventualmente anche del tutto autonomo da quello controverso» (così G. PALERMO, *Mediazione e conciliazione. Riflessioni sulla disciplina introdotta dal d.lgs. 4.3.2010, n. 28*, cit., p. 543 ss.). Nello stesso ordine di idee V. VIGORITI, *La direttiva europea sulla mediazione. Quale attuazione*, cit., p. 539 ss.: la logica della mediazione «non è quella dell'alternativa torto-ragione, e neppure quella della transazione su un solo rapporto, ma è quella più vasta della negoziazione che, di certo includerà la sistemazione della specifica controversia, senza peraltro escludere la modifica e la costituzione di nuovi rapporti».

¹¹ Cfr. Trib. Roma, 22 luglio 2011, in *Giur. merito*, 2012, p. 1081 ss., con nota di F. PETROLATI, *Controversia sull'usucapione: accesso alla mediazione e trascrivibilità del verbale di conciliazione*; Trib. Roma, 8 febbraio 2012, in *Foro it., Rep.*, 2012, “*Conciliazione in genere*”, n. 169; Trib. Catania, 24 febbraio 2012, in *Foro it., Rep.*, 2012, voce “*Conciliazione in genere*”, n. 174; Trib. Castrovillari, 29 maggio 2012, in *Foro it., Rep.*, 2012, voce “*Conciliazione in genere*”, n. 104. Per un'analisi di tale giurisprudenza v.: L. LORENZINI, F. LORENZINI, *La*

diversa rilevanza dell'accertamento raggiunto in sede di mediazione rispetto a quello conseguibile in sede giudiziaria: solo il giudice disporrebbe dei poteri e degli strumenti necessari ad accertare se il soggetto usucapito fosse effettivamente il proprietario del bene oggetto di usucapione. Non a caso, fino a tempi recenti, il codice civile contemplava unicamente la trascrivibilità della sentenza di accertamento dell'usucapione ai sensi dell'art. 2651 c.c. Diversa, conseguentemente, veniva reputata l'efficacia dei provvedimenti di definizione dei due procedimenti: a differenza dalla sentenza *ex art. 2651 c.c.*, che, una volta passata in giudicato, “*fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa*” (art. 2909 c.c.), l'accordo di mediazione, in quanto negozio meramente ricognitivo, del tutto privo, cioè, di effetti costitutivi, modificativi o estintivi, vincolerebbe esclusivamente le parti ai sensi dell'art. 1372 c.c.¹² D'altra parte, alle medesime conclusioni si perveniva ragionando anche sul principio di tassatività degli atti soggetti a trascrizione *ex art. 2643 c.c.*, considerato che, secondo l'orientamento prevalente, l'accordo di mediazione non realizza alcun effetto costitutivo, modificativo o estintivo. Nella consapevolezza che siffatta interpretazione, pur aderente al dato testuale, pregiudicasse l'efficacia della mediazione come strumento alternativo di risoluzione delle controversie, altra parte della dottrina e della giurisprudenza si è dimostrata favorevole, invece, alla trascrizione del verbale di mediazione e, anzi, ne ha suggerito l'opportunità. Diverse, tuttavia, sono state le opzioni ricostruttive proposte.

Secondo taluni, la pubblicità del verbale sarebbe giustificabile alla luce della sua equiparazione al negozio di transazione, per il quale l'art. 2643, n. 13, c.c. ammette la trascrizione: anche l'accordo in esame, come la transazione – si è detto – ha la fun-

trascrivibilità del verbale di mediazione in tema di usucapione, in Vita not., 2012, p. 689 ss.; C. TROISI, G. SALITO, *Trascrizione del verbale di conciliazione: il (mancato) ruolo del notaio*, in *Not.*, 2012, p. 136 ss.; G. DI MARCO, *Usucapione e trascrivibilità del verbale di conciliazione*, in *Corr. mer.*, 2012, p. 255 ss.; R. MASONI, *Mediazione e processo: rassegna della prima giurisprudenza edita*, in *Giur. mer.*, 2012, p. 1081 ss.

¹² A riprova della bontà di tale impostazione, i suoi sostenitori invocavano la considerazione che, diversamente ragionando, il procedimento di mediazione si sarebbe prestato a essere sfruttato dai privati per frodare i terzi, con conseguente pregiudizio per il principio di certezza dei diritti. Cfr. Trib. Roma, 22 luglio 2011, cit.: «(...) consentire la trascrizione *ex art. 2651 c.c.* del verbale di conciliazione in esame, equiparabile per il suo valore a un negozio di accertamento, andrebbe a minare la funzione di certezza dei rapporti giuridici cui è anche preordinato l'istituto della trascrizione, ben potendo le parti utilizzare tale istituto non per la composizione di una lite effettiva, ma per dissimulare operazioni negoziali ai danni di terzi, con seri pregiudizi alla circolazione dei beni. Si pensi al caso in cui il convenuto non sia l'effettivo proprietario del bene per cui è controversia (...)».

zione di superare un contrasto di posizioni e di instaurare un diverso vincolo tra le parti conforme alla soluzione concordata¹³. Tuttavia, per le ragioni in precedenza ricordate, tale assimilazione tra i due negozi non è apparsa convincente a molti. È stato sostenuto, allora, che l'unico modo di risolvere il problema pubblicitario sarebbe quello di concepire la natura dell'accordo conciliativo non come meramente dichiarativa, bensì come modificativa: tale accordo rimuoverebbe la situazione incerta sostituendola con una nuova situazione, certa, che modifica il rapporto preesistente¹⁴. Anche tale ricostruzione, tuttavia, si è prestata a critiche, prospettando una linea interpretativa in contrasto con la natura indiscutibilmente accertativa dell'accordo di mediazione. Non solo, merita sottolineare che entrambe le posizioni descritte si fondavano su un presupposto comune alquanto discutibile: ossia che l'acquisto avvenga a titolo derivativo, dal momento che il passaggio di proprietà si realizzerebbe per mezzo del negozio di accertamento.

Quest'ultimo punto dovrà essere ripreso più avanti, in quanto cuore dell'odierno dibattito sul tema in esame. In questa sede, preme rilevare che, alla luce delle incertezze pratiche, prima ancora che

¹³ Cfr. Trib. Palermo-Bagheria, 30 dicembre 2011, in *Obb. e contr.*, 2012, p. 1078 ss., con nota di S. REPPUCCI, *E' obbligatoria la mediazione in materia di usucapione?*; Trib. Como-Cantù, 2 febbraio 2012, in *Giur. merito*, 2012, p. 1077 ss., con nota di R. MASONI, *Mediazione e processo*. In dottrina v.: D. DALFINO, *Note in tema di negozio di accertamento e trascrivibilità dell'accordo di conciliazione sull'intervenuta usucapione*, cit., 4, p. 1303: «si vorrà ammettere che tra le due figure non corre un rapporto di contrapposizione o di esclusione, costituendo entrambe manifestazioni del potere dispositivo riconosciuto dall'ordinamento ai privati *ex art. 1321 e 1322 c.c.*». Secondo l'A., l'equiparazione tra le due figure si fonderebbe su due considerazioni: per un verso, anche la conciliazione, come la transazione, presuppone un iniziale contrasto di posizioni che viene composto tramite un accordo; per altro verso, con riguardo al requisito tipico delle “reciproche connessioni” di cui all'art. 1965 ss. c.c. in materia di transazione, è vero che per l'accordo di conciliazione sull'usucapione tale requisito non è previsto, ma nulla esclude che anche tale accordo «sia accompagnato da una sia pur simbolica controprestazione (e allora sarebbe integrato anche il requisito delle “reciproche concessioni”», non essendo necessario, neanche nella transazione, un rapporto di equivalenza tra *datum* e *retenetum*». Nello stesso ordine di idee: L. BOVE, *L'accordo conciliativo*, in *Soc.*, 2012, p. 518 ss.; G. PALERMO, *Mediazione e conciliazione. Riflessioni sulla disciplina introdotta dal d.lgs. 4.3.2010, n. 28*, cit., p. 572; V. VERDE, *Verbale di conciliazione e usucapione di un bene: primi orientamenti giurisprudenziali e alcuni spunti di riflessione*, in *Aa.Vv., Dalla Facoltà al Dipartimento, Raccolta di scritti giuridici*, Napoli, 2012, p. 507 ss.; G. PALAZZOLO, *L'intrascrivibilità del negozio di accertamento volontario dell'usucapione nella perdurante criticità dell'art. 11 del d.lgs. 28/2010*, in *Vita not.*, 2013, p. 141 ss.

¹⁴ Cfr. G. BARALIS, *L'accertamento negoziale dell'usucapione nell'ambito della mediazione riformata: il senso della trascrizione e i problemi connessi*, cit., p. 1384 ss.



teoriche, derivanti dal silenzio normativo e dai conseguenti contrasti interpretativi, il legislatore è successivamente intervenuto con la legge n. 98/2013¹⁵. Questa, lo si è già anticipato, ha inserito all'interno del n. 12 bis dell'art. 2643 c.c. la previsione della trascrivibilità degli «*accordi di mediazione che accertano l'usucapione con la sottoscrizione del processo verbale autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato*». Se, per un verso, la novella risolve in senso positivo la questione dell'ammissibilità trascrizione degli accordi di mediazione, per l'altro, essa apre una serie di ulteriori dubbi interpretativi legati alla sua collocazione codicistica all'interno dell'articolo dedicato alla trascrizione degli atti di acquisto a titolo derivativo. Se si pone mente alla circostanza che l'usucapione è un modo di acquisto della proprietà a titolo originario¹⁶, si comprenderà

immediatamente la portata dei problemi interpretativi che una tale scelta comporta.

4. Riflessione sui rapporti fra trascrizione e negozio di accertamento.

Si è visto che, fino all'introduzione dell'art. 2643, n. 12 bis c.c., la trascrivibilità degli accordi di mediazione sull'usucapione era estremamente dibattuta. La stessa natura accertativa di tali atti è stata messa in discussione, benché sia difficile disconoscere che la loro funzione sia proprio quella di accertare l'avvenuto acquisto della proprietà mediante usucapione. Secondo alcuni dei primi commentatori, anzi, la nuova norma avrebbe implicitamente ammesso la figura del negozio di accertamento. Per la verità, il dibattito sul tema non può dirsi veramente sopito, anche perché l'art. 2643, n. 12 bis, c.c. è dedicato alla disciplina della trascrizione in relazione alla sola usucapione.

Appare, dunque, utile ripercorrere le principali ricostruzioni elaborate dagli interpreti, al fine di chiarire se l'accordo di conciliazione in materia di usucapione possa essere, a sua volta, qualificato come negozio di accertamento.

Non è possibile, in questa sede, approfondire nella dovuta misura la figura generale del negozio di accertamento¹⁷. Mi limito a ricordare che, secon-

¹⁵ Trattasi della legge di conversione del d.l. n. 69/2013 (c.d. Decreto del Fare), che apporta rilevanti modifiche al d.lgs. n. 28/2010, a seguito delle pronunce della Corte Costituzionale nel frattempo intervenute rispetto a quest'ultimo provvedimento. A fronte delle dichiarazioni di incostituzionalità relative alla previsione del filtro di procedibilità introdotto nel 2010, il c.d. Decreto del Fare interviene ripristinandolo nel rispetto dei principi enunciati dalla Consolata. Cfr. Corte Cost., 6 dicembre 2012, n. 272, in *Foro it.*, 2013, I, p. 1091 ss.; in *Corr. giur.*, 2013, p. 262 ss., con nota di I. PAGNI, *Gli spazi e il ruolo della mediazione dopo la sentenza della Corte Costituzionale 6 dicembre 2012, n. 272*; in *Soc.*, 2013, p. 76 ss., con nota di F.P. LUISO, *L'eccesso di delega della mediazione obbligatoria e le incostituzionalità consequenziali*; in *Giur. it.*, 2013, p. 605 ss. Per un commento al c.d. Decreto del fare: E. MINERVINI, *La "storia infinita" della mediazione obbligatoria*, in *Contr.*, 2013, 12, p. 1153 ss.; G. FREZZA, *Trascrizione dell'accordo di conciliazione ex art. 11, comma 3, d.lgs. n. 28/2010 e 2643, n. 12 bis c.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 1022 ss.; U. CARNEVALI, *Sulle modifiche alla disciplina della mediazione introdotte dal c.d. decreto "del fare"*, in *Contr.*, 2013, p. 977 ss.; F. FERRARIS, *La novellata mediazione nelle controversie civili e commerciali: luci e ombre di un procedimento "revitalizzato"*, *ibidem*, p. 954 ss.; A.D. DE SANTIS, *Rapporti tra mediazione, conciliazione e processo*, in Maietta (a cura di), *Manuale della mediazione civile e commerciale*, Padova, 2014, p. 175 ss.; G. RAITI, *La media-conciliazione dopo il decreto "del fare"*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 245 ss.

¹⁶ Per uno studio sull'istituto dell'usucapione in generale si vedano: F.S. GENTILE, *Effetti del possesso e azioni possessorie*, Napoli, 1958; M. LUPO, voce *Usucapione*, in *Enc. forense*, VII, Milano, 1962, p. 871 ss.; G.B. PORTALE, *Note in tema di compossesso e usucapione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 484 ss.; A. MONTEL, M. SERTORIO, voce *Usucapione*, in *Noviss. Dig.*, XX, Torino, 1975, p. 294 ss.; S. RUPERTO, voce *L'usucapione*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992; L. MOCCIA, *Figure di usucapione e sistemi di pubblicità immobiliare: sintesi di diritto privato europeo*, Milano, 1993; M. COMPORZI, voce *Usucapione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXII, Roma, 1994; R. SACCO, voce *Usucapione*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1999, p. 561 ss.; R. CATERINA, *Impium praesidium. Le ragioni e favore e contro l'usucapione*, Milano, 2001; P. POLA, *L'usucapione*, Padova, 2004; C. CICERO, *L'usucapione*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, *I possessi*, Napoli, 2005, p. 164 ss.; A.G. DIANA, *L'usucapione*, in *Id.*, *La proprietà immobiliare urbana*, IV, Milano, 2006; V.

CANALE, voce *Usucapione I) Diritto Civile*, *Postilla di aggiornamento*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXII, Roma, 2007; E. GUERINONI, *L'usucapione*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro, U. Morello, *Proprietà e possesso*, I, Milano, 2008, p. 869 ss.; P. POLA *L'usucapione*, 4^a ed., Padova, 2011; M. DE GIORGI, *L'usucapione: aspetti sostanziali e profili processuali controversi*, Milano, 2012; T. DALLA MASSARA, *L'usucapione*, in *Trattato di diritto immobiliare*, diretto da G. Visentini, I, 2, *I beni e la proprietà*, Padova, 2013, p. 1433 ss.; L. BOZZI, *Commento agli artt. 1158 ss. codice civile*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della proprietà*, Artt. 1100-1172, a cura di A. Jannarelli e F. Macario, Torino, 2013, p. 649 ss.; F. VIGLIONE, *Proprietà e usucapione: antichi problemi e nuovi paradigmi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, p. 339 ss.; G. MAGRI, *Usucapione e acquisto a non domino nel prisma della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 6, p. 1403 ss.

¹⁷ Come è noto, il negozio c.d. di accertamento è figura elaborata dalla dottrina alla luce di autorevoli studi dottrinali tedeschi. In questa sede, si può solo ricordare che il negozio di accertamento (*Feststellungsgeschäft*) è stato elaborato a partire dagli studi di Bähr del 1855, il quale ha teorizzato il riconoscimento astratto come fonte autonoma di obbligazione. Tale costruzione è stata poi recepita nei §§ 780-781 B.G.B., che regolano come contratti, rispettivamente, la promessa di pagamento (*Schuldversprechen*) e il riconoscimento di debito (*Schuldanerkenntnis*). Da qui è stato poi breve il passo verso la elaborazione della figura del negozio di accertamento come contratto di riconoscimento causale, fonte di autonomi effetti distinti da quelli del rapporto preesistente. Per la dottrina tedesca: G.F. PUCHTA, *Kleine civilistische Schriften*, Leipzig, 1851; O. BÄHR, *Der Urkundenbeweis*, in *Jhering Jahrbücher*, 14 (1875), p. 27



do l'impostazione tradizionale, ai privati sarebbe consentito, in nome del principio di autonomia negoziale, stipulare negozi diretti a rimuovere una situazione di incertezza relativa a un contratto precedentemente concluso tra le stesse ovvero a un fatto connesso a quest'ultimo¹⁸. Tuttavia, l'idea che il negozio di accertamento, benché ammissibile, perché diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela (il raggiungimento della certezza giuridica), abbia natura meramente dichiarativa non convince quanti osservano che la nozione stessa di negozio giuridico implichi, ontologicamente, una componente dispo-

sitiva, sia pure da intendere in senso lato¹⁹. I privati, regolando attraverso il negozio i propri interessi, ne dispongono nella sostanza, sia pure nei limiti consentiti dalla legge. Da questo punto di vista, non è parso incoerente supporre che anche un negozio c.d. di accertamento espliciti effetti di sostanziale modificazione della situazione giuridica preesistente. A sostegno di questa idea si afferma che la natura puramente dichiarativa sia attribuito predicabile unicamente per la sentenza, mentre sarebbe tipico del potere dei privati modificare i rapporti giuridici di cui sono parte, anche se formalmente si limitano a rimuovere una situazione di incertezza. Questa teoria non convince, però, la giurisprudenza prevalente che, in più occasioni, non esita a qualificare il negozio c.d. di accertamento come negozio «di mera ricognizione degli obblighi già fissati in altro negozio, quello originario» a cui esso «si correla esigendo non necessariamente l'identità soggettiva delle rispettive parti, ma almeno quella dei soggetti del rapporto di ricognizione»²⁰. Per tale via, il negozio di accertamento costituirebbe un utile mezzo di prova, garantendo la sicurezza del rapporto accertato. Mentre secondo altri, l'efficacia dichiarativa prescinderebbe dalle finalità di prova, ma realizzerebbe semplicemente l'esigenza di dare certezza al rapporto così da poterlo considerare «come esistente in un certo modo»²¹.

Alle tesi esposte si aggiunge poi un diffuso orientamento giurisprudenziale, che propone una sorta di *tertium genus* di efficacia del negozio di accertamento, quella preclusiva. Secondo tale impostazione, il negozio vincolerebbe le parti nel senso di precludere loro ogni possibilità, per il futuro, di

ss.; ID., *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, Leipzig, 1894; B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, Frankfurt, 1900, p. 765 ss.; J. ACKERMANN, *Über das Verhältnis des Schuldversprechens und des Schuldanerkenntnisses zu ihrem Schuldgrunde (B.G.B. §§ 780 bis, 782, 364, 812 bis, 822)*, in *GruchBeitr.*, 1900, 44, p. 573 ss.; F.K. NEUBECKER, *Der abstrakte Vertrag in seinen historischen und dogmatischen Grundzügen*, in *Archiv. für bürgerliches Recht*, 1903, 22, p. 34 ss.; F. KINGMÜLLER, *Causa und Schuldverprechen*, in *ZHR*, 1906, 58, p. 152 ss.; W. THIELE, *Das Anerkenntnis*, in *JW*, 1906, p. 413 ss.; A. ADLER, *Die Einwirkung der Wechselbegebung auf das kausale Schuldverhältnis*, in *ZHR*, 1909, 64, p. 127 ss.; H. DEGENKLOB, *Zur Konstruktion und Systematik des Schuldversprechens*, in *Jherings Jahrbücher*, 1910, 56, p. 182 ss.; A. KRUCKMANN, *Das Anerkenntnis als Ermächtigung*, in *Archiv. Civ. Praxis*, 134, 1931, p. 289 ss.; H. TAGERT, *Beiträge zur Theorie des Feststellungsvertrages*, Breslau, 1934; G. CREZELIUS, *Konstitutives und deklaratorisches Schuldanerkenntnis*, in *DB*, 1977, p. 1541 ss.; K.O. BERGMANN, *Schuldanerkenntnis und Schuldbekanntnis bei Verkehrsunfällen*, in *MDR*, 1974, p. 989 ss. Per la dottrina italiana: G. STOLFI, *Natura giuridica del negozio di accertamento*, in *Riv. dir. proc.*, 1933, p. 132 ss.; F. CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc.*, 1940, I, p. 1 ss.; F. CARRESI, *Note critiche in materia di accertamento negoziale*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, II, p. 70 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, p. 4 ss.; M. GIORGIANNI, voce *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 227 ss.; A. FALZEA, voce *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 208 ss.; L. PUCCINI, *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milano, 1958; A. VALENTE, *Accertamento dichiarativo e dinamica giuridica*, Milano, 1963; R. CORRADO, voce *Il negozio di accertamento*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 196 ss.; A. LENER, *Attività ricognitiva e accertamento negoziale*, Milano, 1970; A. CATRICALÀ, *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, p. 3 ss.; L. DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1996; E. PAOLINI, *Il contratto di accertamento*, Padova, 1997; L. BOZZI, *Accertamento negoziale e astrazione materia*, Padova, 2000; M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino, 2002; R. FERCIA, voce *Accertamento (negozio di)*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., agg. Torino, 2012, p. 35 ss.; E. MINERVINI, *Il negozio di accertamento*, in L. Ruggeri, E. Minervini, *Contratti traslativi e negozi di accertamento*, Napoli, 2016, p. 183 ss.; A. GENTILI, *Autonomia privata e potere di accertamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 6, p. 1367 ss.

¹⁸ In tal senso: G. STOLFI, *Natura giuridica del negozio di accertamento*, cit., p. 132 ss.; M. DI PAOLO, voce *Negozio di accertamento*, in *Dig. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 55 ss.; R. FERCIA, voce *Accertamento (negozio di)*, cit., p. 35 ss.

¹⁹ Autorevole dottrina ha osservato, infatti, che con il negozio di accertamento «le parti dispongono della situazione giuridica preesistente a scopo di certezza», cioè, appunto, si tratterebbe di un atto dotato di efficacia modificativa rispetto alla situazione giuridica preesistente. Così E. MINERVINI, *Il negozio di accertamento e la trascrizione*, cit., p. 242. Cfr. anche: F. SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, cit., p. 4 ss.; G. TAMBURRINO, *Osservazioni in tema di negozio di accertamento*, in *Studi in onore di Eula*, Milano, 1957, III, p. 481 ss.; R. CORRADO, voce *Il negozio di accertamento*, cit., p. 196 ss.

²⁰ Così Cass., 7 dicembre 1991, n. 13212, in *Foro it., Rep.*, 1992, voce *Proprietà (azioni a difesa)*, n. 12. Cfr. anche: Cass., 11 ottobre 1979, n. 5292, in *Riv. not.*, 1980, p. 200 ss.; Cass., 6 maggio 1980, n. 2976, in *Giur. it.*, 1981, I, p. 353 ss.; Cass., 16 luglio 1981, n. 4653, in *Foro it., Rep.*, 1981, voce *Contratto in genere*, n. 62; Cass., 25 marzo 1987, n. 2886, in *Foro it., Rep.*, 1987, voce *Proprietà (azioni a difesa)*, n. 16; Cass., 12 marzo 2008, n. 6739, in www.foroitalliano.it. In dottrina: A. CANDIAN, *Nuove riflessioni sulle dichiarazioni riproduttive dei negozi giuridici*, in *Saggi del diritto*, Padova, 1931, p. 177 ss.

²¹ Così F. CARNELUTTI, *Documento e negozio*, in *Riv. dir. proc.*, 1926, p. 181 ss., il quale, ragionando in questi termini, prospetta la nota teoria dei c.d. equivalenti giurisdizionali, cioè la sostanziale identità funzionale tra negozio e sentenza. V. anche M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, cit., p. 39 ss.



contestare il rapporto oggetto di accertamento²². Ma, a ben vedere, anche tale impostazione, pur non esplicita sul punto, può certamente essere ricondotta a quella che sostiene l'efficacia dichiarativa del negozio in esame. In ogni caso, anche a voler riconoscere autonoma rilevanza all'efficacia preclusiva, tale teoria determina il medesimo problema di quella dichiarativa, in quanto impedisce la trascrivibilità del negozio, il quale risulta finalizzato, pur sempre, alla mera rimozione di dubbi e incertezze.

L'opzione per l'una o per l'altra teoria presenta notevoli risvolti pratici, a partire proprio dalla presente questione della trascrivibilità del negozio di accertamento. È chiaro che, ove si riconosca a tale negozio una funzione meramente dichiarativa, si dovrebbe, a rigore, escluderne la trascrizione ai sensi dell'art. 2643 c.c.²³; e lo stesso discorso varrebbe, come appena visto, anche a sostenere la teoria della efficacia preclusiva, trattandosi di ricostruzione che non presuppone la produzione di effetti traslativi.

²² La teoria della efficacia preclusiva è stata elaborata da A. FALZEA, voce *Accertamento (teoria generale)*, cit., p. 210 ss.: «la messa fuori contestazione, la sostituzione della situazione giuridica incerta con la situazione giuridica accertata, null'altro possono significare nella loro visione scientificamente corretta se non precisamente la preclusione di qualsiasi indagine sulla situazione giuridica antecedente al fatto di accertamento e pertanto la irrilevanza di ogni contestazione relativa al contenuto della situazione giuridica accertata sulla base della sua validità storico-giuridica»; ID., voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 503 ss. Nello stesso ordine di idee: M. FURNACIARI, *Il negozio di accertamento*, in E. Gabrielli, F.P. Luiso (a cura di), *I contratti di composizione delle liti*, IV, in *Trattato dei contratti Rescigno-Gabrielli*, Torino, 2005, p. 54 ss.; E. MINERVINI, *Il negozio di accertamento*, cit., p. 191 ss. Contra: A. GENTILI, *Autonomia privata e potere di accertamento*, cit., p. 1367 ss. In giurisprudenza v.: Cass., 10 gennaio 1983, n. 161, in *Giur. it.*, 1983, I, p. 710 ss.; Cass., 5 giugno 1997, n. 4994, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2456; Cass., 23 marzo 1996, n. 2611, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, p. 423 ss.; Cass., 20 maggio 2004, n. 9651, in *Foro it., Rep.*, 2004, voce *Contratto in genere*, n. 283.

²³ In questo ordine di idee: L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, p. 298; A. CATRICALÀ, *Accertamento (negozio di)*, cit., p. 5; E. PAOLINI, *Effetti, forma e trascrizione del contratto di accertamento*, in *Contr.*, 1996, p. 520 ss.; R. FERCIA, voce *Accertamento (negozio di)*, cit., p. 35-41. In giurisprudenza: Cass., 13 maggio 1950, n. 1229, in *Giur. comp. Cass. civ.*, 1950, II, p. 363 ss., con nota di G. LONGO, *Negozio di accertamento. Servitù atipiche*; Cass., 22 agosto 1953, n. 2835, in *Rep. Foro it.*, 1953, voce *Trascrizione*, c. 2373, n. 10; Cass., 6 maggio 1980, n. 2976, in *Giur. it.*, 1981, I, p. 253 ss.; Cass., 16 dicembre 1987, n. 9358, in *Vita not.*, 1988, p. 235 ss.; Cass., 9 dicembre 2015, n. 24848, in *Guida al dir.*, 2016, 8, p. 92 ss.: il negozio di accertamento «non determinata ex se il trasferimento di beni e di diritti da un soggetto all'altro, né costituisce fonte autonoma degli effetti giuridici da esso previsti, in quanto rende soltanto definitiva la situazione connessa con il rapporto preesistente, la quale sia, di per se, idonea al conseguimento di effetti definitivamente fissati dal negozio accertativo. La funzione di accertamento propria del negozio così qualificato, e la sua efficacia retroattiva, sono incompatibili con l'effetto traslativo della proprietà».

Viceversa, la tesi che attribuisce al negozio di accertamento una efficacia sostanzialmente dispositiva permetterebbe di ricomprenderlo all'interno degli atti soggetti a trascrizione ai sensi dell'art. 2645 c.c.; il quale rende pubblici anche atti diversi da quelli elencati nell'art. 2643 c.c., purché producano effetti costitutivi, modificativi o estintivi di diritti reali su beni immobili²⁴.

Come è evidente, la circostanza che l'art. 2643, n. 12 bis, c.c. preveda oggi la trascrizione degli accordi di mediazione sull'usucapione rinvigorisce il dibattito sul più generale tema dell'ammissibilità della figura del negozio di accertamento e sul connesso problema della sua trascrizione, quando relativo a diritti reali su beni immobili. È stato subito osservato da più parti come l'aver previsto la trascrivibilità di un'ipotesi speciale di negozio di accertamento consenta di pervenire alla medesima conclusione per il relativo *genus* negoziale. Non sono mancate, tuttavia, opinioni discordanti, legate anche alle difficoltà interpretative che la disposizione in esame pone. Il fatto che il verbale conciliativo sia trascrivibile ai sensi dell'art. 2643 c.c., cioè in base alla disciplina pubblicitaria degli acquisti a titolo derivativo, conduce taluno a revocare in dubbio la sua natura dichiarativa e, addirittura, a ipotizzare che quando l'usucapione sia accertato in sede di mediazione determini un acquisto a titolo sostanzialmente derivativo. Ma, per le ragioni anzidette, queste posizioni non sono convincenti.

5. L'art. 2643, n. 12 bis, c.c.: analisi di una disposizione problematica.

Come già anticipato, l'art. 2643, n. 12 bis, c.c. risolve solo un versante della questione indagata. Riguardata alla lettera, la disposizione ammette la trascrizione di accordi di accertamento non in genera-

²⁴ Cfr. W. BIGIARI, *Il regolamento di confini (vent'anni dopo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, p. 118 ss.: «a mente dell'art. 2645 c.c., va reso pubblico ogni altro atto o provvedimento non contemplato dall'art. 2643 c.c. che produce in relazione a beni immobili o a diritti immobiliari taluno degli effetti dei contratti menzionati nell'art. 2643 c.c. E l'accertamento produce sicuramente uno degli effetti della trascrizione: quello, cioè, di definire una situazione immobiliare»; F. GAMBINO, *La potenziale efficacia traslativa del negozio di accertamento e la teoria della forma*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 1295 ss.; V. TAVORMINA, *Sul contratto di accertamento e sulla tutela, anche cautelare ed esecutiva, a mezzo di arbitri irrituali*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1616 ss.; G. BARALIS, *Negozi accertativi in materia immobiliare, tipologia, eventuali limiti all'autonomia privata. Problemi di pubblicità immobiliare specie per il negozio che accerti l'usucapione. Usucapione "dichiarata" dal cedente e atti dispositivi*, in *Studi e materiali. Quaderni trimestrali. Consiglio Nazionale del Notariato*, 2008, 2, p. 519 ss.; G. PETELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, Napoli, 2009.

le, bensì nella limitata ipotesi in cui detti accordi, per un verso, siano stati raggiunti all'interno di un procedimento di mediazione e, per l'altro, riguardino l'accertamento dell'intervenuta usucapione. Giova concentrare l'attenzione sui problemi interpretativi legati al regime pubblicitario degli accordi di mediazione in materia di usucapione.

Si è più volte accennato alla circostanza che aver inquadrato la trascrizione degli accordi in esame all'interno dell'art. 2643 c.c. apre più problemi di quelli che il legislatore intendeva risolvere. Occorre, infatti, spiegare perché un istituto come l'usucapione, che permette l'acquisto a titolo originario del diritto di proprietà, debba essere apparentato, ai fini del regime pubblicitario, agli atti di acquisto a titolo derivativo. Sorge naturale l'interrogativo se il legislatore abbia inteso mettere in discussione l'inquadramento dell'usucapione tra i modi di acquisto della proprietà ovvero se, ai soli effetti della trascrizione, debbano trovare applicazione le regole sugli acquisti a titolo derivativo.

Negli ultimi anni il dibattito su questo tema si è polarizzato su due posizioni principali. Parte della dottrina suggerisce di sciogliere la questione valorizzando il dato testuale e la collocazione topografica della norma all'interno dell'art. 2643 c.c. per sostenere che la trascrizione del verbale di mediazione sull'usucapione espliciti l'efficacia dichiarativa propria della trascrizione degli acquisti a titolo derivativo. Con riferimento agli effetti pubblicitari, il legislatore avrebbe realizzato la sostanziale equiparazione dei negozi accertativi dell'usucapione alle fattispecie costitutive e modificative dell'art. 2643 c.c.²⁵ Da tale interpretazione discendono i seguenti corollari. In primo luogo, la trascrizione del verbale di conciliazione sull'usucapione sarebbe assoggettata ai principi di cui agli artt. 2644 e 2650 c.c. Tanto significa che i terzi aventi causa dell'usucapito o i creditori iscritti contro di lui possono opporre all'usucapiente i titoli di acquisto trascritti o iscritti anteriormente all'accordo di mediazione. In secondo luogo, e conseguentemente, l'accordo di mediazione sull'usucapione, pur trascritto, sarebbe dotato di una

efficacia ridotta e meno protettiva per l'usucapiente. Sicché, l'unico modo per ottenere un accertamento realmente stabile e con efficacia *erga omnes* resterebbe la sentenza *ex art.* 2651 c.c.²⁶ Proprio quest'ultima considerazione è stata contestata da quanti, riflettendo sul contenuto dell'accertamento di stampo giudiziale, ravvisano nella scelta legislativa un contrasto con l'art. 3 Cost., per irragionevole differenziato trattamento di due atti – la sentenza di accertamento e l'accordo di mediazione – che, pur essendo frutto di due procedimenti differenti, avrebbero la medesima funzione: rimuovere la situazione di incertezza circa la titolarità del diritto di proprietà su un determinato bene immobile²⁷.

Anche senza ipotizzare l'incostituzionalità della disciplina in esame, si può certo sostenere che il significato e la portata dell'istituto non possano essere apprezzati unicamente alla luce del dato testuale e topografico, bensì occorre tenere conto anche del contenuto dell'atto oggetto di trascrizione. Sotto questo profilo, merita considerare l'opinione secondo cui tanto il verbale dell'accordo quanto la sentenza, pur diversi per eziologia, sono atti sostanzialmente assimilabili *quoad effectum*, in quanto entrambi diretti ad accertare un effetto acquisitivo che si è prodotto *ex lege*. Si intende dire, cioè, che nessuno di questi atti costituisce titolo per l'acquisto del diritto di proprietà; quest'ultimo si perfeziona, piuttosto, per effetto del possesso continuo e ininterrotto per il tempo di legge (art. 1158 c.c.)²⁸. Ne consegue che l'acquisto della proprietà mediante usucapione

²⁶ La posizione descritta ha trovato l'avallo anche del Consiglio Nazionale del Notariato, nel noto Studio 718-2013/C su *La trascrizione dell'accordo conciliativo accertativo dell'usucapione*. Vi si legge che l'accordo conciliativo sull'usucapione riguarda «le sole parti» e «rappresenta un *minus* rispetto all'usucapione giudizialmente accertata», attribuendo «all'usucapiente un diritto che potrà far valere nei confronti dei terzi nei limiti dei diritti spettanti all'usucapito e nel rispetto delle regole sulla continuità delle trascrizioni» (parag. n. 4).

²⁷ In aggiunta, dubbi sulla costituzionalità dell'art. 2643, n. 12 *bis*, c.c. sussistono anche da un altro punto di vista. La mancata previsione della trascrivibilità di negozi di accertamento dell'usucapione conclusi fuori del procedimento di conciliazione determina un'irragionevole disparità di trattamento *ex art.* 3 Cost., così come analoghi dubbi di costituzionalità sorgono rispetto alla impossibilità di trascrivere accordi di segno negativo, cioè di accertamento negativo dell'avvenuta usucapione. Cfr. G. FREZZA, *Trascrizione dell'accordo di conciliazione ex art. 11, comma 3°, d.lgs. n. 28/2010, n. 12-bis*, c.c., in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 1022 ss.; A. NERVI, *Possesso e detenzione nella circolazione dei beni immobili. Incertezze applicative e riflessioni sistematiche*, in *Riv. not.*, 2018, 2, p. 249 ss., secondo il quale «la norma si colloca nella catena di acquisti a titolo derivativo, e quindi presuppone il c.d. giusto titolo del soggetto usucapito (vale a dire colui che, in sede di accordo, riconosce l'usucapione della controparte. Questo orientamento conduce a ritenere che la trascrizione dell'accordo in discorso assolve alla funzione di pubblicità dichiarativa ai sensi degli artt. 2664 e 2650 c.c.»; P. FORTI, *Brevi cenni sulla trascrizione degli accordi di accertamento dell'usucapione*, cit., p. 1360 ss.

²⁸ Afferma C.M. BIANCA, *La trascrizione del verbale di accordo conciliativo di accertamento dell'usucapione*, in *Vita not.*, 2016, 1, p. 121-122 che l'accordo di mediazione accertativo dell'usucapione non è il «titolo di acquisto della proprietà dell'usucapiente, ma un atto che riconosce l'avvenuto acquisto della proprietà da parte dell'usucapiente per l'effetto legale derivante dal perfezionamento della fattispecie dell'usucapione». Se ne deve concludere, allora, che la trascrizione di detto accordo è «insuscettibile come tale di dar luogo a un conflitto con la trascrizione di atti dispositivi».



è, di per sé, opponibile ai terzi a prescindere dal meccanismo accertativo e dal regime pubblicitario. In questa prospettiva, è possibile sostenere che, a dispetto della collocazione codicistica, anche la trascrizione dell'accordo di mediazione sull'usucapione espliciti un'efficacia di pubblicità-notizia ex art. 2651 c.c. Tale interpretazione merita di essere particolarmente valorizzata, in quanto, a mio avviso, garantisce maggior stabilità e protezione all'acquisto realizzato dall'usucapiente²⁹. Non solo, ma – come si dirà a breve – essa permette anche di conciliare la disciplina della trascrizione con gli obiettivi sottesi all'istituto della mediazione obbligatoria.

In ultimo, è utile ricordare che tra le due impostazioni più estreme testè esposte si inserisce la posizione di coloro che tentano di tenere insieme il dato normativo e l'esigenza di tutela della proprietà oggetto di usucapione³⁰. Sul presupposto che l'accordo di mediazione, quale negozio di accertamento, sia dotato di valenza modificativa in senso lato, esso sarebbe in grado di alterare la realtà giuridica preesistente e, quindi, ben ricadrebbe nell'ambito di applicazione degli artt. 2643-2644 c.c. Si tratterebbe, cioè, di un acquisto a titolo solo potenzialmente derivativo. L'idea è che la modifica riguardi non la vicenda derivante dall'acquisto a titolo originario (che è e resta tale), bensì il titolo, che da *ex lege* diventa negoziale, con conseguente applicazione della disciplina circolatoria ordinaria. A mio modo di ve-

dere, il tentativo di una lettura di compromesso non è soddisfacente, soprattutto perché riassume la trascrizione del verbale conciliativo nell'orbita della pubblicità dichiarativa e una tale soluzione, per le ragioni anzidette, non mi pare condivisibile.

6. Effetti della trascrizione dell'accordo di mediazione sull'usucapione.

Una ricostruzione coerente sia con la disciplina degli istituti coinvolti (usucapione e trascrizione) sia con la *ratio* della mediazione obbligatoria non può che muovere da un attento esame dell'oggetto del negozio di accertamento. Il riferimento è ai rapporti tra usucapione e diritto di proprietà: come è noto, la proprietà è un diritto disponibile sul piano sostanziale e l'usucapione costituisce un modo di acquisto del diritto a titolo originario³¹. Questa considerazione, in apparenza scontata, dovrebbe costituire un punto saldo per affrontare il problema della trascrizione. Si intende sostenere che la proprietà può essere acquistata a titolo originario mediante usucapione a prescindere dalla modalità con cui si accerti l'intervenuto acquisto. Tanto la sentenza quanto l'accordo di mediazione producono un effetto di mero accertamento, entrambi, cioè, si limitano a dichiarare una realtà che trovano già esistente. Conseguentemente, è da respingere l'idea che la previsione dell'art. 2643, n. 12 *bis*, c.c. implichi un mutamento della natura dell'acquisto per usucapione da originario in derivativo.

D'altra parte, la bontà di queste affermazioni trova conferma in vari elementi. Intanto nel dato giurisprudenziale. Si ricorda che, secondo la più recente giurisprudenza di legittimità, sarebbe ben possibile stipulare una compravendita avente a oggetto il diritto di proprietà in precedenza usucapito, senza bisogno di chiedere previamente la sentenza che accerti l'intervenuto acquisto³². Tanto è stato sostenuto

²⁹ Tale posizione è stata espressa da: C.M. BIANCA, *La trascrizione del verbale di accordo conciliativo di accertamento dell'usucapione*, cit., p. 119 ss.; D. AMADEI, *Riflessioni sull'accertamento negoziale e giurisdizionale dell'usucapione*, cit., p. 4: l'acquisto della proprietà mediante usucapione è un acquisto «del tutto autonomo dal diritto del precedente proprietario, si realizza *ipso iure*, automaticamente, nel momento in cui, con il compimento del periodo di tempo previsto, si completa la fattispecie: nasce *ex novo* la proprietà in capo all'usucapiente, in forza del fatto-usucapione composto da possesso e decorso del tempo». In giurisprudenza v. Trib. Terni, 28 maggio 2014, in *Avv. a Terni*, 2015, 1, con nota di L. MORETTI, *Opponibilità al creditore ipotecario di un accordo di mediazione non trascritto accertante l'intervenuta usucapione, ai sensi dell'art. 2643, co. 1, n. 12-bis, c.c., nell'espropriazione forzata immobiliare*: «non si può negare rilevanza ad un verbale di mediazione che accerta l'usucapione per il solo fatto che lo stesso non è un accertamento di natura giudiziale e che è stata omessa la trascrizione, che anche con riferimento al verbale di mediazione ha il ruolo di pubblicità notizia. L'accordo di mediazione, infatti, accerta la sussistenza dei presupposti legali dell'usucapione e sotto tale profilo non è diverso dall'accertamento contenuto nella sentenza che ha natura dichiarativa e non costitutiva».

³⁰ Cfr. G. BARALIS, *L'accertamento negoziale dell'usucapione nell'ambito della mediazione riformata: il senso della trascrizione e i problemi connessi*, cit., p. 1369 ss., il quale, nel proporre tale tesi, ne evidenzia cionondimeno anche le criticità, in quanto «si tratterebbe non solo di mutare il titolo, ma, a seguito di tale mutament, di variare la tipologia di acquisto: da titolo originario a titolo derivativo e per di più ammettere eccezionalmente una pubblicità dichiarativa collegata non alla vicenda, ma alla variazione del titolo».

³¹ È ormai pacificamente superata, in dottrina, l'idea, ispirata a risalenti studi tedeschi (cfr. A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, I, Erlangen, 1973, p. 244 ss.), che l'usucapione sia un modo di acquisto a titolo derivativo (cfr. G. VENEZIAN, *La tutela dell'aspettativa*, in *Opere giuridiche*, II, Roma, 1920, p. 169 ss.). Sull'impostazione attuale: S. PUGLIATTI, voce *Acquisto del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 510 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit.; C.M. BIANCA, *Se l'usucapione sia un titolo di acquisto derivativo (riflessioni suscitate dalla lettera di un saggio romanistico di Friz Sturm)*, in *Realtà sociale ed effettività della norma*, I, 2, Milano, 2002, p. 1181 ss.

³² Cfr. Cass., 5 febbraio 2007, n. 2485, in *Vita not.*, 2007, p. 840 ss.; in *Not.*, 2007, 6, p. 628, con nota di C. BOTTA, *Acquisto per usucapione e validità dell'atto di trasferimento dell'immobile*; in *Resp. civ.*, 2008, p. 162 ss., con nota di F. TOSCHI VESPASIANI, *Usucapione non accertata giudizialmente, vendita immobiliare e responsabilità del notaio*. La necessità di una



sulla base di un duplice ordine di ragioni: 1) l'usucapione opera *ex lege*; 2) il suo formale accertamento in sede giudiziale, così come la trascrizione della sentenza, non sono necessari per il perfezionamento della fattispecie. Per gli stessi motivi, il creditore al quale sia stata concessa ipoteca su un bene oggetto di usucapione ovvero il creditore che abbia pignorato un bene oggetto di usucapione è destinato a subire gli effetti di questo modo di acquisto della proprietà, a prescindere dalla esistenza di una sentenza di accertamento.

Non solo. Anche a voler seguire una interpretazione aderente al dato letterale, si deve osservare che l'art. 2643, n. 12 *bis*, c.c. prevede la trascrizione non del titolo di acquisto della proprietà dell'usucapiente – *id est* dell'accordo di accertamento dell'u-

dichiarazione giudiziale avente a oggetto l'usucapione ai fini della vendita del bene usucapito è tema che è stato dibattuto in seno alla stessa giurisprudenza, oltre che in dottrina. La questione si inserisce, invero, in un orizzonte in cui si confrontano due esigenze contrapposte: la certezza e la sicurezza nella circolazione dei beni, da un lato; la celerità delle vicende circolatorie, dall'altro lato. La soluzione oggi prospettata dalla giurisprudenza di legittimità esprime preferenza per quest'ultima esigenza e merita accoglimento, stante la mancanza di norme che impongano come necessario l'accertamento giudiziale. Non solo, ma, come era già stato messo in luce nella Relazione al Re n. 1047, diversamente ragionando, «colui che ha acquistato per usucapione sarebbe costretto, per avere la libera disponibilità di fatto del suo diritto, di provocare l'accertamento giurisdizionale dell'acquisto nei confronti di colui che per effetto dell'usucapione ha perduto il suo diritto». Questa eventualità sarebbe da respingere in quanto del tutto contraria alla logica degli acquisti a titolo originario. Resta fermo, semmai, il ruolo cruciale del notaio, il quale, nel verificare l'avvenuto acquisto della proprietà per usucapione, è tenuto a informare preventivamente le parti e, soprattutto, l'acquirente circa l'assenza di un accertamento giudiziale, al fine di evitare atti traslativi rischiosi. Per una ricostruzione del dibattito su questi temi v.: S. CATTI, *Il notaio e l'usucapione: brevi note*, in *Vita not.*, 1995, p. 1620 ss.; G. GIOFFRÈ, *La vendita di immobile usucapito*, in *Riv. not.*, 1996, p. 995 ss.; P.L. CARBONE, *La responsabilità disciplinare del notaio in relazione ad atti di trasferimento di beni usucapiti*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 211 ss.; P. VITUCCI, *Acquisto per usucapione e legittimazione a disporre*, in *Giust. civ.*, 2004, p. 8 ss.; M. D'ORAZI, *Alienazione di immobili acquistati per usucapione non accertata giudizialmente*, in *Riv. not.*, 2006, p. 81 ss.; A. TORRONI, *Acquisti immobiliari potenzialmente pericolosi: con provenienza donativa, mortis causa o per usucapione non accertata giudizialmente. Tutela dell'acquirente*, in *Riv. not.*, 2009, 1, p. 245 ss.; A. SPATUZZI, *La disponibilità dei beni usucapiti, tra accertamento giudiziale ed extragiudiziale*, in *Contr.*, 2017, 5, p. 601 ss. In giurisprudenza: Cass., 27 settembre 1996, n. 8528, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 1906 ss.; Cass., 12 novembre 1996, p. 9884, in *Vita not.*, 1996, p. 1355, con nota di M. ALBERGO, *Alienazione del possesso. Contratto atipico meritevole di tutela*; Cass., 3 luglio 1998, n. 6489, in *Giust. civ.*, *Mass.* 1998, p. 1452 ss.; Cass., 26 novembre 1999, m. 13184, in *Giust. civ.*, *Mass.*, 1999, p. 2357 ss.; Cass., 7 agosto 2000, n. 10372, in *Foro it.*, 2001, I, c. 517; Cass., 22 aprile 2005, n. 8502, in *Giust. civ.*, *Mass.* 2005, p. 4 ss.; Cass., 20 luglio 2005, n. 15252, in *Not.*, 2006, 3, p. 253, con nota di A. CECONI, *Usucapione abbreviata e responsabilità professionale del notaio*.

sucapione –, bensì del processo verbale dell'accordo raggiunto in sede di mediazione obbligatoria. Tale trascrizione, allora, non riguarda l'opponibilità, non può servire a risolvere conflitti con la trascrizione di atti dispositivo³³. Ebbene, si deve concludere che anche il dato letterale, se sondato rigorosamente, conduce a sostenere la natura meramente ricognitiva dell'accordo di mediazione e, quindi, a escludere la efficacia dichiarativa della sua trascrizione³⁴.

Quanto sin qui osservato si fonda su una premessa cruciale già ricordata in precedenza: la sostanziale equiparazione, in punto di effetti, tra l'accertamento giudiziale e l'accertamento in mediazione dell'usucapione. Nonostante la sussistenza di discordanti pareri³⁵, per le ragioni esposte, è da con-

³³ In tal senso v. C.M. BIANCA, *La trascrizione del verbale di accordo conciliativo di accertamento dell'usucapione*, cit., p. 119 ss.

³⁴ Osserva A. DE DONATO, *La trascrizione dell'accordo conciliativo di accertamento dell'usucapione*, cit., p. 123 che «l'accesso alla pubblicità immobiliare garantito dal nuovo n. 12-bis, dell'art. 2643 c.c. non sposta la natura di negozio di accertamento dell'accordo conciliativo»; conseguentemente «la natura dichiarativa esclude la possibilità di concatenare gli effetti della pubblicità al meccanismo designato dal legislatore nell'art. 2644 c.c.». Nello stesso ordine di idee L. FOLLIERI, *L'accertamento convenzionale dell'usucapione*, cit., p. 268-275, secondo il quale, poiché il *focus* della disposizione in commento è sul contesto in cui avviene l'accertamento dell'usucapione, non sull'accertamento in sé, essa «non può quindi avere ricadute sistematiche sull'inquadramento dell'usucapione, non rappresentando una peculiare ipotesi di usucapione a titolo derivativo». Tanto da concludere, coerentemente, che la novella del 2013 non fa «cadere il dogma dell'usucapione quale modalità acquisitiva del diritto dalla connaturata originarietà».

³⁵ Noti sono gli argomenti posti a sostegno della tesi della non assimilazione tra sentenza e accordo di mediazione sull'usucapione. La sentenza implica un'operazione di sussunzione giuridica della fattispecie concreta all'interno di una norma che non è richiesta per il negozio di accertamento (M. BOVE, *L'accordo conciliativo rivisitato dal c.d. "decreto del fare"*, in *Soc.*, 2013, p. 1230 ss.). Altri osservano, invece, che mentre l'accertamento giudiziale ha a oggetto una vicenda del passato al fine di risolvere una controversia mediante la fissazione di una regola di condotta vincolante per il futuro, il negozio di accertamento dispone solo per il futuro mediante la definizione di una regola condivisa dalle parti, a prescindere dall'accertamento di una situazione preesistente (cfr. D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, Bologna, 2016, p. 455 ss.). In dottrina, sono del tutto contrari a detta equiparazione: P. FORTI, *Brevi cenni sulla trascrizione degli accordi di accertamento dell'usucapione*, in cit., p. 1360 ss.; V. BRIZZOLARI, *La trascrizione del verbale di conciliazione relativo all'accertamento dell'acquisto per usucapione*, cit., p. 77. In posizione intermedia, vi è chi afferma, non senza contraddittorietà, che una volta negata valenza dispositiva al negozio di accertamento e delimitata la sua vincolatività alle parti, la trascrizione dell'accordo conciliativo abbia funzione di pubblicità notizia, al pari della sentenza che accerta l'usucapione. Tuttavia, deve continuare a predicarsi la netta differenza tra accertamento negoziale e accertamento giudiziale dell'usucapione per tre ragioni fondamentali: 1) l'accertamento negoziale soggiace al principio di continuità delle trascrizioni ex art. 2651 c.c.; 2) l'accertamento negoziale non ha la retroattività reale della sentenza; 3) l'accertamento negoziale non è in



dividere l'autorevole osservazione³⁶ secondo la quale l'accertamento negoziale differisce da quello giudiziale per le diverse modalità con cui viene com-

grado di travolgere il diritto del creditore ipotecario (cfr. A. DE DONATO, *La trascrizione dell'accordo conciliativo di accertamento dell'usucapione*, cit., p. 132-134). In giurisprudenza: App. Reggio Calabria, 12 novembre 2015, in *Riv. not.*, 2015, 6, p. 1313 ss.; Trib. Lecce, 8 gennaio 2016, in *Contr.*, 2017, 1, p. 69 ss., in cui si legge che tra la sentenza di accertamento dell'usucapione e gli accordi di mediazione accertativi dell'usucapione c'è una "differenza incommensurabile".

³⁶ Il riferimento è a G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare. Trascrizioni, annotazioni, cancellazioni: dalla "tassatività" alla "tipicità"*, Napoli, 2009, p. 350-351. L'A. inserisce l'analisi della trascrizione degli acquisti per usucapione nell'ottica del più generale tema della evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare. L'A. coglie, infatti, l'esistenza di un interesse all'ampliamento dell'ambito di operatività della trascrizione al fine di garantire una più ampia conoscibilità delle situazioni giuridiche rilevanti nel traffico immobiliare. Una lettura costituzionalmente adeguata del dato normativo impone di ammettere alla trascrizione anche fattispecie non espressamente contemplate dalla legge laddove la pubblicità consenta di salvaguardare l'interesse alla certezza e alla celerità dei traffici giuridici, per un verso, e la necessità di non introdurre discriminazioni irragionevoli tra fattispecie analoghe, per altro verso. In questa prospettiva, l'A. affronta anche il tema qui in esame, osservando che, una volta superata la logica di stretta tassatività, è possibile porsi il problema della "surrogabilità" dell'accertamento giudiziale con quello negoziale per gli acquisti a titolo originario. Le naturali differenze tra i due tipi di accertamento non ne escludono l'equipollenza, sul piano effettuale, con riguardo all'effetto preclusivo conseguibile, ove si acceda all'opinione secondo cui il negozio di accertamento, in quanto atto dispositivo in senso lato, produce un'efficacia preclusiva di ulteriori contestazioni riguardo al pregresso verificarsi dell'acquisito, rendendo incontrovertibile, per il futuro, la situazione giuridica accertata tra le parti e i loro aventi causa. Si segnala che, tuttavia, l'A., al termine del suo ragionamento, preferisce aderire alla tesi della natura sostanzialmente dispositiva dell'accertamento negoziale, concludendo, in conseguenza, per la efficacia di pubblicità dichiarativa della relativa trascrizione (v. spec. p. 353-355). Nello stesso ordine di idee v.: M. KROGH, *La trascrizione dell'accordo conciliativo accertativo dell'usucapione*, in *Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 718-2013/C*, p. 73 ss.; D. AMADEI, *Riflessioni sull'accertamento negoziale e giurisdizionale dell'usucapione*, cit., p. 3 ss., il quale osserva anche che «la affermata divergenza tra atto privato e sentenza» è espressione di una visione ormai tramontata secondo la quale, stante la centralità della giurisdizione nell'ordinamento «soltanto tramite la sentenza si possono ottenere effetti di accertamento grazie alla funzione di garanzia e di controllo della legittimità e della correttezza delle pretese, che esclusivamente il giudice può effettuare nell'esercizio del suo potere autoritativo. Si ribadisce che il giudice, quando si tratta di diritti disponibili, come nel caso del diritto di proprietà, non può mai dare di più di quanto le parti potrebbero ottenere per conto loro, con una loro attività negoziale stragiudiziale»; C.M. BIANCA, *La trascrizione del verbale di accordo conciliativo di accertamento dell'usucapione*, cit., p. 119 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile, V, La risoluzione non giudiziale delle controversie*, cit., p. 14 ss.: la differenza tra accertamento giudiziale e accertamento negoziale «non sta nell'efficacia, che è sempre necessariamente la stessa e che consiste nella cosa giudicata sostanziale, quanto nella modalità di determinazione del contenuto dell'atto risolutivo della controversia».

piuto («un procedimento rigidamente e garantisticamente disciplinato al fine della ricerca della verità»), da un lato, un atto di accertamento «privo delle garanzie processuali (...) [e de]ll'intervento del giudice», dall'altro), ma non per il risultato, che è il medesimo: rendere certa – e, secondo taluni, incontestabile per il futuro – la situazione accertata tra le parti e i loro aventi causa. La diversa natura, privatistica o pubblicistica, della fonte dell'accertamento non rileva, in quanto l'effetto finale dipende dal contenuto di quell'atto. Con l'ulteriore precisazione che quando l'accertamento concerne l'usucapione, l'oggetto dell'attività accertativa, in realtà, è costituito dai fatti che possono dar luogo all'usucapione, in quanto quest'ultima costituisce solo un modo di acquisto della proprietà a titolo originario, o meglio, è l'effetto che la legge ricollega alla sussistenza di determinati presupposti per l'acquisto del diritto.

In definitiva, se l'effetto dell'usucapione è predefinito dal legislatore, è possibile sostenere che il relativo accertamento abbia le stesse caratteristiche qualunque sia il soggetto che lo compie, con la conseguenza ulteriore che anche gli effetti della trascrizione dei due atti di accertamento sono i medesimi, cioè trattasi di pubblicità-notizia³⁷.

Potrebbe essere obiettato che la scelta di prevedere la trascrizione dell'accordo di mediazione all'interno dell'art. 2643, n. 12 bis, c.c. miri a evitare pregiudizi per i terzi che non abbiano partecipato alla stipulazione dell'accordo di conciliazione, in quanto le regole degli artt. 2644 e 2650 c.c. consentono di limitare gli effetti dell'accordo unicamente alle parti. Senza dubbio, l'applicazione del principio di continuità delle trascrizioni realizza l'obiettivo di assicurare maggior certezza ai traffici giuridici. A ben vedere, tuttavia, rischi particolari per i terzi non

³⁷ Considerazioni non dissimili sono state svolte dalla dottrina, sia pure con i dovuti distinguo, anche con riferimento al lodo arbitrale. Secondo F.P. LUISO, *L'art. 824 bis c.p.c.*, in www.judicium.it la sentenza non può avere «avere effetti maggiori di quelli del lodo, poiché, in realtà, la sentenza non ha effetti maggiori di un contratto che abbia risolto la controversia (...)». Conseguentemente, siccome il contratto quando ha come scopo la risoluzione di una controversia «ha i medesimi effetti della sentenza, allora anche il lodo, pur essendo un atto privato e non pubblico, può avere gli stessi effetti della sentenza». Se ne conclude che «(...) la differenza tra contratto, arbitrato e giurisdizione sta nei rispettivi presupposti di disciplina, ma non nel risultato, che è perfettamente equivalente. Si tratta, in definitiva, di vie alternative che conducono alla medesima meta». Siffatto modo di ragionare dovrebbe valere, allora, a maggior ragione, per l'accordo di mediazione, tanto più quando la via della mediazione è prescritta per legge come obbligatoria. In termini più generali v.: F.P. LUISO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano, 1981; ID., *Diritto processuale civile, V, La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, cit.; S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, II ed., Torino, 2002, p. 171 ss.; A. PROTO PISANI, *I limiti soggettivi di efficacia della sentenza. Una parabola di studi*, Milano, 2015.



sono concretamente esistenti, se si considera che ogni accertamento negoziale ha efficacia meramente *inter partes*, a prescindere dal meccanismo pubblicitario; sicché l'applicazione dei richiamati artt. 2644 e 2650 c.c., sotto questo profilo, risulta priva di utilità³⁸. Alla stessa conclusione si perviene ribadendo che l'istituto dell'usucapione ha sempre effetto *erga omnes*, a prescindere dal regime pubblicitario dell'atto in cui il relativo accertamento è contenuto: per cui, l'acquisto per usucapione è sempre opponibile ai terzi, anche in mancanza di trascrizione, tranne che nei casi di usucapione abbreviata (art. 1159 c.c.).

A seguire la premessa illustrata – che qui si condivide – sarebbe stato più logico ammettere l'applicazione dell'art. 2651 c.c. anche per gli accordi in esame. Oltretutto, come autorevolmente sostenuto in dottrina, la soluzione interpretativa sin qui prospettata è l'unica sistematicamente coerente, consentendo di tenere nella massima considerazione la *ratio* della disciplina sulla mediazione obbligatoria. Se l'obiettivo di quest'ultima è quello di ridurre il contenzioso giudiziario a favore di soluzioni amichevoli delle controversie, il legislatore avrebbe dovuto completare la disciplina del verbale di conciliazione con una regola pubblicitaria premiale, al fine di rendere concretamente effettiva la tutela ga-

rantita in sede conciliativa. A voler seguire, invece, una interpretazione meramente testuale dell'art. 2643, n. 12 *bis*, c.c., cioè se si reputasse davvero necessaria la trascrizione dichiarativa del verbale di conciliazione sull'usucapione per conseguire l'opponibilità del diritto accertato, si otterrebbe un risultato controfunzionale: si introdurrebbe, surrettiziamente, ai fini del perfezionamento della vicenda, un requisito – la trascrizione – non richiesto dalla disciplina dell'usucapione.

Certo, si è ben consapevoli che quanto sin qui sostenuto non risolve ogni problema. Per convincersene basta considerare che l'art. 2643, n. 12 *bis*, c.c. lascia aperta, ad esempio, la questione della trascrivibilità di accordi di accertamento sull'usucapione raggiunti al di fuori del procedimento di mediazione. Tuttavia, ove si condivida l'opzione interpretativa qui sostenuta, si può riuscire, comunque, a dare una risposta convincente ragionando alla luce del fondamento della disciplina della mediazione. Sul presupposto che l'equiparazione tra accordo di mediazione e sentenza di accertamento trovi la sua giustificazione nel contenuto accertativo (che è il medesimo), la conclusione a cui si perviene è la seguente: una tale assimilazione non può valere anche per l'accordo raggiunto fuori dal procedimento di mediazione. Come è stato osservato, è «*la mediazione che caratterizza necessariamente la disposizione normativa considerata; e che assurge a requisito indispensabile per la successiva pubblicità del negozio di accertamento*»³⁹. Sicché, per ottenere l'effetto di pubblicità informativa che garantisce maggior sicurezza nella circolazione dei beni, l'accordo richiede di essere trascritto. Si tratta di una prospettiva premiale: l'ordinamento incentiva la composizione della controversia fuori dal processo, ma garantisce a detto accordo adeguata pubblicità solo se formalizzato secondo le regole del procedimento di mediazione. Tanto appare, nuovamente, coerente con la *ratio* della mediazione obbligatoria.

³⁸ Osserva M. BOVE, *L'accordo conciliativo*, in *Soc.*, 2012, 1, p. 91 che tali rischi per i terzi sono inesistenti «perché non vi è una differenza tra sentenza e contratto, tantomeno in virtù della trascrizione dell'una o dell'altro, per quanto riguarda l'efficacia soggettiva». D'altra parte, anche l'efficacia *erga omnes* della sentenza deve essere correttamente intesa in quanto, ai sensi del combinato disposto dell'art. 2909 c.c. e dell'art. 324 c.p.c., l'accertamento giudiziale fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa, ma non estende i suoi effetti verso qualunque altro terzo. A riguardo, si rinvia a D. AMADEI, *Riflessioni sull'accertamento negoziale e giurisdizionale dell'usucapione*, cit., p. 8-9, secondo il quale la detta equiparazione tra le due forme di accertamento non troverebbe smentita neppure sul piano della opponibilità. Ai sensi dell'art. 2909 c.c., la sentenza produce effetti *erga omnes* solo nel limitato senso che essa vincola solo le parti, i loro eredi o aventi causa; non dissimilmente dal contratto che non è opponibile ai terzi i quali non abbiano partecipato alla sua stipulazione. Non a caso, osserva condivisibilmente C. PUNZI, «*Efficacia di sentenza del lodo*», in *Riv. arb.*, 2005, 4, p. 833-834 che l'art. 2909 c.c., pur affermando che l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto, non riserva esplicitamente tale efficacia alla sola sentenza. Nello stesso senso G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare. Trascrizioni, annotazioni, cancellazioni: dalla "tassatività" alla "tipicità"*, cit., p. 351: «Anche l'accertamento giudiziale ha luogo nei confronti di un convenuto determinato, ed il giudicato che ne consegue ha ben precisi limiti soggettivi, producendo effetti unicamente tra le parti e i loro aventi causa (art. 2909 c.c.), non certamente nei confronti di un ipotetico terzo titolare del diritto. (...) Anche la trascrizione della sentenza sarebbe produttiva di una certezza soltanto relativa, e per certi aspetti potenzialmente apparente e ingannevole, sulla quale i terzi potrebbero riporre un affidamento solo parziale».

³⁹ Così L. FOLLIERI, *L'accertamento convenzionale dell'usucapione*, cit., p. 266 ss.



Commenti

LA COSTITUZIONALIZZAZIONE DELLE TUTELE CIVILISTICHE DEGLI ANIMALI: L’AFFERMARSI DI UNA PROSPETTIVA DI SOSTENIBILITÀ.

Di Carlo Pilia

| 643

SOMMARIO: 1. *La rinnovata attenzione verso il mondo animale.* – 2. *La coabitazione con gli animali: diritti, obblighi e responsabilità.* – 3. *La revisione della disciplina condominiale.* – 4. *La copertura costituzionale del principio generale del benessere animale.* – 5. *Il bilanciamento delle tutele personali e animali nella crisi familiare.* – 6. *I processi partecipativi per l’attuazione delle tutele multilaterali.*

ABSTRACT. La recente approvazione della riforma spagnola del diritto degli animali offre una nuova prospettiva ricostruttiva della disciplina della coabitazione con le persone che considera una pluralità di esigenze. Il riconoscimento costituzionale delle tutele animali impone la ricerca di soluzioni giuridiche bilanciate e partecipate.

The recent approval of the Spanish reform of the law of animals offers a new reconstructive perspective of the discipline of cohabitation with people that considers a plurality of needs. The constitutional recognition of animal protection requires the search for balanced and participatory legal solutions.



1. La rinnovata attenzione verso il mondo animale.

Tra le direttrici generali dell'evoluzione dell'ordinamento giuridico, da più fronti, si evidenzia una rinnovata attenzione verso il mondo animale per rispondere al profondo mutamento sia dei contesti economici e sociali e sia degli atteggiamenti politici e della sensibilità umana. Le relazioni, anche di convivenza, che oggi si instaurano tra esseri umani e animali, infatti, si attecchiscono in termini nuovi, per tanti aspetti diversi, se non antitetici rispetto ai paradigmi del passato¹.

Dal mondo rurale nel quale gli animali erano considerati beni patrimoniali fondamentali, indispensabili per garantire sia l'alimentazione che il supporto allo svolgimento delle attività umane, comprese quelle produttive, emergeva una logica dominante di prevalente sfruttamento economico. Gli animali sono stati intesi come cose, suscettibili di appropriazione e sfruttamento economico, in funzione del sistema produttivo agricolo e delle dinamiche sociali della vita rurale. Le relazioni tra esseri umani e animali si attecchivano in termini di generalizzata e continuativa convivenza negli habitat condivisi del mondo rurale.

I fenomeni massivi dell'urbanizzazione umana e dell'industrializzazione dei processi lavorativi, per tanti versi, hanno stravolto l'impostazione tradizionale della relazione con gli animali, che sono stati allontanati dagli spazi vitali delle persone. Gli animali da alimentazione e, comunque, da utilizzare per le attività produttive, tendenzialmente, sono stati relegati in apposite strutture di allevamento e lavoro

collocate, anche fisicamente, al di fuori delle abitazioni e dei centri urbani.

Le relazioni degli esseri umani con gli animali, pertanto, si sono differenziate nettamente a seconda della funzione assolta dagli animali: quali fonte di cibo e strumenti di lavoro, da un lato, ovvero animali d'affezione o per compagnia dall'altro. Per un verso, i processi di allevamento degli animali per scopi alimentari e produttivi hanno determinato lo scioglimento della relazione di convivenza con la popolazione urbanizzata. Per altro verso, proprio negli ambienti urbani si è rilanciata e sviluppata la relazione, anche di stabile e diffusa convivenza, delle persone con gli animali da compagnia². Questi animali vivono nelle stesse case delle persone, coabitano con esse e non svolgono più una funzione patrimoniale, bensì solo di tipo personale, quale fattore di benessere attinente alla sfera sentimentale e affettiva di chi li ospita.

Pur constatandosi una crescente e generalizzata attenzione verso l'intero mondo animale, tracciata dalla comparsa nelle carte internazionali³, europee⁴

² RI 2020, 32° Rapporto Italia, *Percorsi di ricerca nella società italiana*, Eurispes, p. 98, in <https://www.astrid-online.it/static/upload/euri/eurispes-sintesi-ri2020.pdf>

³ Tra le più significative fonti internazionali, trattati a carattere universale, che contribuiscono alla protezione del benessere animale, si richiamano la *Convenzione sul commercio internazionale delle specie animali e vegetali in via di estinzione (CITES)*, firmata a Washington il 3 marzo 1973, che è stata ratificata in Italia con la Legge 19 dicembre 1975, n. 874, che le ha dato esecuzione, e il Protocollo sulla protezione ambientale allegato al Trattato antartico, firmato a Madrid nel 1991 ed entrato in vigore nel 1998, che promuove il rispetto e la tutela dell'ambiente in Antartide. Al riguardo, cfr. M. BOWMAN, P. DAVIES, C. REDGWELL, *Lyster's International Wildlife Law*, 2nd Ed., Cambridge University Press, 2010, p. 698; K. SYKES, «*Nations Like Unto Yourselves*»: *An Inquiry into the Status of a General Principle of International Law on Animal Welfare*, in *The Canadian Yearbook of International Law*, p. 3 ss.; M. BOWMAN, *Conflict or Compatibility? The Trade, Conservation and Animal Welfare Dimensions of CITES*, in *Journal of International Wildlife Law and Policy*, 1998, p. 9 ss.; F. MUCCI, *Dal diritto internazionale alla Costituzione italiana: per una tutela dell'ambiente inevitabilmente antropocentrica ma ecologica, lungimirante e coerente*, in *dirittifondamentali.it*, 1/2022, anche per l'indicazione delle altre fonti internazionali ed europee, con le relative informazioni bibliografiche.

⁴ La Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia, firmata a Strasburgo il 13 novembre 1987, nel formulare i *Principi per il mantenimento degli animali da compagnia* (Titolo II), in particolare, all'art. 3 (*Principi fondamentali per il benessere degli animali*), prescrive: «1. Nessuno causerà inutilmente dolori, sofferenze o angosce ad un animale da compagnia. 2. Nessuno deve abbandonare un animale da compagnia.» e all'art. 4 (*Mantenimento*) stabilisce «1. Ogni persona che tenga un animale da compagnia o che abbia accettato di occuparsene sarà responsabile della sua salute e del suo benessere. 2. Ogni persona che tenga un animale da compagnia o se ne occupi, deve provvedere alla sua installazione e fornirgli cure ed attenzione, tenendo conto dei suoi bisogni etologici secondo la sua specie e la sua razza (...)». Con la Legge 4 no-

¹ P.P. ONIDA, *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano*, Torino, 2002; V. POCAR, *Gli animali non umani. Per una sociologia dei diritti*, Roma-Bari, 2005; P. ZATTI, *La compagnia dell'animale*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto delle relazioni affettive*, 3, Padova, 2005, p. 2017 ss.; C.M. MAZZONE, *La questione dei diritti degli animali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 505 ss.; D. CERINI, *Il diritto e gli animali: note giusprivatistiche*, Torino, 2012; G. TEUBNER, *Attori non umani*, in Id., *Ibridi e attanti. Attori collettivi ed enti non umani nella società e nel diritto*, trad. it., Mimesis, Milano-Udine, 2015, p. 19 ss.; G. MARTINI, *La configurabilità della soggettività animale: un possibile esito del processo di "giuridificazione" dell'interesse alla loro protezione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, p. 109 ss.; E. BATTELLI, *La relazione tra persona e animale, tra valore economico e interessi non patrimoniali, nel prisma del diritto civile: verso un nuovo paradigma*, in *Cult. dir.*, 1-2, 2018, p. 35 ss.; R. MIGUEZ NÚÑEZ, *Le avventure del soggetto. Contributo teorico-comparativo sulle nuove forme di soggettività giuridica*, Milano-Udine, 2018; F.X. ROUX-DEMARE (dir.), *L'animal et l'homme*, Paris, 2019; F. FONTANAROSA, *I diritti degli animali in prospettiva comparata*, in *DPCE online*, 1, 2021, p. 169 ss.; G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Tenencia de animales domésticos en pisos o casas en régimen de comunidad*, Madrid, 2021.



e nazionali⁵ dei principi generali che li considerano quali esseri senzienti e promuovono la tutela del benessere animale⁶, una particolare attenzione è stata riservata alla cura degli animali da compagnia. Per questi, in particolare, sono state declinate delle apposite norme che ne hanno definito lo speciale sta-

tuto⁷, che si differenzia rispetto non solo a quello delle cose mobili, ma anche a quello degli altri animali domestici e selvatici.

Per gli animali da compagnia, stante la strettissima relazione anche di convivenza con gli esseri umani, si è discusso principalmente di processo di soggettivazione, se non addirittura di personificazione⁸. La diffusione urbana degli animali da compagnia, almeno uno o spesso anche più d'uno nella maggior parte delle case, che coabitano con il proprietario e gli altri componenti della sua famiglia, ha posto all'attenzione l'esigenza di un complessivo adeguamento della preesistente disciplina giuridica civilistica, che rispecchiava le passate dinamiche rurali⁹.

2. La coabitazione con gli animali: diritti, obblighi e responsabilità.

Il fenomeno della coabitazione nelle case e nei condomini urbani degli esseri umani con gli animali da compagnia ha riaperto l'interesse verso tale relazione. In termini giuridici, la relazione coinvolge non solo i familiari, ma anche i proprietari degli appartamenti abitati, quelli circostanti e la stessa organizzazione dei condomini.

La convivenza con un animale all'interno di un appartamento, infatti, è circostanza assai rilevante per la vita della famiglia e dell'intero condominio.

vembre 2010, n. 201, l'Italia ha proceduto alla ratifica ed esecuzione della Convenzione, adeguato l'ordinamento interno e designato le autorità competenti ad applicare le relative sanzioni amministrative, individuandole nel Ministero della salute, nelle regioni e province autonome di Trento e di Bolzano, negli ambiti di rispettiva competenza (art. 7, comma 5).

L'art. 13 del Trattato sul Funzionamento dell'UE precisa che: «[...] l'Unione e gli Stati Membri devono, poiché gli animali sono esseri senzienti, porre attenzione totale alle necessità degli animali, sempre rispettando i provvedimenti amministrativi e legislativi degli Stati Membri relativi in particolare ai riti religiosi, tradizioni culturali ed eredità regionali». Cfr. F.E. CELENTANO, *Benessere animale, scienza e diritto nella prospettiva internazionale ed europea*, in www.rivistadirittoalimentare.it, 2021, p. 79 ss.

⁵ La legge-quadro in materia di animali di affezione e prevenzione del randagismo (legge 14 agosto 1991, n. 281), che all'art. 1 afferma «lo Stato promuove e disciplina la tutela degli animali di affezione, condanna gli atti di crudeltà contro di essi, i maltrattamenti ed il loro abbandono, al fine di favorire la corretta convivenza tra uomo e animale». La legge 20 luglio 2004, n. 189 (*Disposizioni concernenti il divieto di maltrattamento degli animali, nonché di impiego degli stessi in combattimenti clandestini o competizioni non autorizzate*) che ha introdotto nel codice penale i nuovi delitti di uccisione e di maltrattamento di animali, di cui agli artt. 544-bis e ss. cod. pen., sancendo positivamente il riconoscimento della tutela del sentimento (umano) per gli animali. Il codice del turismo (D.Lgs. 23 maggio 2011, n. 79), che all'art. 30 afferma «... lo Stato promuove ogni iniziativa volta ad agevolare e favorire l'accesso ai pubblici servizi e nei luoghi aperti al pubblico dei turisti con animali domestici al seguito». Il nuovo codice della strada (art. 31 legge n. 120/2010) che ha fissato l'obbligo di fermarsi a soccorrere l'animale ferito in caso di incidente, individuando le condizioni alle quali il trasporto di un animale in gravi condizioni di salute può essere considerato in stato di necessità. La legge 28 dicembre 2015 n. 221 (*Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali*) il cui art. 77 ha aggiunto all'art. 514 del codice di procedura civile i numeri 6-bis e 6-ter inserendo tra i beni impignorabili anche «gli animali di affezione o da compagnia tenuti presso la casa del debitore o negli altri luoghi a lui appartenenti, senza fini produttivi, alimentari o commerciali» (art. 514 numero 6-bis cod. proc. civ.) e «gli animali impiegati ai fini terapeutici o di assistenza del debitore, del coniuge, del convivente o dei figli» (art. 514 numero 6-ter cod. proc. civ.). In generale, F. RESCIGNO, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, Torino, 2010; L. BOSCOLO CONTADI, *La tutela giuridica degli animali e il loro valore come categoria protetta*, Milano, 2017; G. PAVICH, *Tutela penale degli animali*, Milano, 2015; P. MAZZA, *I reati contro il sentimento per gli animali*, Padova, 2012.

⁶ D.M. BROOM, K.G. JOHNSON, *Stress and animal welfare*, London, 1993; F. BARZANTI, *La tutela del benessere degli animale nel Trattato di Lisbona*, in *Dir. un. eur.*, 1, 2013, p. 49 ss.; L. D'ARONCO, *Il benessere degli animali negli allevamenti e la normativa europea. Il caso delle galline ovaiole*, Vicalvi, 2018; M. LOTTINI, *Il benessere degli animali e il diritto dell'Unione Europea*, in *Cultura e diritti*, 1/2, 2018, p. 11 ss.

⁷ T. GAZZOLO, *Diritto e divenire-animale*, in *Politica del diritto*, 2012, p. 709 ss.; F. FASANI, *L'animale come bene giuridico*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2, 2017, p. 711 ss.; C. FOSSÀ, *Frammenti di oggettività e soggettività animale: tempi maturi per una metamorfosi del pet da bene (di consumo) a tertium genus tra res e personae?*, in *Contr. impr.*, 2020, p. 527 ss.; A.C. AMATO MANGIAMELI, *Natur@. Dimensioni della Biogiuridica*, Torino, 2021, p. 106 ss.; F. MUCCI, *La tutela degli animali tra diritto europeo, internazionale e costituzionale*, in www.rivistaeurojus.it, 1, 2022, p. 258 ss.

⁸ D. CERINI, *Lo strano caso dei soggetti-oggetti: gli animali nel sistema italiano e l'esigenza di una riforma*, in *Derecho animal*, 2019, p. 565 ss.; R. MÍGUEZ NÚÑEZ, *Né persone né cose: lineamenti decostruttivi per un rinnovamento concettuale della «summa divisio»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2021, p. 359 ss.; F.P. TRAISCI, *L'animale. Oggetto o soggetto di diritto? La categorizzazione dell'animale da compagnia come «bene sottoposto a un regime speciale»*, in E. Calzolaio, R. Torino, L. Vagni (a cura), *Liber Amicorum Luigi Moccia*, Roma Tre-Press, Roma, 2021, p. 515 ss.; G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Tenencia de animales domésticos en pisos o casas en régimen de comunidad*, cit., p. 123.

⁹ G. SETTANNI, M. RUGGI, *Diritto animale, diritto degli animali e diritti degli animali. L'auspicio di un intervento riorganizzativo del legislatore tra esigenze sociali e necessità giuridiche di sistema*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2019, p. 477 ss.; F. BERTELLI, *Applicabilità del codice del consumo alla compravendita di animali*, con nota a Cassazione Civile, sez. II, 25 settembre 2018, n. 22728, in *Danno e responsabilità*, 1/2019, p. 70 ss.



La presenza dell'animale da compagnia soddisfa esigenze affettive della persona convivente, ma al contempo impone alla stessa persona obblighi di cura e attenzione, esponendola a responsabilità anche verso gli altri familiari, i vicini e i condomini¹⁰.

La relazione essere umano-animale da compagnia, infatti, implica una pluralità di aspetti giuridici rilevanti nella coabitazione, di segno sia positivo che negativo, che si irradiano anche verso altri soggetti. Così, in via esemplificativa, l'attenzione si incentra prevalentemente sull'affermarsi della posizione soggettiva attiva del diritto alla relazione e, quindi, alla coabitazione della persona con l'animale all'interno dell'appartamento e del condominio. Però, bisogna considerare pure la corrispondente diffusione della posizione giuridica passiva dell'imposizione dell'obbligo della relazione e, quindi, della coabitazione dell'essere umano con l'animale. Ancora, non è trascurabile l'esposizione a responsabilità che, all'interno della detta relazione di coabitazione, sorge anche nei confronti di terzi, per i possibili pregiudizi scaturenti dal comportamento non solo dell'animale verso altre persone, come tradizionalmente si considera, ma anche delle persone verso l'animale stesso.

Le questioni giuridiche sono molteplici e, per tanti aspetti, restano ancora controverse, poiché non tutte risultano compiutamente disciplinate dal legislatore alla luce delle significative peculiarità che presenta la convivenza delle persone con gli animali da compagnia nei nuovi scenari urbani¹¹. La posizione soggettiva di vantaggio è solitamente riferita alla persona che possiede l'animale da compagnia e che con esso convive nella casa. In tal modo egli esercita un diritto alla relazione di convivenza che soddisfa proprie esigenze ritenute meritevoli di tutela. Sul versante dell'obbligo, invece, si collocano le altre persone che subiscono la presenza dell'animale e si identificano solitamente con il proprietario dell'appartamento, se concesso in altrui godimento, i vicini e i condomini¹². È indubbio che la convivenza con l'animale incida non solo sul godimento ma anche sulla disponibilità della proprietà immobiliare, sia quella individuale che quella comune condominiale.

¹⁰ G. BORDOLLI, *La gestione dei cani in condominio*, in *Immobili & proprietà*, 10/2018, p. 558 ss.

¹¹ Con riferimento all'illegittimità del divieto municipale di accesso dei cani ai parchi cittadini, v. G. MILIZIA, *I cani sporcano ed i padroni non puliscono: no al divieto di accesso ai parchi, sì al rispetto degli oneri di legge*, nota a T.A.R. Roma, sez. II, 17 maggio 2016, n. 5836, in *Diritto & Giustizia*, 2016, p. 27 ss.

¹² C. BELLI, I. MEO, *Regolamento di condominio, contratto di locazione e divieto di detenzione degli animali*, in *Immobili & proprietà*, 1/2014, p. 9 ss.

Per la responsabilità, solitamente si pensa ai danni provocati dai comportamenti dell'animale in pregiudizio delle persone e cose, di cui risponde il proprietario e comunque chi se ne serve, anche se abbia perduto la custodia¹³. Proprio sul piano della responsabilità, invero, si registrano interessanti sviluppi evolutivi, concernenti la liquidazione dei danni provocati da morte o lesioni arrecate all'animale da compagnia, che superano il valore patrimoniale, attenendo alla compromissione di una importante relazione che incide significativamente anche sulla sfera personale del convivente¹⁴. Ma altrettanto significativa è l'imposizione della responsabilità a carico dello stesso proprietario dell'animale per i maltrattamenti o, comunque, la violazione dell'obbligo di cura del benessere animale¹⁵.

Le tradizionali norme civilistiche, in generale, rispondono a una logica proprietaria nella gestione dell'animale e, quindi, nell'adozione delle decisioni inerenti alla relazione di convivenza con l'essere umano. In sostanza, la scelta è stata rimessa al libe-

¹³ Art. 2052 cod. civ. Per una sintesi degli orientamenti della giurisprudenza, V. VILLANOVA, *La responsabilità per il danno cagionato da animali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2021, p. 770 ss.; A. COCCHI, *Responsabilità per danno cagionato da animali: quali frontiere giurisprudenziali?*, in *Resp. civile*, 2018, p. 790 ss.

¹⁴ P. DONADONI, *Il «danno interspecifico» per perdita della relazione con l'animale d'affezione*, in *Resp. e prev.*, 4, 2022, p.1282 ss.; E. SERANI, *Il risarcimento del danno da perdita da animale d'affezione a 10 anni dalle SS.UU. 2008: il lungo cammino di un danno controverso*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 208 ss.; F. GARATTI, *Il danno non patrimoniale come parametro per la risarcibilità del danno patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2015, p. 165 ss.; F.M. SCARAMUZZINO, *Il risarcimento del danno non patrimoniale da morte o ferimento dell'animale d'affezione*, in *Resp. civ.*, 2012, p. 619 ss.; G.A. PARINI, *Morte dell'animale da affezione e tutela risarcitoria: è ancora uno scontro tra diritto e sentimento?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 603 ss.

¹⁵ Cfr. A. GASPARRE, *Mancate cure al cane: il proprietario responsabile di maltrattamenti per condotta omissiva tenuta con dolo eventuale*, nota a Cassazione penale, sez. III, 15 gennaio 2019, n. 22579, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 94, 2019, p. 16 ss.; A. IEVOLELLA, *Allevamento allo stato brado: nessuna giustificazione per avere tenuto gli animali in condizioni deprecabili*, nota a Cassazione penale, sez. III, 18 dicembre 2020, n. 10122, *ivi*, fasc. 54, 2021, p. 10 ss.; ID., *Poco spazio a disposizione, catena corta e pessima alimentazione: cane maltrattato e uomo condannato*, nota a Cassazione penale, sez. III, 19 maggio 2021, n. 34087, *ivi*, fasc.178, 2021, pag. 4; IDEM., *Collare elettrico per l'addestramento del cane: condannato il padrone*, nota a Cassazione penale, sez. III, 16 gennaio 2020, n. 11561, *ivi*, fasc.71, 2020, p. 3 ss.; ID., *Vaccino vietato somministrato ai bufali: allevatore condannato*, nota a: Cassazione penale, sez. III, 11 maggio 2021, n. 32602, *ivi*, fasc.168, 2021, p. 1 ss.; F. VALERINI, *Il principio di precauzione ferma l'esperienza di nuotare in vasca con i delfini a tutela degli animali e degli umani*, nota a T.A.R. Roma, sez. II, 10 maggio 2019, n. 5892, *ivi*, fasc. 86, 2019, p. 2 ss.; G. MENTASTI, *Il collare elettrico per cani: profili di rilevanza penale*, nota a Cassazione penale, sez. III, 22 giugno 2016, n. 50491, in *Il penalista.it*, fasc., 20 gennaio 2017.



ro esercizio dell'autonomia negoziale delle persone coinvolte: proprietario dell'animale, proprietario dell'immobile e condomini. Con il passare del tempo, tuttavia, si assiste a un crescente e, per certi versi, pervasivo intervento normativo che restringe fortemente l'autonomia delle persone, così da soddisfare l'esigenza di tutela del benessere animale che tende ad imporsi come principio sovraordinato da rispettare¹⁶. Tanto comporta delle incisive limitazioni all'esercizio non solo dell'autonomia patrimoniale-negoziale, ma altresì della libertà personale-relazionale degli esseri umani, a cominciare dalla (auto)gestione degli aspetti organizzativi della vita familiare e degli spazi di coabitazione in presenza di animali.

3. La revisione della disciplina condominiale.

Con riferimento alla disciplina condominiale, alla luce dei nuovi scenari, si è riproposto l'interrogativo fondamentale se si potesse vietare o limitare la convivenza con animali da compagnia. La questione non è nuova, in quanto solitamente è stata affrontata nei regolamenti condominiali che, sia per ragioni sanitarie, di decoro e salvaguardia del quieto vivere delle persone, sovente vietavano la presenza di animali all'interno delle unità del complesso immobiliare. Siffatte limitazioni condominiali, tuttavia, sono state sottoposte al vaglio critico della giurisprudenza e, in seguito, al processo di revisione normativa che hanno recepito le nuove esigenze di tutela delle persone e degli animali, oramai riconosciute dalle fonti sovranazionali.

La giurisprudenza italiana¹⁷, in particolare, ha stabilito il principio per il quale il regolamento condominiale assembleare adottato a maggioranza non potesse vietare ai condomini la convivenza con gli animali da compagnia, in quanto si avrebbe una sostanziale limitazione che incide in maniera pesante sui poteri spettanti ai singoli proprietari degli appartamenti. Solamente con un regolamento contrattuale deliberato all'unanimità da tutti i condomini, perciò, si sarebbe potuto introdurre una siffatta limitazione. Con l'accordo dei proprietari degli immobili, quindi, potrebbe limitarsi e financo escludersi convenzionalmente la convivenza delle persone con gli

animali. Inoltre, la medesima regola troverebbe applicazione anche con riferimento alle locazioni immobiliari, nei cui contratti le parti avrebbero potuto consensualmente restringere la convivenza con gli animali.

Il mutato quadro normativo internazionale ed europeo, tuttavia, ha comportato un rilevante cambiamento legislativo interno anche in Italia, che ha sancito l'importante riconoscimento civilistico del diritto alla convivenza con gli animali nel condominio. La riforma italiana della disciplina codicistica del condominio approvata nel 2012¹⁸, infatti, al novellato art. 1132, comma 5, del cod. civ. ha espressamente escluso che si possa vietare la convivenza con gli animali domestici¹⁹. La disposizione introduce una limitazione contenutistica ai regolamenti condominiali, la cui portata è stata intesa in maniera contrastante, in ragione del diverso atteggiamento che ancora si assume rispetto alla tutela degli animali. In via schematica, si individuano due orientamenti principali: l'uno di tipo minimalista e conservatore, l'altro più massimalista e innovatore²⁰.

Il primo orientamento ritiene che il divieto di proibire la coabitazione con gli animali, per un verso, riguarderebbe solamente il regolamento condominiale assembleare approvato a maggioranza, non già quello contrattuale adottato all'unanimità dei condomini. Per altro verso, il divieto concernerebbe solamente la proprietà individuale dei singoli condomini, non già le parti comuni del condominio, per le quali i regolamenti potrebbero ancora vietare la presenza di animali²¹. La tesi minimalista, in definitiva, interpreta la nuova disposizione codicistica in sostanziale continuità con il precedente orientamento giurisprudenziale, che riferisce l'interesse alla coabitazione con l'animale da compagnia alla tutela del singolo condomino e, comunque, riconosce a tale interesse natura disponibile. In definitiva, sarebbe il proprietario dell'immobile a poter liberamente disporre del proprio diritto alla coabitazione con l'animale da compagnia.

¹⁸ Legge 11 dicembre 2012, n. 220 (*Modifiche alla disciplina del condominio negli edifici*), P. GIUGGIOLI, M.C. GIORGETTI, *Il nuovo condominio. Commento alla legge di riforma n. 220/2012*, Milano, 2013.

¹⁹ L'art. 1132, comma 5, cod. civ. dispone testualmente: «le norme del regolamento non possono vietare di possedere o detenere animali domestici».

²⁰ Per un quadro delle varie posizioni sostenute all'interno dei due orientamenti, v. M. CORONA, *Animali domestici e condominio: mutamenti culturali e regole giuridiche*, in *Il condominio cinque anni dopo la legge di riforma: problematiche giuridiche al vaglio di magistrati e professionisti*, in *Riv. giur. sarda*, 2018, 3, p. 227 ss.; F. RUSCELLO, *La riforma del condominio tra novità e problemi irrisolti*, in *Vita notarile*, 2013, p. 361 ss.

²¹ G. BORDOLLI, *Il divieto di tenere animali domestici in condominio*, in *Immobili & proprietà*, 8-9/2015, p. 501 ss.

¹⁶ Le forti resistenze al superamento dell'orientamento principalmente antropocentrico delle fonti di diritto internazionale sulla protezione degli animali sono sottolineate in F. MUCCI, *La tutela degli animali tra diritto europeo, internazionale e costituzionale*, cit., p. 267 ss.

¹⁷ Cassazione civile, sez. II, 15 febbraio 2011, n. 3705, in *Riv. giur. ed.*, 2011, p. 876, con nota di M. DE TILLA, *Regolamento contrattuale e divieto di detenere animali domestici nell'appartamento*.



L'altro orientamento, al contrario, evidenzia come la novella codicistica abbia profondamente innovato la precedente disciplina condominiale, in conformità alla complessiva revisione del quadro normativo internazionale, europeo e nazionale in materia di tutela degli animali²². All'interno del condominio, quindi, si farebbe applicazione del superiore principio generale di tutela del benessere animale, che avrebbe carattere indisponibile. Il divieto di proibire la convivenza con gli animali, di conseguenza, sarebbe di portata generale, riferendosi a tutti i regolamenti condominiali, non solo quelli assembleari adottati a maggioranza, ma anche quelli contrattuali approvati all'unanimità²³. La prescrizione codicistica, inoltre, introdurrebbe un limite assoluto ai regolamenti condominiali, riferibile tanto alle proprietà individuali, quanto a quelle comuni²⁴. In nessun caso, perciò, sarebbe negoziabilmente derogabile siffatto divieto legale, di ordine pubblico, che avrebbe un fondamento costituzionale. Il divieto normativo, quindi, sarebbe applicabile non soltanto ai nuovi regolamenti condominiali, adottati successivamente all'entrata in vigore della novella codicistica, ma anche a quelli antecedenti²⁵. Ancora, la sopraggiunta prescrizione imperativa, siccome espressione di un principio costituzionale generale, dovrebbe applicarsi a tutti i rapporti giuridici di durata, anche contrattuali, che vi soggiacciono.

Il fondamento costituzionale del divieto, pertanto, imporrebbe di adeguare tutte le fonti normative sottordinate, a cominciare da quelle concernenti la proprietà e gli atti di esercizio dell'autonomia privata, che si collegano direttamente alla materia condominiale. Al riguardo, tuttavia, occorre individuare con maggiore precisione il fondamento costituzionale del divieto di proibire la convivenza con animali, che è diversamente configurato a seconda della prospettiva seguita.

4. La copertura costituzionale del principio generale del benessere animale.

²² M. SALA, *Sul diritto di coabitazione con l'animale domestico*, in *Immobili & proprietà*, 4/2013, p. 211 ss.

²³ Tribunale Piacenza, 22 novembre 2016, n. 527, in *Arch. Locazioni*, 2018, 4, p. 411; Tribunale Cagliari, sez. II, 22 luglio 2016, in *Condominio e locazione.it* 4 settembre 2017, con nota di V. NASINI.

²⁴ S. GIARDINA, *Regolamento condominiale e uso dell'ascensore con i propri animali domestici*, in *Giurisprudenza Italiana*, Maggio, 2018, p. 1096 ss.

²⁵ Tribunale Cagliari, sez. II, 22 luglio 2016, in *Arch. Locazioni*, 2017, 1, p. 66.

La tutela rafforzata della relazione di convivenza con l'animale di compagnia, come accennato, è stata collegata a un fondamento costituzionale, ancorché variamente individuato, con differenti implicazioni ricostruttive. In chiave schematica, la copertura costituzionale è stata ricondotta ai due poli della relazione di convivenza dell'essere umano con l'animale da compagnia.

Sul primo fronte, come accennato, la tutela rafforzata del diritto alla convivenza con l'animale di compagnia è ricondotta ai diritti inviolabili dell'uomo, ex art. 2 Cost., da intendere nell'accezione aperta che non si limita ai diritti espressamente tipizzati, ma considera anche quegli altri che si affermano nella prassi in funzione della realizzazione della personalità. In tal senso, la convivenza con l'animale di compagnia esprime una delle manifestazioni della personalità umana, come tale protetta nell'ordinamento giuridico anche nelle relazioni civilistiche²⁶.

La prospettiva costituzionale richiamata è stata la prima a trovare declinazione tra gli interpreti italiani, che l'hanno elaborata pur in mancanza di un espresso e diretto indice normativo al riguardo. Si è operato, in buona sostanza, mediante un'estensione delle declinazioni contenutistiche delle manifestazioni della personalità umana. Senza dubbio, si tratta dell'impostazione ermeneutica iniziale che sconta la mancanza di un'apposita norma costituzionale ed esprime una visione tradizionale della relazione tutta impostata sulla centralità, se non esclusività, della tutela umana. La cornice giuridica e la prospettiva ricostruttiva, con il tempo, sono profondamente cambiate.

Le fonti normative internazionali, europee e nazionali, infatti, sono state ampiamente innovate, dando un espresso e diretto riconoscimento alle tutele degli animali in generale e a quelle degli animali da compagnia in particolare. Questi ultimi, infatti, quali particolari esseri senzienti sono destinatari di un regime speciale di protezione rafforzata, che oltrepassa la relazione di convivenza con la persona del padrone o possessore. Si afferma, in altre parole, la meritevolezza della tutela dell'animale e del suo benessere in quanto tale, ossia anche slegato dalla funzionalizzazione al soddisfacimento dei diritti in-

²⁶ G. BORDOLLI, *La gestione dei cani in condominio*, in *Immobili & proprietà*, 10/2018, p. 558 ss.; R. SENIGALLIA, *Riflessioni sullo statuto giuridico degli animali di affezione e sue ricadute in materia di vendita e responsabilità civile*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 4/2021, pp. 1172 ss. e 1783 ss., il quale richiama anche gli artt. 8 C.E.D.U. e 7 della Carta di Nizza a proposito del diritto fondamentale dell'essere umano alla "vita privata e familiare".



violabili della persona con la quale coabita l'animale stesso.

In effetti, l'impostazione prevalente della tutela della convivenza con l'animale da compagnia pone l'accento sulla persona e sui suoi diritti inviolabili: si trascura di considerare proprio la posizione dell'animale, che continua ad essere asservita al soddisfacimento dei diritti umani²⁷. Un'impostazione, questa, che non è più accettabile e deve essere ripensata, anche senza implicare la necessità di arrivare alla personificazione degli animali²⁸, come pure si è sostenuto.

Sul piano normativo, infatti, le nuove discipline hanno progressivamente delineato una disciplina dedicata agli animali, specialmente quelli da compagnia, che prescinde dalla relazione di convivenza o di servizio con l'essere umano. Si tutela l'animale e il suo benessere, anche se manca una corrispondente lesione dei diritti delle persone.

In proposito, merita di essere richiamata la recentissima novellazione della carta costituzionale italiana²⁹ che, nell'ambito dei principi fondamentali, all'art. 9 ha introdotto in maniera espressa la tutela degli animali, sganciata dalla dinamica della relazione personale³⁰. Alla protezione della cultura, de-

lla ricerca scientifica e del paesaggio già considerata dai costituenti fin dal 1948, si è adesso aggiunta quella dell'ambiente, biodiversità ed ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni e, quindi, degli animali. Più precisamente, si prescrive che la legge statale stabilisce i modi e le forme di tutela degli animali. La tutela degli animali, quindi, trova adesso diretta copertura costituzionale, tra i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, senza necessità di passare per i diritti inviolabili della persona.

Il differente fondamento costituzionale della tutela degli animali da compagnia nella relazione con le persone, peraltro, è rilevante sul piano dell'atteggiarsi dei contenuti delle tutele. Tanto emerge con chiarezza dalle stesse discipline civilistiche declinanti le tutele degli animali che, a seconda dei casi, possono corrispondere o divergere rispetto a quelle delle persone con cui convivono.

La prima è più frequente situazione, infatti, è quella in cui vi sia corrispondenza della tutela della persona e dell'animale con essa convivente. Sono i casi, per esempio, dei divieti di coabitazione imposti dal regolamento condominiale o dal proprietario dell'immobile al conduttore al quale si impedisce di tenere con sé l'animale da compagnia. Si pensi, ancora al caso della lesione provocata all'animale che danneggia direttamente la persona del convivente³¹.

Possono darsi anche situazioni nelle quali l'animale soffra delle lesioni al proprio benessere senza che sia colpita alcuna persona. Sono i casi in cui l'animale di compagnia non abbia alcuna relazione con una persona ovvero la relativa relazione sia inconsistente, tanto che il malessere dell'animale non ha ripercussioni umane. Anche in questi casi, cionondimeno, scattano le tutele previste per gli animali, per esempio contro gli autori o reponsabili dell'abbandono o del matrattamento.

Infine, sono da prospettare i casi, invero più delicati, nei quali le esigenze degli animali di compagnia e delle persone conviventi sono incompatibili o, comunque, confliggenti. Proprio in questi casi, la prospettiva personalistica unilaterale manifesta i suoi limiti e si pone l'esigenza di un deciso cambio di approccio di tipo relazionale, bilaterale o plurilaterale, con la necessità di realizzare un contemperamento delle varie esigenze e un bilanciamento delle tutele delle persone e dell'animale coinvolti³². Il

²⁷ Per una visione complessiva delle varie posizioni, v. S. CASTIGLIONE (a cura di), *I diritti degli animali*, Bologna, 1988; A. VALASTRO, *La tutela giuridica degli animali e i suoi livelli*, in *Quadr. cost.*, 2006, I, p. 72 ss.; A. PISANÒ, *Diritti deumanizzati. Animali, ambiente, generazioni future, specie umana*, Milano, 2012; G. SPOTO, *Il dibattito sulla soggettività giuridica degli animali e il sistema di tutele*, in *Cult. dir.*, 1, 2, 2018, p. 61 ss.; R. SENIGALLIA, *Riflessioni sullo statuto giuridico degli animali di affezione e sue ricadute in materia di vendita e responsabilità civile*, cit., p. 1175 ss.

²⁸ G.A. PARINI, *La tutela degli animali e della relazione interspecifica uomo-animale*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, p. 998 ss.

²⁹ La legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1 (*Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*) ha introdotto nel testo della Costituzione la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni (art. 9) e integrato i limiti all'iniziativa economica privata prevedendo che non possa svolgersi in modo da recare danno alla salute e all'ambiente (art. 41). Cfr. M. CECCHETTI, *La revisione degli artt. 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum quad. cost.* 3, 2021, p. 285 ss.; M. FERRARI, *Tutela dell'ambiente e degli animali nella Costituzione: la riforma è legge*, in <https://www.altalex.com/documents/news/2021/10/15/tutela-dell-ambiente-e-degli-animali-nella-costituzione-il-dl-di-riforma#p4>.

³⁰ Agli iniziali due commi di cui si componeva l'ar. 9 della Costituzione (*La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione*), la recente riforma costituzionale ha aggiunto un terzo comma: "Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future

generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali". M. LOTTINI, *La tutela degli animali in Costituzione: riflessioni e prospettive*, in *CERIDP*, 3, 2022, p. 56 ss.

³¹ M. BONA, C. CERLON, *Gli animali da compagnia contribuiscono alla «qualità della vita» tranne che per taluna cassazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, p. 489 ss.

³² A.F. FONDRIESCHI, *Una naturale dignità: interessi in conflitto e criteri di soluzione nel rapporto tra uomo e animale*, in



principio generale del benessere animale, scaturente dalle fonti giuridiche internazionali ed europee, sta trovando molteplici declinazioni nelle discipline nazionali e nelle prassi applicative con riguardo alle più significative situazioni civilistiche di conflittualità.

5. Il bilanciamento delle tutele personali e animali nelle crisi familiari.

A tal riguardo, la principale vicenda da considerare concerne la crisi familiare conseguente alla cessazione della convivenza della coppia in presenza di animali da compagnia. Per esempio, nei casi di separazione o divorzio si pongono molteplici esigenze di tutela, riferibili oramai non più solo alla coppia, ai figli e agli altri familiari coinvolti, ma anche agli animali da compagnia con essi conviventi³³. Nella conformazione degli assetti personali e patrimoniali per il periodo successivo alla cessazione della convivenza della coppia, anzitutto, si deve rispettare il preminente interesse dei figli minori, che si declina variamente nelle soluzioni compositive della crisi raggiunte in sede giudiziale e stragiudiziale³⁴. Tanto nella decisione del giudice, quanto nell'accordo dei genitori si deve attuare il principio della tutela del superiore interesse del figlio minore³⁵, con predilezione delle soluzioni che preservano l'esercizio del diritto alla bigenitorialità e l'adempimento congiunto della responsabilità genitoriale. Le principali declinazioni del principio si attuano attraverso l'affido condiviso dei figli, gli obblighi di mantenimento e il diritto di visita³⁶.

La vicenda della cessazione della convivenza familiare, come accennato, colpisce anche gli animali da compagnia conviventi con la coppia che di-

vorzia. La casistica scaturente dalla prassi ha evidenziato l'accentuarsi della conflittualità relativa alla gestione degli animali, costringendo i giudici a individuare la soluzione più appropriata, per comporre il conflitto. A seconda dei casi, la conflittualità può atteggiarsi nel senso che entrambi gli ex partner si rifiutano o vogliono occuparsi dell'animale di compagnia, tenerlo con sé, farsi carico della cura e dei relativi costi.

È così emersa la soluzione giurisprudenziale di estendere, almeno in parte, agli animali da compagnia le tutele previste per i figli minori della coppia che si separa o divorzia³⁷. In sostanza, il giudice stabilisce con quale familiare l'animale da compagnia debba continuare a vivere, e se ne occupi direttamente, e chi contribuisca al mantenimento sostenendo i relativi costi. Nell'adottare la decisione, in particolare, il giudice deve tenere conto, oltre che delle esigenze dei familiari da tutelare, anche del principio del benessere animale³⁸.

Sul piano delle varie legislazioni nazionali, la recentissima riforma spagnola dei diritti degli animali è paradigmatica del nuovo assetto delle tutele³⁹. La novellazione codicistica della disciplina spagnola delle crisi della convivenza familiare offre alcune soluzioni esemplari di temperamento delle tutele dei diritti delle persone e del principio ge-

³⁷ Tribunale Pescara 9 maggio 2002, con nota di SABATINI; Tribunale Cremona 11 giugno 2008; Tribunale Milano 13 marzo 2013, in *Diritto di famiglia e delle Persone*, 2013, p. 1005 ss.; Tribunale Como 3 febbraio 2016, in *Fam. dir.*, 2016, p. 1163 ss. con nota di M. PITTALIS, *Separazione personale fra coniugi e "affido" dell'animale da affezione*; Trib. Sciacca, decreto 19 febbraio 2019, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 780 ss., con nota di G. PALMIERI, *Animali da compagnia e separazione dei coniugi*; Tribunale Roma, sez. V, 15 marzo 2016, n. 5322, Tribunale Sciacca 19 febbraio 2019, Tribunale Lucca 24 gennaio 2020, in *DeJure*.

³⁸ Nelle pronunce giudiziali relative all'affidamento degli animali domestici si evocerebbe così il concetto di *best interest of animal*, cfr. C. FOSSÀ, *Frammenti di oggettività e soggettività animale: tempi maturi per una metamorfosi del pet da bene (di consumo) a tertium genus tra res e personae?*, cit., p. 540; R. SENIGALLIA, *Riflessioni sullo statuto giuridico degli animali di affezione e sue ricadute in materia di vendita e responsabilità civile*, cit., p. 1175 ss.

³⁹ Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales. Per un commento sistematico della riforma, v. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (dir.), *Un nuevo derecho civil para los animales. Comentario a la ley 17/2021, de 15 de diciembre*, Madrid, 2022; G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *¿Un nuevo Derecho civil para los animales?: Elogio (no exento de enmiendas) a la nueva Proposición de Ley sobre el régimen jurídico de los animales, en España*, in *Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, 2021, vol. 12/2, p. 24 ss.

Pol. dir., 2020, p. 565 ss.; M. LOTTINI, *La tutela del benessere animale come interesse da tutelare*, nota a sentenza n. 7366 del 3 novembre 2021, Consiglio di Stato, sez. III, in *Foro Amministrativo*, n. 11, 2021, p. 1712 ss.

³³ G. BUFFONE, *L'animale di compagnia è un essere senziente e i provvedimenti relativi al suo collocamento e affidamento vanno assunti tenendo conto del suo benessere*, nota a Juzgado de primera Instancia n° 11 de Oviedo, 20 gennaio 2022, in www.giustiziacivile.com, 9 febbraio 2022.

³⁴ Art. 337-bis ss. c.c. Sul regime della filiazione nelle crisi familiari, tra i tantissimi contributi manualistici, v. G. PERLINGIERI, in G. Carapezza Figlia, N. Cipriani, G. Frezza, G. Perlingieri, P. Virgadamo, *Manuale di diritto di famiglia*, Napoli, 2021, p. 225 ss.; G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, Milano, 2022, p. 307 ss.

³⁵ M. BIANCA (a cura), *The best interest of the child*, Roma, 2021; E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016; C. VILLAGRASA ALCAIDE, I. RAVETLLAT BALLESTÉ, *Derecho de familia e infancia*, Bosch, Barcelona, 2013.

³⁶ Art. 337-ter cod. civ.

nerale dell'interesse dell'animale da compagnia. Le indicazioni che scaturiscono esprimono altrettante forme e modalità di declinazione delle tutele degli animali suscettibili di una più ampia applicazione. La sperimentazione delle nuove soluzioni normative, giurisprudenziali, amministrative e negoziali più efficaci offre un contributo importante che, uscendo dai confini interni al singolo Paese, contribuisce al benessere degli animali e alla civiltà del mondo intero.

La riforma della codificazione civile spagnola, che riprende nei contenuti quelle già elaborate in altri ordinamenti, afferma la necessità che nelle crisi familiari si tenga conto del principio generale del benessere animale⁴⁰. In tal senso, nel divorzio o cessazione della convivenza la coppia deve considerare non solo le esigenze proprie e degli altri familiari, a cominciare dai figli, ma anche quelle degli animali da compagnia. A tal fine, si prescrive che le esigenze dei familiari si devono conciliare con il principio generale del benessere animale. La disciplina spagnola articola le soluzioni applicabili per l'affidamento degli animali di compagnia sulla falsariga del modello di tutela previsto per i figli minori. Nella gestione litigiosa della crisi, sarà il giudice a decidere in quale maniera si devono comporre le molteplici esigenze di tutela dei familiari e dell'animale da compagnia. Ma anche nelle soluzioni compositive consensuali raggiunte dalla coppia stragiudizialmente si deve garantire la tutela del benessere animale. L'osservanza di tale principio cardine, infatti, deve essere controllata dal notaio, dal cancelliere o dal giudice davanti al quale la coppia raggiunge l'accordo compositivo della crisi familiare.

Nell'ipotesi che l'accordo di divorzio violi il principio del benessere animale, pertanto, l'accordo raggiunto dalla coppia sarebbe nullo e dovrà pronunciarsi il giudice. Tanto evidenza come il benessere animale sia principio di rango costituzionale, integrante l'ordine pubblico, che si impone alla coppia nella composizione della crisi familiare⁴¹. Le esigenze della coppia, quindi, devono soddisfarsi nelle forme e con le modalità adeguate a garantire,

senza sacrificare, il benessere dell'animale da compagnia.

Nella concreta declinazione della formula di bilanciamento, probabilmente, tra i fattori da considerare emerge anche la sensibilità dello stesso animale da compagnia. A tal proposito, a seconda dei casi, occorrerebbe avvalersi della valutazione professionale di un esperto, capace di guidare la coppia e il giudice verso l'individuazione della soluzione più appropriata. Sono da preferire le soluzioni flessibili e consensuali, da calare in concreto nelle singole dinamiche di crisi familiari, possibilmente con il consenso dei familiari, piuttosto che mediante l'imposizione autoritativa di rigidi schemi astratti.

6. I procedimenti partecipativi per l'attuazione delle tutele multilaterali.

La prospettiva di tutela multilaterale, probabilmente, si dovrebbe applicare anche nelle altre vicende conflittuali che coinvolgono la convivenza delle persone con gli animali da compagnia. A tal riguardo, sono da sviluppare dei procedimenti partecipativi che considerino, accanto alle esigenze delle persone, anche l'interesse al benessere animale, in maniera da non sacrificarlo. Tanto si rende necessario non solo nel momento patologico della risoluzione della crisi insorta nell'attuazione della relazione, dovuta al divorzio o ad altra vicenda critica, per esempio morte del padrone o trasferimento della sua residenza. Occorre che l'interesse dell'animale sia preso in diretta considerazione fin dalla costituzione della relazione di convivenza, affinché la stessa sia condivisa e conformata in maniera adeguata da tutte le persone interessate. Nel momento costitutivo del rapporto, pertanto, si devono concordare non solo l'avvio della convivenza con l'animale, ma anche tutti gli aspetti che concernono la relazione reciproca e verso l'esterno, contemplando pure il regime applicabile in caso di cessazione della relazione.

Nell'esercizio dell'autonomia contrattuale, soprattutto nella gestione degli immobili urbani destinati all'uso abitativo, quindi, la convivenza con gli animali da compagnia deve costituire oggetto di espressa valutazione, con la pattuizione delle soluzioni negoziali che rispondano alle esigenze delle parti e, al contempo, garantiscano la tutela del benessere animale. Se dal principio generale di tutela dell'interesse animale si ricava il divieto legale di proibire la convivenza con l'animale nell'appartamento e nel condominio, occorre che la gestione della relativa relazione sia, comunque, disciplinata e organizzata per tutelare, in maniera sod-

⁴⁰ Si rinvia alle novità normative apportate mediante la novellazione degli artt. 91 ss. cod. civ. spagnolo. Cfr. G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, M. GARCÍA MAYO, *Crisis familiares y animales domésticos*, in G. Gerdeira Bravo de Mansilla (dir.), *Un nuevo derecho civil para los animales. Comentario a la ley 17/2021, de 15 de diciembre*, cit., p. 397 ss.; V. BASTANTE GRANELL, *Parejas de hecho y animales de compañía*, *ivi*, p. 435.

⁴¹ G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, M. GARCÍA MAYO, *Crisis familiares y animales domésticos*, in G. Gerdeira Bravo de Mansilla (dir.), *Un nuevo derecho civil para los animales. Comentario a la ley 17/2021, de 15 de diciembre*, cit., p. 405 ss.

disfacente, le esigenze di tutte le persone e degli animali con esse conviventi.

Dalla disciplina civilistica, quindi, la questione rimanda a quella amministrativa e pubblicistica di progettazione, costruzione e adeguamento degli spazi abitativi urbani, da reimpostare completamente, in maniera da facilitare l'attuazione delle tutele plurilaterali scaturenti dalla convivenza delle persone con gli animali da compagnia. Si contribuisce ad attuare in questo modo una politica del diritto per la tutela ambientale⁴², che favorisce la sostenibilità e la resilienza della vita, non solo umana, ma anche animale e vegetale. È, questo, un altro aspetto importante dei procedimenti partecipativi della scienza civilistica che contribuisce all'elaborazione, circolazione e diffusione dei modelli più avanzati di tutela multilaterale di persone, animali e ambiente⁴³.

Gli obiettivi strategici dello sviluppo sostenibile dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite, per molti versi, rappresentano altrettanti paradigmi valoriali che concorrono a definire i contenuti e le modalità del dispiegarsi delle politiche e delle attività che devono contemperare le esigenze intergenerazionali di quanti vivono il presente e quanti adesso subentreranno nel futuro. Un ampio spazio è dedicato all'ambiente, non solo al contrasto dei cambiamenti climatici (obiettivo 13) che mettono a repentaglio la stessa sopravvivenza sul pianeta, ma anche ad azioni positive per lo sviluppo sostenibile della vita, tra l'altro, promuovendo l'accessibilità e la qualità dell'acqua (obiettivo 6), l'utilizzo di energia pulita (obiettivo 7), l'adozione di sistemi di produzione e consumo responsabili che permettano la salvaguardia della vita sott'acqua (obiettivo 14) e sulla terra (obiettivo 15), ma anche la realizzazione di città e comunità sostenibili (obiettivo 11). La declinazione economica, sociale e ambientale della sostenibilità, in definitiva, carica di significato e responsabilità giuridica l'attività degli esseri umani⁴⁴, i quali devono considerare tutte le posizioni meritevoli di attenzione e tutela, comprese quelle degli esseri animali, anch'essi nella proiezione intergenerazionale. Tanto si affida non solo agli inter-

venti pubblicistici e alle tutele amministrative e giudiziali che devono garantire la legalità costituzionale⁴⁵, ma anche agli strumenti privatistici negoziali che si dispiegano all'interno della medesima cornice valoriale, senza violarla, ma contribuendo a promuoverla ed attuarla⁴⁶.

Lo stesso strumento contrattuale, quindi, si carica di nuovi e più ampi significati che trascendono gli interessi patrimoniali dei contraenti, dovendo considerare e tutelare valori e interessi più generali, quali sono evocati dall'Agenda 2030, alcuni dei quali aventi diretta copertura costituzionale⁴⁷. In tal senso, con il contratto sostenibile⁴⁸ si esprimono altrettante declinazioni dell'autonomia negoziale che soddisfano anche le esigenze inerenti alla relazione di convivenza con gli animali e, quindi, il soddisfacimento del loro benessere. Nell'intreccio fra diritto pubblico e diritto privato con la pluralità delle tutele che si combinano per realizzare gli obiettivi dello sviluppo sostenibile della società⁴⁹, in conclusione, si esprime anche la rinnovata importanza della convivenza amichevole tra esseri viventi, per la loro comune sopravvivenza.

Nulla di nuovo, in effetti, se non ripensare con il paradigma della sostenibilità la indissolubile relazione tra l'uomo e gli animali da compagnia, tentando di capire il senso più profondo dell'infantile attribuzione del ruolo di "migliore amico" a un oggetto che neanche per il diritto è più tale, oramai da tanto tempo.

⁴⁵ In tal senso, peraltro, si discute se siano esperibili delle azioni giudiziali per l'attuazione di tutele generali di proiezione intergenerazionale, non solo per gli esseri umani ma anche per gli altri esseri viventi. Cfr. S. VALAGUZZA, *Liti strategiche: il contenziioso climatico salverà il pianeta?*, *Diritto processuale amministrativo*, 2021, p. 293 ss.; M.P. POLO, *Salvare la nostra casa comune è l'affaire du siècle*, in *Resp. civile e prev.*, 2022, p. 1046 ss.

⁴⁶ D. IMBRUGLIA, *Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori*, in *Persona e mercato*, 2021, 3, p. 495 ss.; G. PASSARELLI, *Contractual autonomy between internal and ecological dimension in Italy*, in *Jus civile*, 2022, p. 1321 ss.

⁴⁷ F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile e circolare secondo l'Agenda ONU 2030*, in *Rivista italiana dir. pubbl. comunitario*, 2022, p. 243 ss.

⁴⁸ Cfr. M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto*, in *Persona e mercato*, 2015, p. 37 ss.

⁴⁹ G. VETTORI, *Il diritto privato europeo in una società sostenibile*, in H.W. Micklitz, G. Vettori, *What in european private law? Cosa c'è di europeo nel diritto privato europeo?*, Milano, 2022, p. VII ss.

⁴² La costituzionalizzazione della protezione dell'ambiente (art. 41) apre nuovi scenari partecipativi anche nella contrattazione tra imprese e sindacati che, uscendo dello schema del conflitto bilaterale, si apre a una collaborazione multilaterale con altri portatori di interessi generali economici, sociali e ambientali, cfr. M. DEL FRATE, *La tutela dell'ambiente nel riformato art. 41, secondo comma, Cost.: qualcosa di nuovo nell'aria?*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 3, 2022, p. 907 ss.

⁴³ M.P. POTO, *La tutela costituzionale dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni*, in *Resp. civile e prev.*, 2022, p. 1057 ss.

⁴⁴ E. RICCIARDIELLO, *Sustainability and going concern*, in *Rivista delle società*, 2022, p. 51 ss.



OBBLIGO VACCINALE: ALLA RICERCA DI UN EQUO BILANCIAMENTO TRA INTERESSE DELLA COLLETTIVITÀ E DIRITTI DELL'INDIVIDUO.

Di Massimo Foglia

| 653

SOMMARIO: 1. *L'ordinanza del Tribunale di Firenze.* – 2. *Diritti individuali vs interessi della collettività: alla ricerca di una giusta “misura”.* – 3. *Potere pubblico e sovranità individuale del corpo nella prospettiva del consenso “biografico”.* – 4. *Vaccini non etici e libertà religiosa: un caso emblematico.* – 5. *Osservazioni conclusive.*

ABSTRACT. Il contributo analizza la questione della legittimità dell'obbligo vaccinale tra interesse alla salute pubblica e diritti dell'individuo. Le considerazioni muovono dalla recente pronuncia del Tribunale di Firenze che, per la prima volta in Italia, ha ritenuto legittima la condotta di una psicologa che si è rifiutata di assolvere l'obbligo di vaccinazione anti Covid.

The essay examines the issue of the legitimacy of compulsory vaccination between public health interests and individual rights. The comments are based on the recent ruling of the Tribunal of Florence that, for the first time in Italy, considered legitimate the conduct of a psychologist who refused to comply with the Covid vaccination obligation required by law.



1. L'ordinanza del Tribunale di Firenze.

Il Tribunale di Firenze ha sospeso, in via cautelare, il provvedimento dell'Ordine degli Psicologi della Toscana che vietava ad una psicologa di esercitare la professione in ragione del mancato assolvimento dell'obbligo vaccinale imposto dall'art. 4 del d.l. 44/2021 (convertito in l. 76/2021)¹.

È la prima pronuncia in Italia a legittimare la condotta di chi rifiuta la vaccinazione obbligatoria anti Covid². L'ordinanza assume una discutibile linea "libertaria" secondo la quale le limitazioni della libertà individuale sono da considerarsi di per sé inaccettabili. Essa attribuisce alla salute collettiva un "valore tirannico"³, affermando la supremazia della libertà individuale a sacrificio della salute pubblica.

Il provvedimento mostra palesemente di accondiscendere a certe inclinazioni "no vax". Si legge infatti nella pronuncia che senza il consenso libero e

¹ Trib. Firenze (ord.), sez. II, 6 luglio 2022, in *DeJure*. La ricorrente lamentava, in particolare, il *pregiudizio economico* connesso alla lesione del suo diritto al lavoro, sottolineando l'incidenza economica della perdita dell'entrate derivanti dalla professione di psicologa; nonché la lesione del diritto al lavoro inteso come libertà della persona garantita dall'art. 4 della Costituzione, e dunque sotto il più delicato profilo *esistenziale* concernente la dignità di lavoratrice e professionista. Profilo, quest'ultimo, su cui il presente contributo si soffermerà maggiormente.

² In senso sostanzialmente contrario, v. Trib. Belluno (ord.) 19 marzo 2021, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 1028 ss. con commento di D. ALFONSI, *Vaccinazione e rapporto di lavoro: prospettive di analisi*, il quale analizza le posizioni della dottrina giuslavoristica sul punto e svolge considerazioni critiche rispetto all'applicazione della clausola generale di cui all'art. 2087 c.c. Il Tribunale, infatti, aveva respinto la domanda *ex art.* 700 c.p.c. presentata dai lavoratori di una r.s.a., collocati forzatamente in ferie in seguito al rifiuto di sottoporsi a vaccinazione, facendo applicazione dell'art. 2087 c.c., che impone all'imprenditore di «adottare tutte le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale della persona del lavoratore». Sulla liceità della sospensione dal lavoro del personale sanitario non vaccinato v. anche Trib. Bolzano, sez. lav., 6 ottobre 2022, n. 145 e Trib. Venezia, sez. lav., 5 luglio 2022, n. 443, entrambe in *DeJure*; T.A.R. Bologna, (Emilia-Romagna) sez. II, 22 settembre 2022, n. 473, in *Guida al dir.*, 2022, 38 ss.

³ Cfr. Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, in *Foro it.*, 2014, 2, I, 442: «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre "sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro" (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona». Cfr. C. CASONATO, *Health at the time of CoViD-19: tyrannical, denied, unequal health*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2020, 315 ss.

informato della persona non è permesso di «sacrificare il singolo individuo per un interesse collettivo vero o supposto e tantomeno consente di sottoporlo a *sperimentazioni mediche invasive della persona* [sic, *corsivo mio*]]; che, in ogni caso, un consenso informato non è ipotizzabile nel caso di specie in quanto i componenti dei "sieri" (così il giudice definisce i vaccini)⁴, e il meccanismo del loro funzionamento, non è conoscibile in quanto coperto da segreto industriale; che i vaccini in questione avrebbero già causato «migliaia di decessi ed eventi avversi gravi» e provocato «un dilagare del contagio con la formazione di molteplici varianti virali e il prevalere numerico delle infezioni e decessi proprio tra i soggetti vaccinati con tre dosi».

Tali enunciati paiono frutto di un uso improprio della funzione di *peritus peritorum* assegnata al giudice, dato l'evidente riferimento a teorie prive di una base scientifica accreditata. Così le argomentazioni del giudice offuscano la questione seria e di non facile soluzione che concerne il delicato bilanciamento tra diritti individuali e interessi collettivi⁵. Dove i primi non sempre vengono sbandierati per bieca contrarietà alla scienza bensì talvolta sono il riflesso di situazioni individuali in un cui convinzioni sincere e profonde, di natura etica, religiosa o altro, sono in grado di provocare nella persona un conflitto grave e insormontabile tra obbligo e coscienza⁶.

Sono in gioco diritti individuali quali il diritto al lavoro, alla dignità e identità personale, alla libertà di autodeterminazione, alla libertà di coscienza e di religione, la cui compromissione in favore di interessi della collettività (quali, su tutti, quello alla salute pubblica) è pur sempre la conseguenza di una "scelta tragica"⁷.

Sicché occorre, sul piano assiologico, bilanciare e conciliare interessi e diritti concorrenti, in modo che, entrambi, possano coesistere interamente rispettati. E per far ciò occorre attribuire loro il giusto peso e la giusta misura, rimanendo però sul terreno del diritto e non in quello, assai pericoloso, della pseudoscienza.

In caso di incompatibilità tra interessi e diritti concorrenti può risultare ammissibile una limitazione del diritto individuale, come stabilito dall'art. 32,

⁴ Va invece ribadito, in linea generale, che scienza e medicina ritengono unanimemente i vaccini indispensabili per la tutela della salute individuale e collettiva e ne escludono la dannosità, se non nei limiti degli effetti collaterali che qualsiasi trattamento medico può avere.

⁵ In argomento, v. M. D'AMICO, *I diritti fondamentali alla prova dell'emergenza sanitaria da Coronavirus: profili costituzionali*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2020, 31 ss.

⁶ V. *infra* § 4 con riferimento alla libertà religiosa.

⁷ Cfr. G. CALABRESI, P. BOBBIT, *Tragic Choices* (1978), trad. it. *Scelte tragiche*, Milano, 2006.



co. 2, Cost. È notizia di questi giorni il pronunciamento della Corte Costituzionale sulla legittimità dell'obbligo vaccinale anti Covid. Nel momento in cui si scrive le motivazioni della pronuncia non sono state ancora pubblicate, ma l'Ufficio Comunicazione e Stampa della Consulta ha reso noto di aver rigettato le questioni di incostituzionalità precisando che «sono state ritenute non irragionevoli, né sproporzionate, le scelte del legislatore adottate in periodo pandemico sull'obbligo vaccinale del personale sanitario»⁸.

2. Diritti individuali vs diritti della collettività: alla ricerca di una giusta “misura”.

La comunità scientifica ha ritenuto i vaccini anti Covid necessari per fronteggiare una nuova diffusione del contagio e limitare i ricoveri ospedalieri e i decessi⁹. Il rifiuto dei vaccini da parte di alcuni, e in particolare di determinate categorie professionali, avrebbe esposto al rischio di contagio coloro che fossero venuti a contatto con i non vaccinati.

Sul piano giuridico è allora utile interrogarsi se, al fine di contrastare la diffusione del virus, la libertà di scegliere se vaccinarsi sia sacrificabile di fronte ad un interesse collettivo (la salute pubblica, tutelata ex art. 32 Cost.).

L'obbligo vaccinale, che nel caso di specie è derivato da una situazione emergenziale, rappresenta un'ingerenza nell'ambito della sfera individuale: tollerata, come si dirà, dal sistema costituzionale attraverso molteplici garanzie, ma come tale pur sempre meritevole di seria e attenta valutazione, poiché

mai si possono ignorare – senza una logica di bilanciamento – traumi individuali o sociali, o ingiuste sofferenze esistenziali di coloro che ritengono di subire un'eccessiva e illegittima compromissione della propria libertà nelle sue più varie declinazioni.

Nel nostro ordinamento il rispetto della persona umana è infatti considerato il «nucleo duro dell'esistenza»¹⁰: un limite invalicabile di fronte al quale il diritto deve arrestarsi; un'area dell'«indecidibile», dove «nessuna volontà esterna [...] può prendere il posto di quella dell'interessato»¹¹. Da ciò discende, nel campo della salute, l'illegittimità di trattamenti extraconsensuali nonché l'assenza di un generale “dovere di curarsi”¹².

Ma nel rapporto tra diritti individuali e diritti della collettività esistono dei *limiti* (enunciati – per quanto attiene al diritto alla salute – all'art. 32, comma 2, Cost.). E la limitazione cui viene sottoposta la libertà individuale può variare per intensità e proporzione rispetto al soddisfacimento delle esigenze della salute altrui, secondo un rapporto di proporzionalità che si risolve, appunto, in un giudizio di bilanciamento tra valori concorrenti¹³.

Tra i valori fondanti della nostra convivenza, così come li configura la Costituzione repubblicana, si possono certamente annoverare la dignità e libertà della persona, l'uguaglianza formale e sostanziale, la tutela della salute individuale e pubblica, la solidarietà, la libertà di coscienza e di religione. Le indicazioni etiche e giuridiche disegnano una scala metrica di comparazione tra i valori suddetti; valori quasi tutti comprimibili purché il sacrificio sia *proporzionato* al beneficio atteso.

Ci si può chiedere, dunque, se la decisione presa dal Parlamento italiano di imporre l'obbligo vaccinale per determinate categorie professionali sia rispettosa del criterio di proporzione suddetto. Strategie come quella del *green pass* e altri disincentivi¹⁴ (vedasi l'obbligo di tampone per poter svolgere determinate attività sociali) contemperano i diversi va-

⁸ Comunicato del 1° dicembre 2022 emesso dall'Ufficio Comunicazione e Stampa della Corte Costituzionale.

⁹ L'incapacità del sistema di far fronte all'improvvisa richiesta di prestazioni sanitarie ha determinato la necessità di operare scelte tragiche. L'impossibilità di trattare tutti i pazienti che necessitavano di cure intensive ha dettato la necessità di individuare criteri di razionamento straordinari e nuove priorità di trattamento, nel tentativo di mettere in atto allocazioni che non avessero conseguenze moralmente riprovevoli. Per un approfondimento sotto il profilo della responsabilità medica v. R. PUCCELLA, *Scelte tragiche e dilemmi giuridici ai tempi della pandemia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, 24 ss. Sotto il profilo etico e di giustizia distributiva v. L. PALAZZANI, *La pandemia CoViD-19 e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare?*, in *BioLaw Journal - Rivista di Bio-Diritto*, 2020, 359 ss.; M.G. BERNARDINI, *Una questione di interpretazione? Note critiche su Raccomandazioni SIAARTI, discriminazione in base all'età ed emergenza sanitaria*, *ivi*, 2020, 141 ss.; C.M. REALE, *La dimensione costituzionale dell'emergenza: come l'epidemia moltiplica le disuguaglianze*, *ivi*, 2020, spec. 274 ss. Cfr., inoltre, le considerazioni emerse nel dialogo R. PUCCELLA, G. BETTONCELLI, *Brevi riflessioni sulla tragica esperienza da Covid-19: la prospettiva del giurista e del medico di medicina generale*, in *Resp. medica*, 2020, 197 ss.

¹⁰ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 256 s.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ivi*, 31. Il riconoscimento del diritto al rifiuto delle cure rafforza il rapporto di fiducia tra medico e paziente: cfr. D. CANALE, *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale*, Bari, 2017, spec. 130 ss.

¹³ A. SIMONCINI, E. LONGO (a cura di), *sub art. 32 Cost.*, nel *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Torino, 2006, 655 ss.

¹⁴ Come è noto nel nostro ordinamento gli obblighi vaccinali previsti non sono materialmente coercibili (come è invece il TSO psichiatrico), ma sanzionati con strumenti diversi, quali – ad esempio – il divieto di accedere a servizi. V., anche nella prospettiva giuslavoristica, S. SONNATI, *Rimedi contro il rischio da Covid-19: la graduale contaminazione tra misure anticontagio destinate alla collettività e misure di sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, I, 2085 ss.



lori e interessi sacrificati ai risultati attesi? Possono tali misure ritenersi in linea con il dettato dell'art. 32 Cost., che pone il limite del rispetto della persona umana?

Diritto alla libertà – contrariamente a quanto sembra suggerire il Tribunale di Firenze – non è il diritto di fare ciò che si vuole e che non sia impedito dall'ordinamento¹⁵. All'opposto, la libertà trova molteplici limiti, di varia natura e portata, anche sul terreno del diritto alla salute. Quest'ultimo, infatti, è anche interesse della collettività, e dunque implica il «dovere dell'individuo di non ledere né mettere in pericolo con il proprio comportamento la salute altrui, secondo il principio per cui il proprio diritto trova limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del diritto degli altri»¹⁶.

L'interazione tra salute individuale e salute collettiva appare evidente quando si discute di trattamenti sanitari obbligatori, rispetto ai quali la premienza dell'aspetto soggettivo personale dinanzi a quello collettivo rende inaccettabile un sacrificio della libera determinazione individuale se non in presenza di rischi per lo stato di salute altrui¹⁷.

Come detto, nello scenario in esame, la comunità scientifica ha ritenuto i vaccini necessari per fronteggiare l'insorgenza di focolai epidemici e contenere i ricoveri ospedalieri così come i decessi. Il pericolo per la salute altrui è stato confermato da autorevoli studi scientifici, di cui i governi nazionali hanno tenuto conto – in varia misura e con accenti diversi¹⁸ – nella emanazione dei provvedimenti normativi volti a contenere la pandemia¹⁹.

¹⁵ Cfr. M. DOGLIOTTI, con riferimento alle persone fisiche e in particolare al «diritto» alla libertà, nel *Trattato di Diritto Privato*, 2° ed., Torino, 2008 (ristampa), 186 ss.

¹⁶ Cfr. Corte cost., 2 giugno 1994, n. 218, in *Foro it.*, I, 46 con nota di U. IZZO, *Un difficile test per la Consulta: l'Aids, le leggi ed i giudici fiduciosi*.

¹⁷ Cfr. sempre Corte cost., 2 giugno 1994, n. 218, cit., relativamente ad accertamenti sanitari dell'H.I.V. su determinate categorie di lavoratori.

¹⁸ Degno di nota è il caso austriaco. Il 4 febbraio 2022 è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale austriaca la legge federale n. 4/2022, che introduce l'obbligo di vaccinazione contro il Covid-19 per tutti i residenti con un'età superiore ai 18 anni. Il 12 marzo 2022 è stata approvata l'ordinanza n. 103/2022 del Ministero federale degli affari sociali, della salute, dell'assistenza e della protezione dei consumatori, che prescrive la sospensione temporanea dell'obbligo vaccinale introdotto con la legge federale n. 4/2022. Il ministro Rauch dichiara che la decisione è stata presa a seguito del parere del Comitato tecnico, e ribadisce che la vaccinazione è considerata lo strumento principale nella lotta al Covid-19, tuttavia l'obbligatorietà del trattamento sembra essere una misura eccessiva data la presenza della nuova variante Omicron. Il 28 luglio 2022 è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale austriaca la legge federale n. 131/2022, che abroga la legislazione precedente riguardante l'obbligo di vaccinazione contro il Covid-19. Maggiori informazioni al seguente link

Il Tribunale di Firenze non sembra invece aver considerato tali esigenze di bilanciamento. Esso ha semplicemente sottolineato la necessità inderogabile di un consenso libero ed informato all'inoculazione del vaccino; il giudice ha enfatizzato il principio costituzionale della centralità della persona ricordando l'esperienza del nazi-fascismo, secondo la quale non sarebbe consentito – testualmente – «sacrificare il singolo individuo per un interesse collettivo vero o supposto».

È certamente vero che, in Europa, il principio del consenso ai trattamenti sanitari si è affermato in seguito alla drammatica scoperta dell'abuso del potere medico compiuto dai medici nazisti attraverso la sperimentazione sugli esseri umani²⁰. Ed è interessante ricordare che il documento formulato nel 1946 all'esito del processo di Norimberga, che prende il nome di «Codice di Norimberga», contiene i principi normativi che stanno alla base di quella che è stata definita la «rivoluzione» del consenso informato²¹.

https://www.quotidianosanita.it/cronache/articolo.php?articolo_id=103046 (consultato in data 25/10/2022).

¹⁹ Con riferimento alla disciplina sulle vaccinazioni obbligatorie introdotta a seguito di un'epidemia di morbillo che nel corso del 2017 ha causato 4 morti, la Corte Costituzionale, nella sentenza 18 gennaio 2018, n. 5, ha sottolineato la necessità che il legislatore, quando interviene in materie che coinvolgono il diritto alla salute di faccia guidare dalle «acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica» (n. 8.2.1 del considerato in diritto). Sulla pronuncia in parola v. G. PASCUZZI, *Vaccini: quale strategia*, in *Foro it.*, 2018, I, 737 ss.; U. ADAMO, *Materia «non democratica» e ragionevolezza della legge*, in *Consulta online*, 2018, I, 296 ss.; A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in *Consulta online*, 2018, I, 87 ss.; L. PEDULLÀ, *Vaccinazioni obbligatorie e dovere di solidarietà costituzionale (alla luce della sent. n. 5 del 2018 della Corte cost.)*, in *www.forumcostituzionale.it*, 11 settembre 2018.

²⁰ J. SHAW, *Informed Consent: A German Lesson* (1986) 35 *Int'l & Comp. L. Rev.* 864. Per una vasta ricerca sulla sperimentazione medica nazista v. P. WEINDLING, *Victims and Survivors of Nazi Human Experiments: Science and Suffering in the Holocaust* (2014), trad. it. *Vittime e sopravvissuti. Gli esperimenti nazisti su cavie umane*, Milano, 2015.

²¹ V. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 260. Significativa è la formula di apertura del Codice: «il consenso volontario del soggetto umano è assolutamente imprescindibile»; affermazione che getta le moderne basi del principio di libertà e autonomia del soggetto, nonché del riconoscimento in capo alla persona del diritto al governo della propria vita ed al pieno esercizio della sovranità sul proprio corpo. Nella stessa direzione si colloca la Dichiarazione di Helsinki dell'Associazione Medica Mondiale del 1964 sui «Principi etici per la ricerca medica che coinvolge soggetti umani» e il Patto internazionale sui diritti civili e politici, approvato dalle Nazioni Unite e in vigore dal 1976, in cui si afferma: «...no one shall be subjected without his free consent to medical or scientific experimentation». Il principio del consenso è, inoltre, ribadito all'art. 3, n. 2 della Carta dei diritti di Nizza (che ora garantisce i diritti fondamentali della persona nel quadro del Trattato di Lisbona), rubricato «Diritto all'integrità della persona», laddove è affermato che

Tuttavia, in determinate circostanze il diritto del singolo può incontrare, come visto, dei limiti definiti. E tali limiti possono giustificare e legittimare lo strumento giuridico dell'obbligo vaccinale a difesa della salute pubblica, anche con l'ausilio di disincentivi e strumenti quali il *green pass*. Forse non mediante una coercizione materiale: essa, infatti, sarebbe da considerarsi misura improponibile alla luce del principio di proporzione (ancor più nello scenario odierno che vede una significativa attenuazione del contagio)²².

Già in passato la Corte Costituzionale è intervenuta a più riprese sulla compatibilità costituzionale dell'obbligo vaccinale, affermando che il principio di solidarietà sociale²³ ammette la compressione dell'autodeterminazione dell'individuo in favore della tutela dello stato di salute degli altri²⁴, dinanzi al quale invocare *a priori* – come sostenuto dal Tribunale di Firenze per negare la legittimità dell'obbligo vaccinale – la lesione del diritto all'autodeterminazione e al governo del corpo significa ignorare il principio di proporzione in un contesto in cui i rischi per la vita e la salute individuale e collettiva hanno assunto sin da principio preoccupanti connotati.

Per tali ragioni, da molti è stata sostenuta «la piena opportunità politica e legittimità giuridica dell'imposizione di un obbligo vaccinale, se ed in

quanto si prospetti come misura proporzionata in ragione della gravità dei rischi derivanti dall'andamento della pandemia nel contesto globale»²⁵. È questa una scelta di politica sanitaria che attiene alla sovrana discrezionalità del Governo e del Parlamento nella valutazione delle urgenze e delle emergenze sanitarie e nella conseguente individuazione delle misure più adatte a fronteggiarle, nell'esercizio di competenze sugli indirizzi generali di politica nazionale in materia sanitaria²⁶.

3. Potere pubblico e sovranità individuale del corpo nella prospettiva del consenso "biografico".

Il Tribunale di Firenze, per giustificare nella vicenda in esame la disapplicazione dell'obbligo vaccinale, invoca a più riprese la libertà dell'individuo innanzi al potere pubblico. Libertà che si esplicherebbe attraverso il consenso libero e informato della

²⁵ Documento "Per una discussione "gentile" sulle politiche vaccinali per il contenimento della pandemia", 5. Il testo è stato elaborato nell'ambito del gruppo di lavoro "Per un diritto gentile" (<https://undirittogentile.wordpress.it>).

²⁶ In questo senso, nella recente giurisprudenza di merito, v. Trib. Bolzano, sez. lav., 6 ottobre 2022, n. 145, cit.: «Per valutare la legittimità dei provvedimenti assunti nel periodo della pandemia da Sars Cov-19 va necessariamente operato un bilanciamento tra due diritti, entrambi di rango costituzionale, ossia il diritto alla salute del singolo e della collettività e, dall'altro lato, la libertà individuale (autodeterminazione nel sottoporsi alla vaccinazione), dall'altro. A tale proposito si rileva che nella situazione connotata da un'emergenza epidemiologica ignota ed inesplorata e dagli effetti estremamente pericolosi ed afflittivi su vari versanti della vita di ogni singolo individuo e della collettività, il bilanciamento operato dal legislatore è pienamente legittimo, laddove è stato scelto di imporre un obbligo vaccinale per coloro i quali, svolgendo la propria attività lavorativa in determinati ambienti, sono potenzialmente a contatto con soggetti fragili quali pazienti bisognosi di cure mediche, obbligo la cui violazione è sanzionata, tra l'altro, non già con il totale sacrificio di altro diritto di rango costituzionale (quello al lavoro), bensì con una mera e temporanea compressione dello stesso peraltro limitata nel tempo»; Trib. Venezia, sez. lav., 5 luglio 2022, n. 443, cit.: «La scelta legislativa di adottare la misura dell'obbligo vaccinale costituisce una valutazione discrezionale che non può essere censurata in questa sede e che si fonda su valutazioni degli organi pubblici competenti alla base della dichiarazione di emergenza sanitaria disposta ai sensi dell'art. 7 comma 1 lettera c) D. Lgs. 1/2018, prorogata con d.l. 105/2021 al 31.12.2021 mentre, con il d.l. 1/2022, è stata disposta l'estensione dell'obbligo vaccinale fino al 15.6.2022, poi prorogata, per determinate categorie di lavoratori, perdurando l'esigenza di tutela della salute della collettività, in via transitoria oltre la formale cessazione dello stato di emergenza, in un complessivo quadro di graduale superamento delle misure di prevenzione, fino al 31.12.2022 (nella specie, il Tribunale ha respinto l'eccezione di incostituzionalità delle norme in tema di vaccinazione obbligatoria prevista per il personale insegnante, confermando la legittimità della sospensione del rapporto di lavoro e della retribuzione di una insegnante, a fronte della mancata sottoposizione al ciclo vaccinale anti COVID)».

«nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge [...]». Sempre a livello sovranazionale, il diritto all'autodeterminazione trova pieno riconoscimento nella nota Convenzione di Oviedo firmata nel 1997 sulla «Protezione dei diritti dell'uomo e la dignità dell'essere umano riguardo alla applicazione della biologia e della medicina». L'art. 5 della Convenzione sancisce che: «Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato»; e che tale consenso, secondo la stessa norma, può in qualsiasi momento essere ritirato liberamente.

²² In dottrina è stata ipotizzata una distinzione tra "trattamenti sanitari obbligatori" e "trattamenti sanitari coattivi". Secondo alcuni ogni qual volta la legge attribuisca alla pubblica autorità poteri coercitivi sulla salute individuale, le misure prese ricadrebbero nella disciplina delle restrizioni della libertà personale dettata dall'art. 13 Cost. Pertanto tali trattamenti sarebbero costituzionalmente legittimi solo nei casi e nei modi previsti dalla legge e se disposti con atto motivato dell'autorità giudiziaria.

²³ Per un approfondimento sia consentito un rinvio a M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018.

²⁴ In tal senso Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307, in *Foro it.*, 1990, I, 10, 2697 ss., con nota di G. PONZANELLI, *Lesione da vaccino antipolio: che lo Stato paghi l'indennizzo!* V. anche M.L. LO GIACCO, *Il rifiuto delle vaccinazioni obbligatorie per motivi di coscienza. Spunti di comparazione*, in www.statoechieste.it, fasc. 7/2020, 61, la quale sottolinea come le vaccinazioni obbligatorie siano espressione di quello spirito di solidarietà che è alla base della convivenza democratica e che giustifica il sacrificio dell'autonomia individuale.



persona a ricevere determinati trattamenti sanitari, nel caso di specie i vaccini.

Nell'imposizione di un trattamento sanitario la legge è sempre condizionata dal rispetto della persona umana²⁷. Pertanto, i trattamenti imposti per legge non possono comportare conseguenze negative per la salute di chi vi è assoggettato (salvo il limite delle conseguenze tollerabili in ragione della loro temporaneità e scarsa entità).

Tra le righe della pronuncia si affaccia la questione nodale della sovranità individuale del corpo²⁸. Dove in passato era subordinazione a poteri esterni pubblici e privati, oggi esiste un potere attribuito direttamente al singolo²⁹, che lo esercita attraverso il suo diritto ad autodeterminarsi nella scelta di uno specifico trattamento sanitario.

Nella riflessione del giurista su vita e corpo, nella prospettiva indicata proprio dal rapporto tra individuo e Stato, è stata posta in evidenza la presenza di una «riserva di sovranità»³⁰: un rapporto di tensione tra libertà personale, intesa quale libertà dallo Stato, e potere di quest'ultimo; libertà che consiste

anch'essa in un potere, in una sfera di decisioni ed azioni riservata al singolo.

È da questa prospettiva che il tema può essere affrontato sotto il profilo della *distribuzione dei poteri* nella dimensione della relazione di cura, e della costruzione di uno spazio giuridico tale da assicurare alla persona il *potere* del governo di sé, nonché il suo pieno sviluppo in un contesto sociale connotato dall'eguale dignità contemplata dall'art. 3 della Costituzione³¹. Ci si pone, in altre parole, nell'ottica di una *Körperverletzung*, ossia di un'infrazione del corpo che assume profili di anti-giuridicità sotto forma di illecito, sia esso penale che civile; intrusione che, in linea di principio, può giustificarsi soltanto in presenza del consenso al trattamento medico liberamente rilasciato dal paziente³².

Ciò è ancor più evidente, ad esempio, nelle situazioni di fine vita, dove la decisione dell'uomo – quando possibile – implica una scelta tra il vivere una vita che si ritiene degna di essere vissuta e il morire “con dignità”³³. Anche da qui si può scorgere un'apparente dicotomia del bene “salute”, se visto come un diritto per il singolo da un lato, e come interesse per la collettività dall'altro.

In astratto tale bipartizione potrebbe legittimare quell'asimmetria di potere che concretamente struttura i rapporti tra individuo e società. A ciò, tuttavia, s'oppone che la tutela della salute è affermata sul piano costituzionale come *modo di essere* della persona ed *espressione della sua sfera di libertà*,

²⁷ In ogni caso, ogni trattamento dovrà essere “determinato”, non essendo ammissibile ai sensi del 2° co. dell'art. 32 Cost. l'indicazione di fattispecie “troppo generiche” o “indeterminate”, e dovrà essere previsto da una norma di legge statale al fine di evitare inammissibili differenziazioni tra gli individui dinanzi alla loro imposizione.

²⁸ V., sul punto, R. PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010, 64 ss.; P. ZATTI, *Principi e forme del «governo del corpo»*, in *Trattato di biodiritto*, cit., *Il governo del corpo*, a cura di S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI, I, 2011, 99 ss.; ID., *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, spec. 12 ss., il quale riferisce di «una zona di intersezione tra “territorio” della sovranità individuale e “territorio” della giurisdizione statale, in cui possono e debbono essere tutelati e composti interessi riferibili a entrambe le “entità sovrane”»; A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Trattato diritto civile e commerciale*, 2° ed., a cura di A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1982, 111 ss.

²⁹ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 250 ss. È in forza del principio stabilito dall'art. 32 Cost. che, configurandosi un trasferimento di potere – e insieme di sovranità – dallo Stato all'individuo, la persona diviene sovrana di decidere della propria salute. L'A., riprendendo i termini del dibattito dell'Assemblea costituente sulla costituzionalizzazione della persona, osservava come il riferimento alla libertà personale di cui all'art. 13 Cost. rimandi alla Magna Carta del 1215 e al principio dell'*habeas corpus*, in cui era racchiusa la promessa del re nei confronti di ogni uomo libero: «non metteremo né faremo mettere la mano su di lui, se non in virtù di un giudizio legale dei suoi pari e secondo la legge del paese» (ivi 256 ss., 295-297).

³⁰ P. ZATTI, *Principi e forme del «governo del corpo»*, cit., 125, secondo cui: «nella sua versione più forte si riferisce a un'affermazione di sovranità: la sottrazione di una parte, di ciò che è originariamente “mio”, alla cessione di sovranità del contratto sociale; che è poi il significato originario di “privato”, *privus*, un confine dentro al quale non entra il potere della *res publica*».

³¹ Cfr. Cons. Stato, 2 settembre 2014, n. 4460, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 74, con i commenti di P. BENCIOLETTI, «Obiezione di coscienza?», ivi, II, 3 ss.; R. FERRARA, *Il caso Englaro innanzi al Consiglio di Stato*, ivi, 9 ss.; E. PALERMO FABRIS, *Risvolti penalistici di una sentenza coraggiosa: il Consiglio di Stato si pronuncia sul caso Englaro*, ivi, 13 ss.; P. ZATTI, *Consistenza e fragilità dello ius quo utimur in materia di relazione di cura*, cit., 20 ss.: «La “cura”, oggetto della prestazione sanitaria, non va considerata come un principio autoritativo, un'entità astratta e oggettivata, calata dall'alto o imposta a opera del medico o della struttura sanitaria nel suo complesso, ma si declina e si struttura, secondo un fondamentale *principium individuationis* che è espressione del valore personalistico tutelato dalla costituzione, in base ai bisogni, alle richieste, alle aspettative, alla concezione stessa che della vita ha il paziente».

³² Del resto, l'importanza di individuare e attuare la volontà del malato risponde all'esigenza di tutelare la persona in tutte le sue espressioni e prerogative, dai principi dell'*habeas corpus* e della dignità, ai diritti fondamentali di integrità, identità morale, personalità e autodeterminazione. V. P. ZATTI, *Per un diritto gentile in medicina. Una proposta di idee in forma normativa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 1. Sulla definizione di persona e sul problema c.d. identitario, v. anche P. SCHLESINGER, *La persona (rilevanza della nozione e opportunità di rividerne le principali caratteristiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 379 ss.

³³ L'obiettivo è quello di preservare lo *status* del malato, garantendogli un valore sociale fino all'ultimo ed evitando che egli subisca trattamenti *invito domino*. Cfr., sul piano filosofico, G. GADAMER, *Über die Verborgenheit der Gesundheit* (1963), trad. it. *Dove si nasconde la salute*, Milano, 1994, 181.

che non può certo subire alcuna *deminutio* nel rapporto-confronto con le esigenze collettive³⁴.

È, una volta di più, lo spirito di solidarietà che anima la Costituzione a guidare verso un corretto bilanciamento delle due dimensioni del valore salute (quella individuale e quella collettiva) e che giustifica, alle condizioni già ricordate, l'imposizione di un determinato trattamento sanitario.

In tale prospettiva il Tribunale di Firenze chiama a sostegno della propria tesi il principio di dignità della persona³⁵: secondo il giudice fiorentino senza il consenso dell'individuo l'obbligo vaccinale ne violerebbe la dignità (si noti che nel testo della pronuncia la parola dignità è riportata in maiuscolo, quasi a voler sottolineare l'importanza dal giudice attribuita a tale valore). Ma sembra potersi scorgere un altro valore cui il Tribunale, pur non nominandolo esplicitamente, sembra voler invocare: si tratta dell'identità personale³⁶.

Infatti, nella retorica non vax accettare la somministrazione del vaccino equivale a minare l'identità dell'individuo: essa confligge con il mondo di valori e convinzioni della persona che rifiuta il trattamento, è incompatibile con la rappresentazione di sé

sulla quale egli ha costruito la sua vita fino a quel momento e risulta contraria al suo modo di intendere la dignità della persona.

In altri termini, il ragionamento si svolge sul piano della dimensione identitaria dell'individuo nel rapporto con la salute. Il diritto all'autodeterminazione, sino al rifiuto dei trattamenti *life-saving*, comporta infatti l'estrinsecarsi della propria "singolarità" sul piano delle scelte terapeutiche³⁷.

La valorizzazione dell'identità personale ha così rafforzato il peso dell'autonomia dell'individuo nelle scelte di salute. Si riconosce a ciascuno «il ruolo di interprete primario del proprio "destino salute" o della propria "identità in salute"», posto che «nella decisione medica è in campo il destino personale» e «questa evidenza trova nel valore giuridico dell'identità il suo riferimento»³⁸.

È la prospettiva del consenso cosiddetto «biografico»³⁹ e della salute cosiddetta «identitaria»⁴⁰: essa «si centra sulla percezione che la persona ha di sé», dando luogo ad un'osmosi tra la salute stessa ed altri "beni" quali il diritto alla dignità⁴¹.

In questo modo la visuale introspettiva, valorizzando l'idea che un individuo ha di sé stesso, rispinge ad un ruolo preminente l'identità della persona anche nella decisione sulla scelta vaccinale.

Tuttavia, con riguardo al rapporto identità-salute, non è strada semplice – contrariamente a quanto affermato dal Tribunale di Firenze – legittimare il diritto al rifiuto del vaccino in ragione di una pretesa lesione della dignità della persona e violazione della dimensione psicologica della salute stessa.

³⁴ B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, 30 ss.

³⁵ In argomento v. G. VETTORI, *La dignità e i diritti*, in G. VETTORI (a cura di), *Diritto dei contratti e "Costituzione" europea*, Milano, 2005, 29 ss.; M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 67 ss.; P. IZZO, *La disciplina delle biotecnologie e la tutela della «dignità umana»: la protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 1178 ss.; P. ZATTI, *Note sulla semantica della dignità*, in ID., *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009, 29 ss.; E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008; U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari, 2009; G. RESTA, *La dignità*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ e P. ZATTI, *Ambito e fonti del diritto*, a cura di S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI, Milano, 2011, 259 ss.; L. LONARDO, *Il valore della dignità della persona nell'ordinamento italiano*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 794 ss.; S. CARMIGNANI CARIDI, voce «Dignità umana», in *Enc. bioet. scienza giur.*, IV, Napoli, 2012, 301 ss.; P. BECCHI, *Il principio dignità umana*, Brescia, 2013; C. SCOGNAMIGLIO, *Dignità dell'uomo e tutela della personalità*, in *Giust. civ.*, 2014, 67 ss.; G. CRICENTI, *Il sé e l'altro. Bioetica del diritto civile*, Pisa, 2013;

C.M. MAZZONI, *Quale dignità. Il lungo viaggio di un'idea*, Firenze, 2019.

³⁶ Sul concetto di identità personale v. P. ZATTI, *Dimensioni ed aspetti dell'identità nel diritto privato attuale*, in *L'identità nell'orizzonte del diritto privato*, fasc. suppl. in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 4, 1 ss., in cui si segnalano i contributi di L. LOMBARDI VALLAURI, *Identità, identificazioni*, ivi, 11 ss.; S. RODOTÀ, *Quattro paradigmi per l'identità*, ivi, 21 ss.; G. ALPA, *Identità e discriminazione*, ivi, 33 ss.; A. GUARNERI, *Identità genetica e privacy doctrine (il modello statunitense)*, ivi, 37 ss.; F. GIARDINA, *Qualche riflessione su identità e soggettività*, ivi, 63 ss.; L. LENTI, *L'identità del minorenne*, ivi, 65 ss. V. inoltre C. BARTOLI, *Come il diritto inventa le identità*, in *Ragion pratica*, 2012, 335 ss.

³⁷ È interessante annotare come il legame dell'identità con il corpo nella sua antica versione spirituale portava all'identificazione dell'Io con elementi immateriali della ragione e volontà, mentre tendeva all'oggettivazione del corpo come «qualcosa di mio e perciò non-me» (in questi termini, P. ZATTI, *Dimensioni ed aspetti dell'identità nel diritto privato attuale*, cit., 1 ss.; ID., *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, cit., 1 ss.). Oggi, invece, il legame tra corpo e identità è ben presente nell'orizzonte del diritto privato, al punto che il concetto di identità «diviene fulcro di una costellazione di valori, dei quali l'uno chiama l'altro: si lega anzitutto alla dignità, ed entrambe sostengono una idea di integrità che supera l'aspetto della pura interezza fisica per assumere quello della propria, unica qualità di esistenza, talora espressa nei termini di "destino personale", proiettando il dato genetico sull'orizzonte della personalità individuale» (P. ZATTI, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, cit., 3).

³⁸ P. ZATTI, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, cit., 4.

³⁹ Usa questa espressione S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 273, per affermare che «è dunque la stessa persona che può decidere la misura dell'accettabilità dell'intervento esterno».

⁴⁰ R. PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, cit., 69 ss.

⁴¹ P. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 1 ss. e ora in ID., *Maschere del diritto volti della vita*, cit., 229 ss.



Se esiste un innegabile legame tra salute e identità, più complessa appare l'operazione di bilanciamento che il contesto pandemico impone al fine di raggiungere una soddisfacente soluzione sul piano giuridico-argomentativo.

4. Vaccini non etici e libertà religiosa: un caso emblematico.

Si pensi ora alla situazione di chi rifiuti la somministrazione del vaccino non per contrarietà alla scienza (come nella vicenda fiorentina) bensì per ragioni dettate dalla propria coscienza religiosa. È configurabile un diritto all'obiezione di coscienza a fronte dell'introduzione di un obbligo vaccinale?

L'assunzione di vaccini sviluppati e prodotti mediante l'uso di linee cellulari da embrioni abortiti (è il caso di quasi tutti i vaccini anti Covid prodotti a livello mondiale)⁴² pone seri problemi di coscienza per il fedele praticante che rivendichi il diritto di professare un culto⁴³. L'aborto è stato sempre combattuto dalla morale cristiana, che lo ha ritenuto una prassi vietata ed illecita⁴⁴. Un atto che la dottrina cristiana giudica come un grave peccato poiché può costituire una forma di collaborazione al male.

È pur vero che la Chiesa cattolica ha assunto una posizione meno rigida. In una *Nota della Congregazione per la Dottrina della Fede* sulla moralità dell'uso di alcuni vaccini anti Covid, la Santa Sede

ha dichiarato che, laddove non sono disponibili vaccini eticamente ineccepibili, è «*moralmente accettabile utilizzare i vaccini anti-Covid-19 che hanno usato linee cellulari provenienti da feti abortiti nel loro processo di ricerca e produzione*»⁴⁵. Tuttavia i Cristiani Ortodossi, in adesione ai principi originari, rispettano le posizioni più nette della Chiesa sull'aborto, e quindi ritengono che qualsiasi cooperazione attiva o passiva con tale prassi sia una attività moralmente illecita.

Pertanto, il praticante di fede Cristiano-Ortodossa si è trovato dinanzi al gravoso dilemma morale: violare importanti precetti cristiani cui conseguirebbe un irrimediabile pregiudizio (esistenziale) della sua coscienza di fedele, nonché l'esclusione dalla comunità dei fedeli e dalla fruizione del sacramento eucaristico; o, in alternativa, rifiutare l'adempimento dell'obbligo vaccinale e subirne tutte le relative conseguenze di legge (tra cui, la sospensione dell'attività lavorativa, la preclusione di talune attività sociali e via dicendo).

La concreta prospettiva di un pregiudizio esistenziale della persona impone un'attenta valutazione degli interessi in gioco, ben più della situazione in cui è in pericolo la dimensione meramente patrimoniale del soggetto che si sottrae all'obbligo. La rivendicazione di un'obiezione religiosa si basa infatti non sulla giustizia, ma sull'identità e sulla libertà della persona di conformarsi alle sue convinzioni religiose⁴⁶.

⁴² Si consideri che alcuni tipi di vaccino più recenti seguono tecniche di sviluppo e di produzione che non sembrano faccia ricorso all'uso di cellule fetali abortive. Si pensi al vaccino "NovaVax" oppure al "VLA 2001". Tali vaccini sono basati su diverse metodologie appartenenti alla tecnologia delle «proteine ricombinanti», che possono, cioè, assemblarsi per formare particelle similvirali che inducono il sistema immunitario a produrre anticorpi. È una piattaforma di vaccini ben testata già in passato. Tale evoluzione sembra potere dare una via di uscita al dilemma morale di cui si è trattato, se solo si potesse introdurre un meccanismo di giustizia particolare del caso singolo che tuteli i fedeli che possano così eccepire - attraverso una obiezione di coscienza - ciò che sarebbe più corretto definire il "diritto" (e non quindi il "dovere") di vaccinarsi utilizzando un vaccino etico che non si ponga in contrasto con i loro principi religiosi.

⁴³ V. M. D'ARIENZO, *Vaccini anti-Covid e fattore religioso*, in *Milan Law Review*, 2, 2, 2021, 38 ss.; M.L. LO GIACCO, *Il rifiuto delle vaccinazioni obbligatorie per motivi di coscienza*, cit., 41 ss.; D. NERI, *Obiezione di coscienza, cooperazione al male e vaccini anti-Covid*, in *The Future of Science and Ethics*, 5, 2020, 11 ss.

⁴⁴ Il Concilio Ecumenico Quinisesto o di Trullo (692 d.C.) con il suo XCI° Canone condanna alla pena prevista per gli assassini le donne (o gli uomini) che forniscono farmaci per procurare l'aborto, e quelle che assumono veleni per uccidere i feti. Il Concilio regionale tenutosi ad Ancyra (314-315 d.C.) con il suo XXI° Canone condanna a dieci anni di scomunica coloro che agiscono in modo da procurarsi un aborto. Il II° e il LXXX° Canone di San Basilio condanna alla pena prevista per gli assassini la donna che abortisce volontariamente e coloro che collaborano.

⁴⁵ *Nota della Congregazione per la Dottrina della Fede* emessa nel Bollettino della Sala Stampa della Santa Sede n. 681 del 21.12.2020

(<https://press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2020/12/21/0681/01591.html>). Cfr. anche il documento della Pontificia accademia *Pro Vita* del 5 giugno 2005, dal titolo "Riflessioni morali circa i vaccini preparati a partire da cellule provenienti da feti umani abortiti", che esamina la questione alla luce dei principi della dottrina morale classica in relazione alla cooperazione al male. Il testo di questo documento si può reperire all'indirizzo internet: http://www.mednat.org/vaccini/produzione_vaccini-da-cellule_feti_umani_abortiti.pdf. In argomento v. L. LO SAPIO, *Dalla sacralità alla qualità della vita. La bioetica cattolica nell'era della Covid-19*, in *Quad. dir. e pol. ecclesiastica*, 2021 (fasc. speciale), 137 ss.

⁴⁶ Il fattore religioso è certamente un elemento che connota l'identità della persona. V. G. PINO, *L'identità personale*, nel *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ, P. ZATTI, *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI, Milano, 2010, 297 ss., il quale lo definisce un fattore "dispotico": «Un fattore notoriamente dispotico [...] è sicuramente quello religioso: spesso l'appartenenza religiosa di un individuo si rivela incompatibile con altre appartenenze, e vuole prevalere su di esse» (300). Cfr. anche P. LILLO, *Il diritto all'identità religiosa negli ordinamenti statali*, in *Quad. dir. e pol. eccl.*, fasc. 2, 2015, 361 e più di recente, con riferimento al contesto pandemico, G. MARCACCIO, *Identità religiosa e diritto alla salute. Interazioni classiche ed emergenti*, in *www.statoecliese.it*, fasc. 8/2021, 17 ss.

Se è innegabile che la salute sia un diritto fondamentale della persona, lo è anche il diritto di professare la religione, sancito dall'art. 19 Cost. Si tratta di aspetti che possono essere soggettivamente ritenuti “non negoziabili”⁴⁷ e che possono dare luogo a “scelte tragiche” allorché vi sia la concreta necessità di trovare una soluzione al problema del contenimento tra dimensione individuale e collettiva della tutela della salute⁴⁸.

È in gioco, in una società multiculturale e pluralista, un “diritto alla diversità”⁴⁹, il quale, per un verso, non ammette una totale uniformità di valori e credenze, ma dall'altro non può neppure giustificare un'eccessiva estensione dell'alveo delle situazioni riconducibili alla fattispecie dell'obiezione di coscienza⁵⁰.

La Corte costituzionale, come detto, considera l'obbligo vaccinale come espressione del dovere di solidarietà. Esso presuppone, oltre al rispetto della coscienza individuale, la laicità delle istituzioni pubbliche⁵¹. In questo senso, un'obiezione di co-

scienza per motivi religiosi alle vaccinazioni obbligatorie, il cui scopo è anche solidaristico, potrebbe essere considerata contraria al principio di laicità⁵².

E, del resto, nessuno Stato europeo ammette l'obiezione di coscienza nei confronti delle vaccinazioni obbligatorie. È difficile immaginare che, anche in tempi di Covid, l'obiezione di coscienza possa impedire ai singoli Stati di limitare per legge l'esercizio del diritto di professare un culto.

Negli Stati Uniti, ad esempio, la Corte Suprema del Mississippi ha stabilito che l'obbligo vaccinale senza possibilità di esenzione per motivi religiosi non possa considerarsi contrastante con la libertà religiosa tutelata dal *Religious Freedom Restoration Act*⁵³. L'interesse pubblico alla tutela della salute e alla protezione dei bambini dal rischio di contrarre pericolose malattie è stato ritenuto di tale rilevanza da superare lo *strict scrutiny test* previsto dalla legge sulla libertà religiosa⁵⁴.

In Europa, più di recente, la Corte costituzionale ungherese ha statuito che l'obbligo vaccinale è legittimo anche se interferisce con le convinzioni religiose o di coscienza dei genitori, poiché il suo scopo è quello di tutelare la salute dei bambini e si basa su fondamenti scientifici e non ideologici⁵⁵.

L'art. 9 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo tutela la libertà di coscienza, insieme a quella di pensiero e di religione⁵⁶. Un riferimento esplicito al diritto all'obiezione di coscienza si può tuttavia trovare soltanto nell'art.

⁴⁷ Cfr. G. PINO, *Sulla rilevanza giuridica e costituzionale dell'identità religiosa*, in *Ragion pratica*, n. 45, dicembre 2015, 375, secondo cui «i valori religiosi sono considerati meno negoziabili (forse, non negoziabili affatto), e di conseguenza l'identità religiosa tende a colonizzare gli altri aspetti dell'identità personale».

⁴⁸ Cfr. Corte cost., 18 aprile 1996, n. 118, in *Riv. it. medicina legale e dir. sanitario*, 1998, 342 (s.m).

⁴⁹ S. RODOTÀ, *Problemi dell'obiezione di coscienza*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1993, 1, 59.

⁵⁰ Con riferimento al servizio sanitario ed all'ambito medicale, v. N. VETTORI, *Laicità e servizi pubblici. Il caso della sanità*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2020, 239 ss.; M. AZZALINI, *Rispetto della persona e libertà del sanitario: riflessioni in tema di obiezione di coscienza nella relazione di cura*, in M. FOGLIA (a cura di), *La relazione di cura dopo la legge 219/2017. Una prospettiva interdisciplinare*, Pacini, 2019, 173 ss.; L. EUSEBI, *Obiezione di coscienza del professionista sanitario*, nel *Trattato di biodiritto*, diretto da S. RODOTÀ e P. ZATTI, *I diritti in medicina*, a cura di L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI, Milano, 2011, 173 ss.

⁵¹ Sul principio di laicità la letteratura è vasta. Si possono consultare, tra gli altri, S. LARICCIA, *Coscienza e libertà. Profili costituzionali di diritto ecclesiastico*, Bologna, 1989; ID., *Principio di laicità dello Stato*, in *Enciclopedia Treccani - Diritto on line*, 2014 (cfr. https://www.treccani.it/enciclopedia/principio-di-laicita-dello-stato_%28Diritto-on-line%29/); R. BIN, *Art. 7 e Art. 8 in V. Crisafulli, L. Paladin (a cura di), Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990; F. RIMOLI, *Laicità (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1995; C. PINELLI, *Principio di laicità, libertà di religione, accezioni di “relativismo”*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2006, 821 ss.; A. TRAVI, *Riflessioni su laicità e pluralismo*, ivi, 2, 2006, 375 ss.; M. LUCIANI, *La problematica laicità italiana*, in *Democrazia e diritto*, 2, 2008, 105 ss.; N. COLAIANNI, *La fine del confessionismo e la laicità dello Stato (il ruolo della Corte costituzionale e della dottrina)*, in *Pol. dir.*, 1, 2009, 45 ss.; P. CAVANA, *Laicità dello Stato: da concetto ideologico a principio giuridico*, in *www.statoe.chiese.it*, 2008, 1 ss.; B. RANDAZZO, *Le laicità*, ivi, 2008, 1 ss.; M. CROCE, *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano*, Pisa, 2012; P. CARETTI, *Art. 8*, Roma 2017.

⁵² Cfr. M.L. LO GIACCO, *Il rifiuto delle vaccinazioni obbligatorie per motivi di coscienza*, cit., 61 ss.

⁵³ Il *Religious Freedom Restoration Act* è stato promulgato nel 1993 dal Congresso degli Stati Uniti allo scopo di tutelare meglio la libertà religiosa individuale. Esso prevede che, in caso di leggi che incidono sull'esercizio del diritto di libertà religiosa, il giudice debba applicare al caso concreto lo *strict scrutiny test*, ovvero un test che permette di verificare se quella limitazione sia in effetti strettamente necessaria per garantire un superiore interesse pubblico. Il test è stato elaborato o dalla giurisprudenza della Corte Suprema a partire dagli Anni '60. Per un commento al *Religious Freedom Restoration Act*, v. M.L. LO GIACCO, *La tutela della libertà religiosa negli U.S.A. Il Religious Freedom Restoration Act*, in R. COPPOLA e L. TROCCOLI (a cura di), *Minoranze, laicità, fattore religioso. Studi di diritto internazionale e di diritto ecclesiastico comparato*, Bari, 1997, 245 ss.

⁵⁴ È la sentenza *Brown v. Stone*, 378 So. 2d, 218 (Miss. 1979) citata in M.L. LO GIACCO, *Il rifiuto delle vaccinazioni obbligatorie per motivi di coscienza*, cit., 53 ss. e la bibliografia ivi richiamata.

⁵⁵ La pronuncia è citata in S. PENASA, *Obblighi vaccinali: un itinerario nella giurisprudenza costituzionale comparata*, in *Quaderni Costituzionali*, 2018, n. 1, 54 e 69.

⁵⁶ Cfr. M.L. LO GIACCO, *Il rifiuto delle vaccinazioni obbligatorie per motivi di coscienza*, cit., 63 ss., la quale richiama alcune importanti pronunce della Corte di Strasburgo, rilevando come l'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 9 sia piuttosto restrittiva, poiché si afferma che non si può ricavare da tale norma un generale diritto all'obiezione di coscienza.



10, secondo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, secondo il quale tale diritto “è riconosciuto secondo le leggi che ne disciplinano l'esercizio”.

Dunque gli Stati possono limitare per legge l'esercizio del diritto di libertà religiosa per tutelare la salute pubblica: tutela che è alla base delle leggi che impongono l'obbligo vaccinale.

5. Osservazioni conclusive.

La decisione del Tribunale di Firenze non sembra considerare la gravità della situazione pandemica e l'urgenza di introdurre misure di contenimento del virus. Eventi che impongono un ragionevole bilanciamento tra diritto del singolo alla libertà individuale (nel significato più comprensivo) e interesse collettivo alla salute pubblica.

Il ricorso ai vaccini anti Covid, non appena divenuti disponibili, è parso subito la soluzione più efficace per fronteggiare la pandemia. Del resto, e più in generale, scienza e medicina ritengono unanimemente i vaccini indispensabili per la tutela della salute individuale e collettiva e ne escludono la dannosità, se non nei limiti degli effetti collaterali che qualsiasi trattamento medico può avere.

Colpisce, invece, riscontrare nelle motivazioni di una decisione giudiziale riferimenti a teorie pseudoscientifiche. In questo modo le sentenze rischiano di alimentare il fenomeno della disinformazione e delle *fake news*⁵⁷, al prezzo di offuscare la complessità degli eventi in discussione. Basti considerare che la pronuncia in commento è stata richiamata da tutti gli organi di stampa ed ha fatto il giro del web. Chi riceve l'informazione spesso non si pone il problema dell'esattezza della notizia o della quota di verità dell'informazione che acquisisce⁵⁸. Sicché anche il contenuto delle sentenze può alimentare la proliferazione di notizie false o, come auspicabile, contribuire alla circolazione di informazioni affidabili. Una ragione ulteriore per avvalersi di dati e informazioni il più possibili condivisi dalla comunità scientifica.

⁵⁷ Cfr., in argomento, J.E MARCO-FRANCO, P. PITA-BARROS, D. VIVAS-ORTS, S. GONZÁLEZ-DE-JULIÁN, D. VIVAS-CONSUELO, *COVID-19, Fake News, and Vaccines: Should Regulation Be Implemented?*, in *Int. J. Environ. Res. Public Health* 2021,18, 744.

⁵⁸ Scriveva Umberto Eco che quando trionfano i mezzi di massa, l'uomo muore (U. ECO, *Per una guerriglia semiologica* (1967), ora in Id., *L'era della comunicazione*, Milano, 2022, 20). Egli alludeva al ruolo passivo del destinatario dell'informazione: una “passività narcotica”, per usare ancora le sue parole.



IL DANNO DA VACCINO ANTI COVID-19 TRA REGOLE DI RESPONSABILITÀ E SCHEMI INDENNITARI.

Di Luca Ettore Perriello

| 663

SOMMARIO: 1. La vaccinazione contro il Covid-19 e i possibili effetti avversi. – 2. Rigidità della disciplina europea della responsabilità del produttore nel contesto pandemico. – 3. La manleva delle case farmaceutiche nei contratti d'acquisto negoziati dalla Commissione europea. – 4. Criticità del modello della responsabilità civile nella gestione dei danni da vaccino. – 5. Giustizia ed efficienza degli schemi indennitari.

ABSTRACT. Il vaccino anti Covid-19 presenta rischi inevitabili di reazioni avverse, il più delle volte di lieve entità, sebbene non possa escludersi l'occorrenza di gravi patologie. Il rimedio risiede nella responsabilità del produttore, il quale, peraltro, appare come il soggetto in grado di stimare ed evitare il danno nel modo più economico possibile. La rigidità della disciplina europea sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi ha, tuttavia, indotto la Commissione a negoziare specifiche clausole di manleva con le case farmaceutiche. Non si precisa, tuttavia, se il ristoro dei danneggiati debba avvenire attraverso le ordinarie regole della responsabilità o la previsione di schemi indennitari. In verità, il modello della responsabilità presenta notevoli criticità, legate alle lungaggini e ai costi della macchina della giustizia, nonché alle difficoltà probatorie del nesso causale, senza trascurare il pericolo di un eccesso di deterrenza. Per contro, l'impiego di schemi indennitari sembra essere la via più giusta ed efficiente al governo dei danni derivanti dalla vaccinazione anti Covid-19.

Covid-19 vaccines present unavoidable risks of adverse reactions, most often minor, although more serious diseases cannot be ruled out. A possible remedy lies in the liability of the manufacturer, who appears to be the party in the best position to estimate and avoid the damage in the cheapest way. However, the stiffness of the European products liability framework has led the Commission to negotiate specific indemnity clauses with pharmaceutical companies. Yet, it is not specified whether compensation of victims should follow the ordinary rules of liability or no-fault schemes. In truth, the litigation model shows significant critical issues, related to the length and cost of the judicial system, as well as the hurdles in proving causation, not to mention a danger of over-deterrence. On the contrary, no-fault compensation schemes seem to offer the fairest and most efficient way to govern damage resulting from Covid-19 vaccination.



1. La vaccinazione contro il Covid-19 e i possibili effetti avversi.

L'emergenza sanitaria legata alla pandemia da Covid-19 ha portato allo sviluppo, in tempi mai così rapidi, di vaccini utili non soltanto ad impedire la diffusione del contagio ed ulteriori morti, ma anche ad agevolare il ritorno alle attività lavorative e la ripresa delle interazioni sociali e degli spostamenti. I paesi che sono riusciti a vaccinare di più sono anche quelli che sono tornati più rapidamente alla normalità¹. I programmi di vaccinazione di massa hanno avuto altresì un effetto benefico per le finanze pubbliche, determinando una drastica riduzione degli accessi alle terapie intensive e un risparmio dei costi connessi al trattamento del virus². Le strutture ospedaliere hanno ripreso a trattare pazienti affetti da patologie, anche gravi, costretti a subire ritardi a causa della priorità accordata al trattamento di soggetti colpiti dal virus SARS-CoV-2.

Ai vaccini tradizionali, c.dd. «a vettore virale», come Vaxzevria (già AstraZeneca) e Jcovden (già Janssen), che iniettano nel corpo umano una versione disattivata del virus, non più in grado di replicarsi, si sono affiancati nuovi vaccini che utilizzano la tecnologia «mRNA», consistente nell'introdurre nelle cellule non già il virus vero e proprio ma le informazioni genetiche per sintetizzare la proteina Spike di cui il virus si serve per infettare l'organismo, così da indurre il sistema immunitario a produrre gli anticorpi necessari a debellarlo: se la persona vaccinata entra in contatto con il virus, il sistema immunitario lo riconosce e gli anticorpi prodotti con la somministrazione del vaccino bloccano la proteina Spike. Esempi di questi vaccini di nuova generazione sono Pfizer/BioNTech e Moderna.

Normalmente la commercializzazione di qualsiasi vaccino segue un protocollo estremamente rigido e complesso³, che inizia con una fase preclinica costituita da studi in vitro e su modelli animali. Successivamente, si passa ai test clinici su un numero gradualmente più elevato di volontari. Le prime

due fasi di sperimentazione coinvolgono relativamente pochi partecipanti (non più di 500), attentamente selezionati, e sono volte a dimostrare la sicurezza del vaccino e la sua immunogenicità, ossia la capacità di stimolare una reazione del sistema immunitario. La terza fase, che riguarda invece migliaia di volontari, implica la somministrazione del vaccino ad una metà e di un placebo all'altra, e il vaccino viene reputato sicuro se il gruppo che lo riceve non si infetta o si infetta con sintomi più lievi rispetto a coloro cui viene iniettato il placebo. Soltanto dopo che il vaccino abbia superato le tre fasi di sperimentazione, ne è disposta l'autorizzazione da parte delle autorità competenti, che valutano la prevalenza dei benefici sui rischi attesi. In Europa, in particolare, è competente l'Agenzia Europea per i Medicinali (EMA), che ha sede ad Amsterdam. Una volta immesso in commercio, il vaccino è comunque sottoposto ad una vigilanza costante che monitora la comparsa di eventuali effetti avversi nella popolazione.

Se, di regola, l'espletamento delle fasi di sperimentazione farmaceutica si articola in un arco temporale di 10/15 anni proprio al fine di valutare l'impatto della somministrazione nel lungo periodo, l'eccezionalità della pandemia che stiamo vivendo ha imposto una compressione dei tempi necessari per lo sviluppo del vaccino. La terza fase di sperimentazione clinica ha dimostrato tutte le sue criticità in relazione al Covid-19, in quanto, a rigore, non sarebbe possibile inoculare il virus nei partecipanti ai test – che, in questa fase, sono nell'ordine di migliaia – ma occorrerebbe attendere che si infettino naturalmente e valutare la reattività del vaccino. Senonché, le case farmaceutiche hanno cercato di accelerare questo processo organizzando i test in comunità con alti tassi di infezione (ad esempio, Brasile, Regno Unito e Sudafrica) e coinvolgendo un numero inferiore di volontari (44.000 per Pfizer/BioNTech; 30.000 per Moderna; 30.000 per AstraZeneca)⁴. Le autorizzazioni delle agenzie di farmacovigilanza sono arrivate dopo neanche un anno dall'isolamento della sequenza del virus in laboratorio. Il vaccino Pfizer/BioNTech, ad esempio, è stato approvato il 12 dicembre 2020 dalla Food and Drug Administration (FDA) e il 21 dicembre 2020 dall'EMA, seppure, in quest'ultimo caso, con un'autorizzazione «condizionata» al rispetto di obblighi specifici⁵, con validità annuale, specificamen-

¹ Per confrontare le percentuali di vaccinazione nella popolazione degli stati membri dell'Unione Europea, può essere utile consultare il sito predisposto dall'European Centre for Disease Prevention and Control: www.vaccinetracker.ecdc.europa.eu.

² Sulla convenienza delle vaccinazioni obbligatorie, v. T.L. BEAUCHAMP e J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 5^a ed., Oxford, 2001, 251; nonché, con specifico riferimento alle vaccinazioni richieste per frequentare la scuola dell'obbligo negli Stati Uniti, J.G. HODGE JR. e L.O. GOSTIN, *School Vaccination Requirements: Historical, Social, and Legal Perspectives*, in 90(4) *Kentucky L. J.*, 2002, 831 ss.

³ K. SINGH e S. MEHTA, *The Clinical Development Process for a Novel Preventive Vaccine: An Overview*, in *J. Postgr. Med.*, 2016, 4 ss.

⁴ Le tappe, accelerate, dello sviluppo dei vaccini anti Covid-19 sono descritte da V.L. RAPOSO, *Pigs Don't Fly and You Cannot Expect Absolutely Safe COVID-19 Vaccines (But You Should Expect a Fair Compensation)*, in 28 *Eur. J. Health L.*, 2021, 165 ss., 170-171.

⁵ La disciplina è contenuta nel Regolamento (CE) n. 726/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che



te prevista per farmaci che promettono effetti benefici sulla salute ma per i quali non sono ancora disponibili informazioni accurate sulla sicurezza. Si consideri, peraltro, che già nel mese di agosto la Russia aveva approvato il vaccino Sputnik⁶.

È chiaro che, velocizzando il processo di sviluppo del vaccino, aumentano i rischi del suo utilizzo e le probabilità di reazioni avverse⁷. Nessun vaccino, incluso quello anti Covid-19, è assolutamente sicuro, per cui non si fa questione del *se* ma del *quando* gli effetti avversi si manifesteranno⁸. Il più delle volte le reazioni sono di lieve entità, come una leg-

istituisce procedure comunitarie per l'autorizzazione e la sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario, e che istituisce l'agenzia europea per i medicinali, nonché nel Regolamento (CE) n. 507/2006 della Commissione del 29 marzo 2006 relativo all'autorizzazione all'immissione in commercio condizionata dei medicinali per uso umano che rientrano nel campo d'applicazione del regolamento (CE) n. 726/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio. Con riferimento all'impiego del meccanismo dell'autorizzazione condizionata per i farmaci oncologici, v. J. HOEKMAN ET AL., *Use of the Conditional Marketing Authorization Pathway for Oncology Medicines in Europe*, in 98 *Clin. Pharm. Ther.*, 2015, 534 ss.

⁶ Lo sottolinea A. CIONI, *La corsa al vaccino contro il Covid-19. Qualche considerazione fra requisiti per l'autorizzazione e regole di responsabilità*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 2017 ss., 2018.

⁷ K. VAN TASSEL, C. SHACHAR e S. HOFFMAN, *Covid-19 Vaccine Injuries – Preventing Inequities in Compensation*, in *New Engl. J. Med.*, 2021, e34(1) ss. Al riguardo, osserva un gruppo di scienziati australiani che «the use of new 'first-in-human' vaccine technologies, and the limited sample size and duration of follow-up in phase III clinical trials, make it possible that rare, but serious, vaccine-related adverse effects will not be identified before widespread population use is needed in the context of the current devastating pandemic»: N. WOOD, K. MACARTNEY, J. LEASK e P. MCINTYRE, *Australia Needs a Vaccine Injury Compensation Scheme: Upcoming COVID-19 Vaccines Make Its Introduction Urgent*, in *Austr. J. Gen. Pract.*, 2020, 49. Un rischio simile è quello legato all'incremento della produzione di strumenti esistenti (si pensi ai ventilatori polmonari) per fronteggiare un rialzo improvviso della domanda. Per sostenere tale aumento, il produttore potrebbe essere costretto ad utilizzare materie diverse, in quanto quelle abitualmente usate non sono più reperibili, oppure ad assumere personale aggiuntivo, che però potrebbe essere meno qualificato. Sono, queste, tutte circostanze che aumentano il rischio di avere prodotti difettosi in circolazione: D. FAIRGRIEVE, P. FELDSCHREIBER, G. HOWELLS e M. PILGERSTORFER QC, *Products in a Pandemic: Liability for Medical Products and the Fight Against COVID-19*, in 11 *Eur. J. Risk Reg.*, 2020, 565 ss., 578-579.

⁸ La nozione di «unavoidably unsafe products» compare nel Restatement (Second) of Torts § 402/A, Comment k (1965). Per una discussione si veda E. WERTHEIMER, *Unavoidably Unsafe Products: A Modest Proposal*, in 71 *Chicago-Kent L. Rev.*, 1996, 189 ss. Sul punto emblematiche sono ancora le parole di G. CALABRESI, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, New Haven, 1970, 17 s.: «Our society is not committed to preserving life at any cost [...]. Lives are spent not only when the quid pro quo is some great moral principle, but also when it is a matter of convenience». Nella nostra giurisprudenza, parla di «rischio tollerato» con riferimento alla rottura di una protesi d'anca: Trib. Rimini, 9 aprile 2018, in *Danno resp.*, 2018, 773 ss.

gera febbre o un'eruzione cutanea locale, ma non può escludersi l'occorrenza di patologie più gravi. La storia è testimone di tragedie vaccinali come «l'incidente di Cutter» del 1955, quando una serie di errori commessi dalle autorità pubbliche e carenze nella produzione portarono alla somministrazione di un vaccino antipolio a circa 200.000 bambini statunitensi, con il virus ancora attivo, cagionando 200 casi di paralisi e una decina di morti. L'incidente dimostrò i pericoli insiti nei programmi di vaccinazione su larga scala, ma ebbe anche il merito di incrementare gli standard di sicurezza dei medicinali e di sensibilizzare l'opinione pubblica rispetto alla necessità di risarcire adeguatamente i familiari delle vittime⁹. E non si tratta di problemi confinati ad epoche passate: negli anni '10 del 2000, sono stati riportati casi di narcolessia a seguito dell'impiego del vaccino antinfluenzale Pandemrix¹⁰. Anche per i vaccini contro il Covid-19 la cronaca riporta la ricorrenza di effetti avversi, come reazioni allergiche o trombosi, e in alcuni casi anche decessi¹¹, ma le autorità sanitarie non ne hanno vietato il commercio. Ad esempio, dopo che l'Austria e altri stati membri avevano sospeso il vaccino AstraZeneca a causa di segnalazioni di trombosi, l'EMA ha affermato che i benefici superavano i rischi e quindi il vaccino poteva continuare ad essere somministrato; analoga posizione è stata presa per il vaccino Pfizer/BioNTech, rispetto al quale l'EMA ha raccomandato di fornire l'informativa sui rischi di miocardite e pericardite¹².

Benché questi rischi siano conosciuti scientificamente e accettati dalle pubbliche autorità, la loro occorrenza è in grado di minare la fiducia degli utenti nella sicurezza dei vaccini. Quando, nel 1976, fu lanciato negli Stati Uniti un vasto programma di vaccinazione contro l'influenza suina, la comparsa di casi di sindrome di Guillain Barré nei vaccinati portò alla brusca interruzione delle somministrazioni vaccinali, alla crisi dell'amministrazione Ford e alla sostituzione dei vertici degli American Centers for Disease Control and Prevention¹³.

⁹ P.A. OFFIT, *The Cutter Incident: How America's First Polio Vaccine Led to the Growing Vaccine Crisis*, New Haven, 2005.

¹⁰ L. WIJNANS ET AL., *The Incidence of Narcolepsy in Europe: Before, During, and After the Influenza A(H1N1)pdm09 Pandemic and Vaccination Campaigns*, in *Vaccine*, 2013, 1246 ss.

¹¹ Per una rassegna delle reazioni avverse legate alla somministrazione dei vaccini AstraZeneca e Johnson & Johnson, v. K. WATTS e T. POPA, *Injecting Fairness into COVID-19 Vaccine Injury Compensation: No-Fault Solutions*, in 12(1) *J. Eur. Tort L.*, 2021, 1 ss., 5-6.

¹² M.E. TUMELTY, *COVID-19 Vaccination and Legal Preparedness: Lessons from Ireland*, in 29 *Eur. J. Health L.*, 2022, 240 ss., 252.

¹³ M. HARRISON, *Pandemics*, in M. JACKSON (a cura di), *The Routledge History of Disease*, Abingdon, 2017, 129 ss.



La riluttanza nei confronti dei vaccini in larghe fasce della popolazione è descritta in una curva incrementale¹⁴, per ragioni che non si esauriscono nei timori sulla loro pericolosità ma che si estendono ad obiezioni di carattere religioso¹⁵ o politico («il mio corpo mi appartiene»)¹⁶. Negli ultimi anni, le convinzioni no-vax sono state corroborate dalla diffusione di teorie complottiste sul web e i social media in particolare; fenomeno, questo, già verificatosi nel 2019, quando voci infondate sulla pericolosità del vaccino anti Ebola cominciarono a diffondersi in rete, determinando un calo delle somministrazioni e perfino atti di violenza verso i lavoratori delle industrie che lo producevano¹⁷. Le teorie no-vax sono non soltanto violente ma anche immorali, perché chi non si vaccina gode comunque dei benefici connessi alle vaccinazioni cui si sono sottoposti altri, in termini, soprattutto, di indebolimento del contagio. Se tutti ragionassero così e nessuno si vaccinasse, le politiche di immunizzazione sarebbero destinate al fallimento.

La disinformazione imperante no-vax, insieme all'inevitabile comparsa di effetti avversi discendenti dalla vaccinazione contro il Covid-19 – tanto più che nuove varianti potranno sorgere, caratterizzate da una maggiore resistenza ai vaccini, rendendo il virus endemico – rischiano di compromettere la fiducia, già fragile¹⁸, delle persone nella sicurezza dei vaccini, che è un ingrediente essenziale del successo delle campagne vaccinali. La risposta al problema può articolarsi su due livelli distinti.

Sul piano pubblicitario, le proposte, pur avanzate in dottrina¹⁹, di rendere la vaccinazione obbligatoria, con la previsione di sanzioni per chi non vi adempie, non sono state accolte a livello legislativo. Piuttosto, una politica sanitaria fatta di informazioni efficaci sull'importanza della vaccinazione e su processi decisionali rapidi e trasparenti è risultata

fondamentale per garantire il successo dei piani vaccinali²⁰.

Per contro, la risposta privatistica risiederebbe nel reintegrare, rapidamente e adeguatamente, quanti abbiano subito un pregiudizio dalla vaccinazione contro il Covid-19. Maggiore è la difficoltà cui vanno incontro coloro che vogliono ottenere un indennizzo, minore sarà la fiducia delle persone nella vaccinazione. Ma verso chi e a che titolo è possibile far valere un'eventuale responsabilità?

2. Rigidità della disciplina europea della responsabilità del produttore nel contesto pandemico.

Ad un siffatto interrogativo verrebbe, in prima battuta, da rispondere che il danno, patito da chi abbia riportato un effetto avverso dalla vaccinazione contro il Covid-19, debba essere a carico del produttore del vaccino, secondo il modello della «responsabilità per danno da prodotti difettosi» disciplinato dalla nota direttiva 85/374/CEE. In effetti, il produttore del vaccino – a confronto con gli altri attori coinvolti nell'imponente campagna vaccinale: il Ministero o il medico – potrebbe apparire come il soggetto in grado di stimare e poi evitare il danno nel modo più economico possibile, adottando le misure preventive necessarie («cheapest cost avoider»)²¹.

Analizzando, infatti, la posizione del Ministero della Salute, vero è che non è certo il soggetto che autorizza la commercializzazione del farmaco, ma è pur sempre a suo carico un dovere generale di vigilanza sulla sicurezza dei medicinali in commercio, sì che una sua responsabilità sarebbe astrattamente ipotizzabile in relazione all'omissione dei dovuti controlli (art. 2043 c.c.). E tuttavia, visto che il vac-

¹⁴ A. DE FIGUEIREDO ET AL., *Mapping Global Trends in Vaccine Confidence and Investigating Barriers to Vaccine Uptake: A Large-Scale Retrospective Temporal Modelling Study*, in *Lancet*, 2020, 898 ss.

¹⁵ G. PELČIĆ ET AL., *Religious Exception for Vaccination or Religious Excuses for Avoiding Vaccination*, in 57(5) *Croat. Med. J.*, 2016, 516 ss.

¹⁶ J.A. REICH, *Neoliberal Mothering and Vaccine Refusal: Imagined Gated Communities and the Privilege of Choice*, in 28(5) *Gend. & Soc.*, 2014, 679 ss.

¹⁷ Y. WANG ET AL., *Systematic Literature Review on the Spread of Health-Related Misinformation on Social Media*, in *Soc. Sci. Med.*, 2019.

¹⁸ Spaventoso appare il presagio di chi osserva che «anti-vaccination views will dominate in approximately 10 years»: N.F. JOHNSON ET AL., *The Online Competition Between Pro- and Anti-Vaccination Views*, in *Nature*, 2020, 230 ss.

¹⁹ J. SAVULESCU, *Good Reasons to Vaccinate: Mandatory or Payment for Risk?*, in 47 *J. Med. Eth.*, 2021, 78 ss.

²⁰ Ricordano D. FAIRGRIEVE ET AL., *COVID-19 Vaccines: In Favour of a Bespoke Compensation Scheme for Adverse Effects. A Briefing Paper*, 11 novembre 2020, in www.biicl.org, che quando, nel 1998, fu pubblicata una ricerca, più tardi rivelatasi errata, che collegava il vaccino MPR all'autismo, un'efficace campagna informativa pubblica riuscì a mantenere livelli di vaccinazione alti nella maggior parte dei paesi europei. Per contro, la vaccinazione antipolio crollò in Pakistan quando si scoprì che la CIA aveva finanziato una falsa campagna vaccinale nel tentativo di acquisire informazioni su dove si nascondesse Osama Bin Laden.

²¹ Imprescindibile è il riferimento all'opera di G. CALABRESI, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, cit.; ma v. anche R. POSNER, *A Theory of Negligence*, in *J. Leg. St.*, 1972, 29 ss., 32, il quale osserva che il costo della prevenzione consiste nell'adozione di misure che rendano l'attività più sicura o nel vantaggio a cui si rinuncia riducendo o sospendendo quell'attività: ove il costo della prevenzione ecceda il vantaggio che sopportare quel costo produrrebbe in termini di assenza di incidenti, sarebbe più economico per la società rinunciare alla prevenzione.





cino è il paradigma del prodotto inevitabilmente insicuro, sarebbe arduo per il danneggiato dimostrare tutti gli elementi costitutivi dell'illecito, tra cui, in particolare, la colpa del Ministero²². Intervenuta sul tema, la Cassazione ha escluso che l'attività di controllo esercitata dal Ministero della Salute sulle vaccinazioni (nella specie, antipoliomielitica) sia fonte di responsabilità *ex art.* 2050 c.c., in quanto il Ministero non svolge in concreto attività di impresa²³. Anche la giurisprudenza di merito esonera il Ministero da responsabilità, perfino nell'ipotesi in cui abbia omesso di informare sugli effetti collaterali del vaccino, trattandosi di scelta discrezionale volta a prevenire «gli effetti di allarme e dissuasione che sarebbero potuti derivarne sull'osservanza dell'obbligatorietà della pratica vaccinale»²⁴.

Parimenti difficile sarebbe affermare la responsabilità del medico colpevole di non aver fornito le informazioni necessarie sugli effetti indesiderati, perché il danneggiato dovrebbe provare che, ove mai gli fosse stata data una corretta informazione, egli non avrebbe acconsentito alla vaccinazione²⁵. Peraltro, i moduli di consenso informato fatti sottoscrivere ai vaccinati già contengono una lunga lista di possibili reazioni avverse, insieme alla precisazione che non è possibile prevedere danni lungolattenti: rispetto a questi danni viene meno il presupposto della responsabilità, costituito dal dovere di informare sui rischi, non prospettabile, appunto, quando i rischi non siano conosciuti o prevedibili al momento della vaccinazione. Al più, qualora il vaccino sia stato somministrato ad un paziente fisicamente inidoneo a riceverlo, sulla base di una valutazione erronea del suo stato di salute, potrà essere chiamato a rispondere il medico di base o il personale della struttura sanitaria²⁶. Ma si tratta di un'ipotesi diversa da quella qui oggetto di analisi.

È, dunque, il produttore il soggetto al quale il vaccinato, danneggiato, tenderà a rivolgersi per ottenere il ristoro dei danni da effetti avversi. Se si considera che all'aumento della domanda vaccinale, e della produzione per farvi fronte, è corrisposto un incremento dei profitti per le case farmaceutiche²⁷,

sarebbe giustificabile, da un punto di vista economico, attribuire la responsabilità ai produttori, i quali dovrebbero investire la quota maggiore possibile del guadagno nella sicurezza dei vaccini²⁸. Il produttore, peraltro, potrebbe assicurarsi contro il rischio atteso inglobando il costo del premio assicurativo nel prezzo di vendita²⁹.

Del resto, il vaccino che cagiona danni rimane difettoso anche se si prendono in considerazione i suoi indiscutibili vantaggi sia nel contrastare gli alti tassi di mortalità e la rapidità del contagio da SARS-CoV-2, sia nel facilitare un ritorno alla normalità dopo gli austeri lock-down. Nella nozione di difetto (art. 6, dir. cit.) non compare, infatti, la necessità di un'analisi costi-benefici e – benché la Corte di Giustizia non abbia mai preso espressamente posizione sul punto – l'Avvocato generale nel caso *N.W. v Sanofi* ha escluso che, nel determinare la difettosità di un vaccino, si debba compiere una «analisi più ampia dei costi e dei benefici del prodotto per la collettività»³⁰. Se le autorità di far-

la produzione dei vaccini risulta essere il settore più redditizio dell'industria farmaceutica.

²² Sottolineano l'incentivo insito in una regola di responsabilità oggettiva, come quella del produttore, ad investire in ricerca per eliminare gli effetti indesiderati del prodotto, piuttosto che attendere la ricerca da altri finanziata: W. LANDES e R. POSNER, *A Positive Economic Analysis of Product Liability*, in 14(3) *J. Leg. Stud.*, 1985, 535 ss.

²³ Osserva G. ALPA, *La responsabilità oggettiva*, in *Contr. impr.*, 2005, 959 ss., 1005, che «l'imprenditore è il soggetto che, meglio di altri, può "internalizzare le esternalità" provocate all'ambiente, ai consumatori, alla società dall'attività esercitata; può ricorrere all'assicurazione del danno provocato, includere il costo dell'assicurazione nel prezzo dei suoi prodotti o dei suoi servizi».

²⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale M. Bobek, presentate il 7 marzo 2017, in *N. W and Others v Sanofi Pasteur MSD SNC and Others*, § 87, ECLI:EU:C:2017:176. Diversamente si sono espresse alcune pronunce inglesi, tra cui *Gee & others v DePuy International Ltd* [2018] EWHC 1208, dove si sono considerati i benefici di un nuovo farmaco chemioterapico rispetto ad altri già disponibili in commercio, nonostante la ricorrenza di effetti avversi gravi ma rari. Nella pronuncia si legge anche che le conclusioni dell'Avvocato generale Bobek fossero state sollecitate da una specifica eccezione sollevata dal convenuto e che, pertanto, un'analisi generalizzata dei costi e dei benefici del prodotto non fosse ivi necessariamente richiesta. Considerazioni relative ai rischi e ai vantaggi del farmaco sono svolte anche dalla giurisprudenza francese, che ha escluso la difettosità del vaccino contro l'epatite B, pur accettando che in talune ipotesi potrebbe cagionare malattie demielinizzanti, sul rilievo che i suoi benefici per la collettività fossero di gran lunga superiori ai potenziali effetti avversi: cfr. L. CLERC-RENAUD, *Quelle responsabilité en cas de dommages causés par des produits de santé?*, in *Rev. Lamy dr. civ.*, 2007, 34 ss.; J.-S. BORGHETTI, *Quelles responsabilités pour les laboratoires fabricants de médicaments dangereux?*, in *Rev. gén. dr. méd.*, 2012, 19 ss. Negli Stati Uniti, v. il «risk/utility test» di cui al Restatement (Third) of Torts, §2. Al riguardo, osserva D.G. OWEN, *Products Liability Law*, St Paul, 2014, 301 che «a product is considered "defective" under a risk-utility test if the costs of eliminating a particular hazard are less than the resulting safety benefits».

²² A. CIONI, *La corsa al vaccino contro il Covid-19*, cit., 2026 s.

²³ Cass., 27 aprile 2011, n. 9406, con nota di M. RIZZUTI, *Il problema dei danni da vaccinazione obbligatoria*, in *Giur. it.*, 2012, 541 ss.

²⁴ Trib. Milano, 20 dicembre 1990, con nota di D. POLETTI, *Danni alla salute da vaccino "antipolio" e diritto all'equo indennizzo*, in *Resp. civ. prev.*, 1991, 73 ss.

²⁵ Cass., 11 novembre 2019, n. 28985, in *Guida dir.*, 2019, 31.

²⁶ A. PURPURA, *Responsabilità del produttore per danno da vaccino e onere della prova*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 809 ss., 815-816.

²⁷ Secondo dati citati da E. RAJNERI, *Il vaccino anti Covid-19. La normativa speciale e il meccanismo di distribuzione dei rischi e dei benefici*, in *Contr. impr.*, 2021, 490 ss., 517, nota 84,

macovigilanza, nell'autorizzare la commercializzazione del vaccino, bilanciano i rischi avversi con i benefici attesi per la società, il diritto, invece, ragiona soltanto in termini di sicurezza che si può legittimamente attendere dal prodotto. L'interesse individuale del danneggiato prevale su quello della collettività. Se così non fosse, l'unico modo per provare la difettosità del vaccino sarebbe dimostrare che le autorità abbiano commesso un errore di valutazione, essendo l'analisi costi-benefici un compito precipuo da esse assolto quando autorizzano la messa in commercio del vaccino.

Sarebbe onere del vaccinato provare il danno e il difetto, prova, quest'ultima, non sempre agile, ma egli potrebbe avvantaggiarsi di quell'orientamento, molto diffuso nella giurisprudenza di merito, che esaurisce la prova del difetto in quella del danno³¹. Il vaccinato non dovrà, quindi, risalire all'intrinseco vizio di fabbricazione o progettazione del vaccino; gli basterà provare che, nonostante un uso del farmaco conformemente alle indicazioni delle autorità e dei sanitari, ha riportato reazioni avverse. A ben vedere, è questa un'argomentazione del tipo «*res ipsa loquitur*», per la quale, atteso un uso non anormale del prodotto, è lo stesso incidente a dimostrare la difettosità³².

A quel punto, si ribalta sul produttore del vaccino la possibilità di avvalersi di una delle esenzioni tratteggiate dalla direttiva. Quella classica consiste nel fatto che lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento in cui il produttore ha messo in circolazione il prodotto non permetteva di scoprire l'esistenza del difetto: è il c.d. «rischio da sviluppo» (art. 7, dir. cit.). Il produttore alleggerà che, sebbene i rischi connessi alla malattia da Covid-19

fossero ben noti, non altrettanto erano i rischi del vaccino.

Non è questa la sede per soffermarsi sulle polemiche che hanno circondato l'eccezione in questione. Nel testo originario della direttiva non compariva e venne inserita dietro l'insistenza di alcuni stati intenzionati a proteggere l'innovazione a tutti i costi. È ben possibile, infatti, che un'affermazione di responsabilità in relazione a rischi sconosciuti e non conoscibili, neanche con la scienza, possa precludere l'innovazione. Le imprese, cioè, si asterrebbero dal produrre nuovi beni (ad esempio, farmaci) che potrebbero scontare rischi imprevedibili³³. La Commissione accontentò, dunque, quegli stati più sensibili alle istanze dell'innovazione, ma a condizione che tutti gli altri fossero lasciati liberi di non implementare il «rischio da sviluppo» nei propri ordinamenti (art. 15(1)(b), dir. cit.)³⁴. In effetti, da un punto di vista sistematico, vi è una certa incoerenza tra un modello oggettivo di responsabilità, come quello recepito dalla direttiva, e un'esimente che si fonda sull'imprevedibilità del rischio alla luce dello stato della scienza. L'incalcolabilità scientifica avrebbe piuttosto dovuto imporre l'alternativa secca tra immissione in commercio del prodotto rischioso, con esposizione a responsabilità, oppure l'astensione in radice dall'attività imponderabile³⁵.

La Corte di Giustizia ha però chiarito che l'esimente deve essere interpretata in termini molto restrittivi, ricomprendendo il livello più avanzato della conoscenza scientifica e tecnica, quale esisteva al momento della messa in commercio del pro-

³¹ Cfr., *ex multis*, Trib. Mantova, 2 luglio 2010, in *ilcaso.it*, dove si osserva che «proprio il fatto che l'utilizzo del prodotto non abbia consentito di raggiungere ed ottenere i risultati che era legittimo attendersi costituisce elemento indiziario particolarmente pregnante ed indicativo della effettiva sussistenza del difetto, sicché una volta provata l'anomalia di funzionamento del prodotto, può ritenersi che il danneggiato abbia assolto all'onere probatorio su di lui gravante, incombendo a quel punto al produttore l'onere di fornire la prova liberatoria a suo carico». Nella stessa direzione v. Trib. Pontedera, 16 marzo 2011, in *Danno resp.*, 2012, 67; Trib. Monza, 10 febbraio 2015, *ivi*, 2015, 953. V. anche Cass., 8 ottobre 2007, n. 20985, con nota di A.L. BITETTO, *Prodotto difettoso: onere probatorio e comunicazione dei rischi*, in *Foro it.*, 2008, I, c. 143, la quale ha ritenuto sufficiente la prova che l'uso del prodotto – nella specie una protesi mammaria che dopo due anni dall'impianto si era svuotata infiltrando i tessuti della paziente – avesse comportato risultati anomali rispetto alle ragionevoli aspettative di sicurezza.

³² L. CABELLA PISU, *Ombre e luci nella responsabilità del produttore*, in *Contr. impr.*, 2008, 617 ss. Così anche G.F. SIMONINI, *La responsabilità del produttore: presunta o oggettiva? Recenti prospettive di indagine*, in *Dir. econ.*, 2017, 557 ss., 564, nota 23.

³³ J.W. WADE, *On the Effect in Product Liability of Knowledge Unavailable Prior to Marketing*, in 58 *NYU L. Rev.*, 1983, 734 ss., 755; P. HUBER, *Safety and the Second Best: The Hazards of Public Risk Management in the Courts*, in 85 *Col. L. Rev.*, 1985, 277 ss., 308.

³⁴ Il Lussemburgo e la Finlandia escludono radicalmente la possibilità di avvalersi dell'eccezione; la Francia, per i danni causati da una parte del corpo umano o dai prodotti derivati, sulla scia degli scandali sul sangue contaminato; la Germania, per i difetti di fabbricazione e i prodotti farmaceutici; la Spagna, per i farmaci e i prodotti agroalimentari destinati al consumo umano: M. REIMANN, *Product Liability*, in M. BUSSANI e A.J. SEBOK (a cura di), *Comparative Tort Law. Global Perspectives*, Cheltenham (UK) e Northampton (USA), 2015, 258, nota 43, e 261. In Italia, invece, l'esimente compare nell'art. 118, lett. e, cod. cons. Per una applicazione v. Cass., 28 luglio 2015, n. 15851, in *Danno resp.*, 2016, 41, dove la Corte ha escluso la responsabilità del produttore del farmaco «Gafir», utilizzato per curare l'ulcera gastroduodenale, il cui commercio era stato autorizzato dall'AIFA, nonostante il rischio noto di epatologie, sul rilievo che detto rischio fosse inferiore rispetto ai benefici generalmente prodotti. Secondo la Corte, al momento in cui fu condotta l'analisi costi-benefici, non si sapeva che il rischio si sarebbe manifestato in un numero di casi di gran lunga maggiore rispetto a quelli preventivati.

³⁵ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 830 s.



dotto, purché sia accessibile³⁶. Ove nel panorama scientifico esista anche una sola voce isolata sulla potenziale pericolosità del prodotto, non potendo più il rischio dirsi imprevedibile, il produttore non potrà invocare il «rischio da sviluppo»³⁷.

Ricostruita in questi termini, l'eccezione del «rischio da sviluppo» non sarà a disposizione del produttore del vaccino contro il Covid-19, e ciò non tanto perché una qualsiasi supposizione casualmente formulata in merito alla pericolosità del vaccino potrebbe poi rivelarsi fondata e, dunque, integrare l'opinione isolata di cui il produttore avrebbe dovuto tener conto³⁸. Se così fosse, ove mai una delle tante congetture avanzate sulla sicurezza dei vaccini, da chi magari non abbia il bagaglio tecnico-scientifico per esprimere giudizi validi, dovesse rivelarsi fondata, il produttore non potrebbe andare esente da responsabilità. La Corte di Giustizia ha fatto riferimento ad una conoscenza avallata da ricerche di natura scientifica e le varie teorie cospirazioniste diffuse soprattutto sul web non lo sono di certo.

Piuttosto, le ragioni per cui non pare che il produttore possa invocare l'eccezione risiedono nel fatto che anche l'opinione isolata di uno scienziato, che si riveli poi corretta, è idonea a mettere fuori gioco il «rischio da sviluppo», purché sia «accessibile»³⁹. Pertanto, riprendendo le parole dell'Avvocato generale, un conto sarebbe lo «studio di un ricercatore di una università statunitense pubblicato su una rivista internazionale di lingua inglese», un altro «una analoga ricerca di uno studioso della Mancuria, pubblicata in lingua cinese sulla locale rivista scientifica, che non oltrepassa i confini della regione». Nel caso del Covid-19, è stato notato, l'esempio non è del tutto calzante perché, se si condivide l'assunto per cui, nel determinare l'accessibilità e la rilevanza di una ricerca scientifi-

ca, si dovrebbe tener conto anche della sua provenienza, date le origini cinesi del virus e i primi casi ivi registrati, perfino la ricerca di uno studioso della Mancuria sarebbe «accessibile»⁴⁰.

Al netto di queste considerazioni, essendo possibile che un qualche scienziato al mondo abbia espresso perplessità sulla sicurezza del vaccino e abbia pubblicato i risultati della sua ricerca, il produttore non potrà invocare il «rischio da sviluppo». Potrebbe anche darsi il caso in cui siano descritti nella comunità scientifica effetti avversi di vaccini utilizzati per curare virus simili, ma che studi compiuti in relazione al virus SARS-CoV-2 non siano stati ancora completati: anche in questa ipotesi, è opinabile che l'esimente possa trovare spazio⁴¹. Nemmeno il produttore potrebbe difendersi sulla base dell'urgenza dello sviluppo del vaccino dettata dalla gravità e rapidità dei contagi. Non si rinviene, infatti, nella direttiva una regola per cui il produttore che sviluppa un farmaco in tempi rapidi per rispondere ad un'emergenza sanitaria debba andare esente da responsabilità. Le aspettative di sicurezza dei consumatori non diminuiscono in relazione a vaccini rapidamente testati e messi in commercio durante la pandemia⁴².

Il produttore non potrebbe neanche schermirsi dietro le autorizzazioni concesse dall'EMA. In verità, nella direttiva, all'art. 7(d), si prevede che il produttore non è responsabile nelle ipotesi in cui «il difetto è dovuto alla conformità del prodotto a regole imperative emanate dai poteri pubblici», ma l'interpretazione corrente è nel senso che l'esenzione si applica soltanto qualora il difetto sia specificamente riconducibile al rispetto di standard pubblici di sicurezza, quando cioè un preciso standard sia stato la causa del difetto, non anche per il semplice fatto che il produttore abbia ottenuto l'autorizzazione alla vendita (così sarebbe, invece, una vera e propria «regulatory compliance defense»)⁴³. La permanenza della responsabilità del pro-

³⁶ Corte giust., 29 maggio 1997, C-300/95, *European Commission v United Kingdom*, ECLI:EU:C:1997:255, §§ 26, 28.

³⁷ In questi termini, le conclusioni rassegnate dall'Avvocato generale, Giuseppe Tesaurò, nella causa C-300/95, cit., ECLI:EU:C:1997:35, sul rilievo che anche un'opinione isolata, «come la storia della scienza insegna, potrebbe diventare, con il passare del tempo, *opinio communis*». V. anche C. PUGH e M. PILGERSTORFER, *The Development Risks Defence – Knowledge, Discoverability and Creative Leaps*, in *J. Pers. Inj. L.*, 2004, 258 ss., per i quali l'esimente non è applicabile quando vi sia la possibilità, anche remota, di scoprire il difetto.

³⁸ Così, J. STAPLETON, *Products Liability in the United Kingdom: The Myths of Reform*, in *34 Texas Int. L. Rev.*, 1999, 45 ss., la quale esprime perplessità sull'interpretazione data dalla Corte di Giustizia, in quanto anche l'ipotesi casuale avanzata da una persona priva di conoscenze scientifiche potrebbe precludere al produttore di avvalersi del «rischio da sviluppo».

³⁹ Nel senso, invece, che il produttore «non avrà alcuna difficoltà» ad avvalersi del rischio da sviluppo, «data la sovente mancanza di leggi scientifiche»: A. CIONI, *La corsa al vaccino contro il Covid-19*, cit., 2034.

⁴⁰ D. FAIRGRIEVE, P. FELTSCHREIBER, G. HOWELLS e M. PILGERSTORFER QC, *Products in a Pandemic*, cit., 594.

⁴¹ D. FAIRGRIEVE, P. FELTSCHREIBER, G. HOWELLS e M. PILGERSTORFER QC, *o.u.c.*, 595.

⁴² D. FAIRGRIEVE, *COVID-19 Vaccines*, cit., 3-4. Per contro, le corti inglesi sembrano riconoscere un'esimente da responsabilità quando l'illecito sia stato commesso per rispondere ad una situazione di emergenza. Nel caso *Robinson v Chief Constable of West Yorkshire* [2018] AC 736 (SC), la corte ha respinto la domanda risarcitoria di un passante, ferito durante l'arresto di uno spacciatore in una strada trafficata, sottolineando «the importance of not imposing unrealistically demanding standards of care on police officers acting in the course of their operational duties».

⁴³ Distingue opportunamente le due ipotesi: M. MILDRED, *Pharmaceutical Products: The Relationship Between Regulatory Approval and the Existence of a Defect*, in *Eur. Bus. L. Rev.*, 2007, 1267 ss., 1271, per il quale, mentre l'art. 7(d) della diret-

duttore è indicativa di un approccio basato sulla complementarità, e non equivalenza, tra la legislazione pubblicistica e la responsabilità civile. La prima, infatti, definisce soltanto standard minimi che la seconda può innalzare⁴⁴.

3. La manleva delle case farmaceutiche nei contratti d'acquisto negoziati dalla Commissione europea.

Da queste riflessioni emerge che, limitandoci al sistema della responsabilità del produttore delineato dalla direttiva 85/374/CEE, non si intravedono margini per esonerare le case farmaceutiche che hanno prodotto i vaccini. La rigidità del sistema normativo vigente è stata molto probabilmente alla base della decisione di inserire nei contratti di acquisto dei vaccini contro il Covid-19 specifiche clausole di manleva, che esentano i produttori da responsabilità trasferendola in capo agli stati europei acquirenti.

Come è noto, i contratti di acquisto in Europa sono stati negoziati dalla Commissione europea per conto di tutti gli stati membri, nella convinzione che ciò potesse evitare una corsa all'accaparramento e sopperire alle debolezze insite in negoziazioni condotte a livello individuale con le grandi industrie farmaceutiche. Nonostante questi contratti contenessero clausole di riservatezza, grazie all'insistenza di alcuni parlamentari europei e all'attività investigativa dei media, è stato possibile leggere parti del contratto stipulato con AstraZeneca e la versione integrale dei contratti conclusi con Pfizer/BioNTech e Moderna, disvelando, come era prevedibile, l'onere in capo agli stati acquirenti di

tiva opera quando il difetto «owe[s] its existence to a regulatory requirement», una «regulatory compliance defence» avrebbe «absolve[d] a defendant simply because the *ex hypothesi* defective product had obtained regulatory approval».

⁴⁴ F. CAFAGGI, *Product Safety, Private Standard Setting and Information Networks*, in *EUI Working Paper LAW no. 2008/17*, 2008, 12. Osserva Cass., 28 ottobre 2015, n. 43425, in *dejure.it*, che «le disposizioni che hanno dato attuazione alle Direttive macchine dell'Unione Europea, pur indicando le prescrizioni di sicurezza necessarie per ottenere il certificato di conformità e il marchio CE richiesti per immettere il prodotto nel mercato, non escludono ulteriori profili in cui si possa sostanziare il complessivo dovere di garanzia di coloro che pongono in uso il macchinario nei confronti dei lavoratori [...], non potendo costituire motivo di esonero della responsabilità del costruttore quello di aver ottenuto la certificazione e di aver rispettato le prescrizioni a tal fine necessarie». V. altresì Cass., 15 febbraio 2018, n. 3692, con nota di R. MONTINARO, *Difetto del prodotto, norme tecniche ed informazione sui rischi di danno alla salute*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 277 ss., dove la conformità con le norme tecniche non è valsa ad esonerare da responsabilità il produttore di fazzolettini contenenti alte percentuali di nichel, che avevano cagionato una reazione allergica nel consumatore.

manlevare i produttori da tutte le responsabilità connesse alla somministrazione dei vaccini, per danni patrimoniali e non, anche per colpa grave⁴⁵. Il singolo non viene privato del diritto di citare il produttore per il risarcimento – e non potrebbe essere altrimenti visto che il contratto concluso con la Commissione europea non ha effetti verso terzi – ma, ove mai il produttore dovesse essere condannato, lo stato acquirente si obbliga a manlearlo⁴⁶. Da un punto di vista prettamente economico, l'onere risarcitorio verrebbe trasferito tra parti parimenti «deep-pocketed»: dalle case farmaceutiche alle casse pubbliche.

Queste clausole di manleva potrebbero apparire come una manovra difensiva delle case farmaceutiche nei confronti di una possibile valanga di azioni risarcitorie, come una volontà della Commissione di tutelare i loro ingenti profitti, come un duro colpo all'efficacia deterrente della responsabilità, se non addirittura essere interpretate come un'ammissione della scarsa sicurezza dei vaccini. In un'epoca in cui l'efficacia dei vaccini è sovente messa in dubbio, potrebbe dirsi che, se i produttori hanno preteso un'esenzione di responsabilità, è perché erano restii a difendere la sicurezza dei vaccini ad ogni costo. È verosimile che la Commissione, per conto degli stati membri, le abbia accettate nella convinzione rassicurante che difficilmente le azioni intentate dai danneggiati dal vaccino avrebbero potuto trovare accoglimento nelle corti nazionali, rendendo così trascurabile il possibile onere a carico delle finanze pubbliche⁴⁷.

È stato anche denunciato che i paesi a basso-medio reddito, che non hanno le risorse per sostenere il peso economico della manleva, sono stati posti di fronte alla spiacevole alternativa di rifiutare di concedere l'esimente ai produttori, rinunciando, conseguentemente, al vaccino contro il Covid-19, oppure di esonerare i produttori, rischiando però di

⁴⁵ Le varie tappe e i contenuti della negoziazione con le case produttrici dei vaccini sono esaminate nel dettaglio da E. RAJNERI, *Il vaccino anti Covid-19*, cit., 505 ss.

⁴⁶ In tal senso anche la risposta data dalla Commissione all'interrogazione parlamentare E-006615/2020(ASW): «In line with EU product liability rules, liability remains with the company. However, in order to compensate for potential risks taken by manufacturers due to the unusually shorter timespan for vaccines development, the agreements provide for Member States to indemnify the manufacturer for possible liabilities incurred only under specific conditions set out in the agreements».

⁴⁷ J.-S. BORGHETTI ET AL., *Procurement of Covid-19 Vaccines: Why Were Legal Liabilities Transferred to the Public Sector?*, in *InDret*, 2021, 364 ss., 365-366. Osservano che questa tattica della Commissione e, per il suo tramite, degli stati membri, è discutibile sul piano etico e dell'asserita solidarietà con i cittadini europei: K. WATTS e T. POPA, *Injecting Fairness into COVID-19 Vaccine Injury Compensation: No-Fault Solutions*, cit., 29.

trovarsi con un grosso numero di danneggiati, che non potrebbero poi essere risarciti dallo stato⁴⁸.

Queste obiezioni non sono del tutto convincenti. Le clausole di manleva sembrano giustificabili se si considera che, a fronte di un'emergenza sanitaria globale senza precedenti, i produttori hanno subito pressioni per la creazione di vaccini ragionevolmente sicuri in tempi record, senza la possibilità di valutare con precisione i danni, soprattutto quelli che potrebbero manifestarsi nel lungo periodo. Atteso che lo sviluppo del vaccino contro il Covid-19 è stato da tutti auspicato in tempi di gran lunga inferiori rispetto a quelli ordinariamente richiesti, sarebbe ingiusto porre tutte le possibili conseguenze avverse a carico dell'industria farmaceutica⁴⁹. Vero è che astrattamente, come si è detto, il produttore potrebbe assicurarsi e traslare il premio nel prezzo di vendita, ma nell'attuale contesto le compagnie assicurative potrebbero rifiutarsi di assicurare i produttori contro i rischi insiti in vaccini, come quelli contro il Covid-19, che sfruttano nuove tecnologie, rispetto ai quali non esistono dati statistici storici in grado di fornire una stima ragionevole dei danni e delle somme corrisposte per risarcirli.

Sotto altro punto di vista, la validità di siffatte clausole non potrebbe essere messa in discussione per l'eventuale abuso di posizione dominante di «big pharma», che sfrutterebbe le difficoltà degli stati nel procurarsi una risorsa scarsa ed essenziale come il vaccino, in quanto gli stati stessi avrebbero strumenti per contrastare la forza contrattuale delle case farmaceutiche attraverso, ad esempio, licenze obbligatorie che mitigherebbero i diritti di esclusiva brevettuale oppure prezzi imposti autoritativamente⁵⁰.

Quanto all'accesso al vaccino nei paesi in via di sviluppo, va ricordato che l'Organizzazione mondiale della sanità ha lanciato il programma «Covax», che comprende un sistema di indennizzo per i cittadini di 92 nazioni a basso e medio reddito⁵¹. In tal modo, il danneggiato dal vaccino contro il Covid-19, proveniente da un paese in via di sviluppo, può ottenere un indennizzo – commisurato alla gravità del danno ma anche al PIL del paese di cittadi-

nanza – senza la necessità di dover provare il difetto intrinseco, il nesso eziologico o la colpa del produttore⁵².

4. Criticità del modello della responsabilità civile nella gestione dei danni da vaccino.

Si è visto che gli accordi negoziati dalla Commissione europea rimettono agli stati membri la questione del risarcimento, senza tuttavia precisare se questo debba essere soggetto alle ordinarie regole della responsabilità civile, in specie del produttore, ovvero a regole diverse, come ad esempio un fondo *ad hoc*, che potrebbe essere costituito attraverso i contributi versati dalle case farmaceutiche in cambio delle clausole di manleva.

Non è detto che la responsabilità civile sia il modello migliore per affrontare i danni da vaccino. L'analisi economica del diritto insegna che il vantaggio della responsabilità civile è che genera costi soltanto quando un'azione giudiziale sia intentata; per contro, una disciplina di tipo esclusivamente amministrativo, operando *ex ante* e indipendentemente da pregiudizi concreti, sarebbe di per sé produttiva di costi, legati, ad esempio, al monitoraggio degli operatori⁵³. Inoltre, la responsabilità potrebbe fornire incentivi ai potenziali danneggiati ad investire in ricerca e sviluppo, facendo progredire lo stato dell'arte nel tentativo di scoprire più rischi di quelli che siano attualmente noti⁵⁴.

Ma questi apparenti vantaggi sono neutralizzati da rilevanti criticità insite nel sistema della responsabilità del produttore, idoneo a generare un contenzioso lungo e complesso, che paralizza l'accesso alla giustizia per le vittime dei vaccini. Nel caso di vaccinazioni di massa, come quella contro il Covid-19, si rischierebbe di ingolfare la macchina della giustizia in un mare di azioni, molte delle quali probabilmente infondate, compromettendo l'esigenza di risarcire con urgenza chi abbia effettivamente riportato un effetto avverso.

Chi si avventura nei meandri della giustizia civile rischia di dover affrontare cause che durano anni e che richiedono sforzi economici ingenti. In un caso deciso da una corte federale australiana, *Gill v Ethicon*⁵⁵, tre donne, che avevano subito il trapianto di dispositivi medici difettosi per il trattamento del

⁴⁸ S. HALABI ET AL., *No-Fault Compensation for Vaccine Injury – The Other Side of Equitable Access to Covid-19 Vaccines*, in *New Engl. J. Med.*, Dec. 3rd 2020, e125(1) ss., e125(2).

⁴⁹ V.L. RAPOSO, *Pigs Don't Fly and You Cannot Expect Absolutely Safe COVID-19 Vaccines*, cit., 176. Vi è anche chi differenzia la posizione dei produttori di vaccini e medicinali in senso ampio, perché soltanto i secondi avrebbero avuto la possibilità di sperimentare i farmaci che commercializzano per decenni: I. TUCAK, *Legal and Ethical Justification of Compensation Regarding Compulsory Vaccination Injuries*, in 15(2) *Facta Universitatis*, Series Law and Politics, 2017, 145 ss., 150.

⁵⁰ E. RAJNERI, *Il vaccino anti Covid-19*, cit., 507.

⁵¹ www.who.int/initiatives/act-accelerator/covax.

⁵² Tra gli scopi dichiarati del programma Covax, vi sarebbe quello di «significantly reduce the need for recourse to the law courts, a potentially lengthy and costly process».

⁵³ S.M. SHAVELL, *Liability for Harm versus Regulation of Safety*, in *J. Leg. Stud.*, 1984, 357 ss.

⁵⁴ M. FAURE, L. VISSCHER e F. WEBER, *Liability for Unknown Risks – A Law and Economics Perspective*, in 7(2) *J. Eur. Tort L.*, 2016, 198 ss., 206.

⁵⁵ [2019] Federal Court of Australia (FCA) 1905.



prolasso pelvico, hanno ottenuto giustizia soltanto dopo 13 anni e una sentenza lunga 1.500 pagine. Talvolta i giudizi si concludono sí rapidamente, ma con accordi transattivi il cui contenuto rimane sconosciuto alle altre vittime. Un caso irlandese illustra bene questo punto critico⁵⁶. Nel 2019, una giovane donna, che aveva sviluppato una grave forma di narcolessia dopo aver assunto il vaccino antinfluenzale «Pandemrix», citò lo stato irlandese e il produttore per danni, benché, come spesso accade, lo stato avesse concesso una manleva al produttore. Alla fine dell'anno, si giunse ad un accordo stragiudiziale in cui lo stato, senza ammettere responsabilità alcuna, riconobbe alla vittima una somma il cui importo non è dato sapere, lasciando le altre vittime in uno stato di incertezza sull'accesso – ove mai questo avvenga – ad un indennizzo per il danno subito.

Non si trascuri, poi, che chi agisce in responsabilità deve provare, tra l'altro, il nesso causale, dovendo assolvere un onere che il piú delle volte è problematico, soprattutto quando si tratta di vaccini nuovi, somministrati con priorità a soggetti anziani o con patologie pregresse, che non farebbero escludere un'eziologia diversa⁵⁷. Ed infatti, le autorità di vigilanza non sono sempre state in grado di affermare il nesso causale tra la somministrazione dei vaccini e determinate reazioni avverse.

Si dice spesso che la causalità deve essere ricostruita sulla base di leggi scientifiche, anche se dotate di un grado di condivisione non unanime ma ampio, pena l'arbitrarietà della valutazione⁵⁸. Eppure, la giurisprudenza francese, in alcuni casi di danno da vaccino contro l'epatite B, non ha esitato, sotto la forte pressione dell'opinione pubblica, ad eludere l'incertezza nella comunità scientifica di riferimento accettando argomenti pseudo-scientifici, come la prossimità temporale tra la somministrazione del vaccino e la comparsa dei sintomi avversi⁵⁹. Tuttavia, il fatto che i primi sintomi siano comparsi

a distanza di poco tempo dal vaccino può essere assunto a prova della causalità soltanto se implicitamente si ammette che il vaccino causi una determinata patologia e che questa si manifesti a breve distanza dalla somministrazione. Senza questa dimostrazione preliminare, la mera prossimità temporale non avrebbe alcuna rilevanza⁶⁰. Anzi, sarebbe possibile una spiegazione alternativa: data l'enorme platea di vaccinati contro il Covid-19, il numero di effetti avversi, pur comparsi in un breve lasso temporale, potrebbe essere perfettamente in linea con quanto affermato dalle statistiche in assenza di vaccinazione.

Perfino la Corte di Giustizia, nel caso *Sanofi*⁶¹, ha escluso che la mancanza di prova scientifica che un vaccino contro l'epatite B causasse gravi patologie impedisse di inferire il nesso causale da altre circostanze. Tra le prove circostanziali possono annoverarsi, oltre alla già discussa prossimità temporale, l'assenza di cause diverse dalla vaccinazione che possano spiegare la comparsa dell'effetto avverso. Si pensi ad una vittima che non abbia nella sua storia familiare casi di una determinata patologia. Affinché questo ragionamento sia valido, sarebbe, però, necessario identificare preliminarmente tutte le cause possibili di quella patologia, ma il problema è che per molte patologie – comprese quelle che sono state registrate in conseguenza della somministrazione del vaccino contro il Covid-19 – la scienza non è stata ancora in grado di costruire completamente l'eziologia⁶². In questi casi, non sarebbe possibile, se non con un certo grado di approssimazione, escludere cause alternative rispetto alla vaccinazione. Coerentemente, la pronuncia è stata molto criticata perché, anche se può apparire legittimo affermare l'autonomia del ragionamento giuridico in situazioni caratterizzate da incertezza scientifica o assenza di ricerca medica, ciò non dovrebbe tradursi in speculazione o arbitrarietà⁶³. Una prova causale esclusivamente indiziaria svuoterebbe il requisito della difettosità di qualsiasi significato, al punto che il successo o il fallimento dell'azione

⁵⁶ Il caso è analizzato da K. WATTS, *Managing Mass Damages Liability via Tort Law and Tort Alternatives, with Ireland as a Case Study*, in 11 *J. Eur. Tort L.*, 2020, 63 ss.

⁵⁷ D. FAIRGRIEVE ET AL., *COVID-19 Vaccines: In Favour of a Bespoke Compensation Scheme*, cit., 5.

⁵⁸ A. PURPURA, *Responsabilità del produttore per danno da vaccino e onere della prova*, cit., 836. Avverte C. CASTRONOVO, *Sentieri di responsabilità civile europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 787 ss., 821 s., che, al fine di evitare che il criterio probabilistico trasformi il libero convincimento del giudice in una scatola vuota, è fondamentale la sussunzione in leggi scientifiche, le quali, «seppure non possono sostituire l'esperto al giudice nel compito della decisione, non consentono tuttavia a quest'ultimo di ignorare le spiegazioni approntate dal primo».

⁵⁹ Conseil d'État, 9 marzo 2007, nn. 267635, 278665, 283067 e 285288, in *Act. jur. dr. adm.*, 2007, 861. Per un commento v. J.-S. BORGHETTI, *Litigation on Hepatitis B Vaccination and Demyelinating Diseases in France*, in M. MARTÍN-CASALS e D.M. PAPAYANNIS (a cura di), *Uncertain Causation in Tort Law*, Cambridge, 2015, 11 ss.

⁶⁰ Come notato opportunamente da G. CANSÉLIER, *De l'explication causale en droit de la responsabilité civile délictuelle*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2010, 41 ss. Ma v. anche J.-S. BORGHETTI, *Causation in Hepatitis B. Vaccination Litigation in France: Breaking Through Scientific Uncertainty?*, in 91(2) *Chicago-Kent L. Rev.*, 2016, 543 ss., 560.

⁶¹ Corte giust., 21 giugno 2017, *N. W and Others v Sanofi Pasteur MSD SNC and Others*, ECLI:EU:C:2017:484.

⁶² Cfr. E. RAJNERI, J.-S. BORGHETTI, D. FAIRGRIEVE e P. ROTT, *Remedies for Damage Caused by Vaccines: A Comparative Study of Four European Legal Systems*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 2018, 57 ss., 84.

⁶³ M. RIZZI, *A Dangerous Method: Correlations and Proof of Causation in Vaccine Related Injuries*, in 9(3) *J. Eur. Tort L.*, 2018, 289 ss., 290.

risarcitoria dipenderebbe soltanto dalle preferenze soggettive dei giudici⁶⁴.

Se si vuole rispondere alle difficoltà probatorie alleggerendo i relativi oneri, si avrebbe un'espansione della responsabilità civile che, tuttavia, non è sempre desiderabile. Un eccesso di responsabilità potrebbe indurre i produttori di vaccini ad astenersi dalla produzione (c.d. *overdeterrence*). Un'attività, quale la produzione dei vaccini, foriera di benefici per l'intera società, verrebbe interrotta o ridimensionata, quando, però, lo scopo della responsabilità civile dovrebbe essere non soltanto la deterrenza ma anche la promozione di esternalità positive⁶⁵. E non si tratta soltanto di declamazioni teoriche se si considera che, quando, negli Stati Uniti, tra il 1981 e il 1987, le azioni risarcitorie per responsabilità del produttore raggiunsero il numero di 800 all'anno, ci fu correlativamente un aumento vertiginoso del prezzo di molti vaccini (stimato in oltre il 6.000%), una fuga dei produttori dal mercato (soltanto un produttore non cessò l'attività), e una drastica riduzione dei consumi di vaccini e dei livelli di immunizzazione⁶⁶. Fu proprio l'esigenza di garantire la continuità e la varietà della somministrazione vaccinale ad indurre il Congresso americano ad adottare il Vaccine Injury Compensation Program (VICP), entrato in vigore nel 1988, che contribuì in maniera decisiva a sostenere i programmi di vaccinazione di massa attraverso uno schema di indennizzo oggettivo e alternativo al contenzioso giudiziale.

5. Giustizia ed efficienza degli schemi indennitari.

Attualmente, 11 dei 27 stati membri dell'Unione Europea hanno schemi di indennizzo per i danni da vaccino, alternativi alla responsabilità civile, che in inglese sono comunemente noti come «no-fault compensation schemes»⁶⁷. Altri paesi, come gli Stati Uniti⁶⁸, il Regno Unito⁶⁹, il Canada e la Nuova

Zelanda hanno esteso i programmi di indennizzo già in atto o adottato programmi *ad hoc* per rispondere all'emergenza sanitaria. In Italia, la legge 25 febbraio 1992, n. 210 riconosce, a carico dello Stato, un indennizzo a «chiunque abbia riportato, a causa di vaccinazioni obbligatorie per legge o per ordinanza di una autorità sanitaria italiana, lesioni o infermità, dalle quali sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica» (art. 1, 1° co.). A seguito dell'intervento della Consulta, la tutela indennitaria è stata estesa alle vaccinazioni non obbligatorie ma raccomandate dalle autorità pubbliche⁷⁰.

Gli schemi indennitari di maggior successo sono quelli gestiti da una pubblica amministrazione (ad esempio, un'autorità di vigilanza) oppure da una compagnia assicurativa privata, con esperienza nel settore, sotto la supervisione pubblica (quest'ultimo è il modello seguito dal programma Covax). I modelli «amministrativi» appaiono preferibili rispetto agli schemi indennitari gestiti dalle corti di giustizia, in cui la vittima deve provare il fondamento della sua domanda nel contraddittorio, coinvolgendo giudici e avvocati. Il VICP americano, che opera come un tribunale, impiega in media 2-3 anni per raggiungere una decisione⁷¹. Per contro, un'autorità regolatoria pubblica potrebbe concentrare le funzioni di: approvare il vaccino, monitorare la sua distribuzione e la possibile comparsa di effetti avversi (curando raccolte di dati da mettere a disposizione dei produttori), riconoscere l'indennizzo alle eventuali vittime⁷². Ne risulterebbe un procedimento investigativo piuttosto che conflittuale, rapido, pro-consumer, efficiente ed economico, non essendo

(CICP). Osserva, al riguardo, P.H. MEYERS, *The Trump Administration's Flawed Decision on Coronavirus Vaccine Injury Compensation: Recommendations for Changes*, in *J. L. & Biosc.*, 2020, 7(1), Isaa082, che, rispetto al VICP, il CICP prevede risarcimenti più esigui, un tasso più alto di rigetto delle istanze e mancanza di trasparenza.

⁶⁹ Nel Regno Unito, il Vaccine Damage Payments Scheme (1979) è stato specificamente esteso ai vaccini contro il Covid-19. Sulle origini di questo schema, v. S. MACLEOD, *Vaccine Injury Compensation Schemes*, cit., 395.

⁷⁰ Corte cost., 23-26 febbraio 1998, n. 27, con nota di G. COMANDÉ, *Il diritto alla salute, la trilogia costituzionale ed i limiti di bilancio: ancora sulla legge n. 210 del 1992 e sulla sua rilevanza sistemica*, in *Danno resp.*, 1998, 429. Da ultimo, v. Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 268, in *Foro it.*, 2018, I, c. 748.

⁷¹ C. HODGES, *Covid-19 Vaccines: Injury Compensation Issues*, in *University of Oxford Legal Research Paper Series*, luglio 2020, 1 ss., 5.

⁷² K. WATTS e T. POPA, *Injecting Fairness into COVID-19 Vaccine Injury Compensation: No-Fault Solutions*, cit., 32 ss. Anche la procedura istituita dalla legge n. 210/1992 è di natura amministrativa, essendo gestita dal Ministero della salute.

⁶⁴ M. RIZZI, *o.u.c.*, 299.

⁶⁵ Il pericolo di un eccesso di deterrenza insito in un'affermazione di responsabilità verso rischi sconosciuti è denunciato da M. FAURE, L. VISSCHER e F. WEBER, *Liability for Unknown Risks*, cit., 205.

⁶⁶ Come evidenziato da S. MACLEOD, *Vaccine Injury Compensation Schemes*, in EAD. e C. HODGES (a cura di), *Redress Schemes for Personal Injuries*, London, 2017, 394 s.

⁶⁷ Nel 2018, erano 25 i paesi nel mondo con schemi indennitari per danni da vaccino: v. R.G. MUNGWIRA ET AL., *Global Landscape Analysis of No-Fault Compensation Programmes for Vaccine Injuries: A Review and Survey of Implementing Countries*, in *PLoS One*, 21 maggio 2020, 15(5), e0233334.

⁶⁸ Negli Stati Uniti i danni da vaccino contro il Covid-19 non sono coperti dal Vaccine Injury Compensation Program (VICP) ma dal Countermeasures Injury Compensation Program



necessario farsi assistere da un legale⁷³. La struttura amministrativa è anche più flessibile, perché può essere facilmente modificata o adattata alle esigenze della società. A fronte di uno schema indennitario ben funzionante, non è escluso un rafforzamento della fiducia della popolazione nei vaccini, con conseguente incremento della somministrazione delle dosi e una maggiore rapidità nel ritorno alla normalità.

Il fondo potrebbe finanziarsi con il denaro dei contribuenti, che sono proprio i soggetti ad ottenere i benefici della vaccinazione di massa. Si potrebbe anche prevedere una tassa specifica, come quella prevista dal VICP americano, che impone una tassa di \$0,75 su ogni dose di vaccino, garantendo così un costante flusso di risorse nel fondo utilizzato per gli indennizzi. Altre risorse potrebbero provenire dai contributi delle assicurazioni sanitarie, che ricevono il vantaggio di non dover farsi direttamente carico degli indennizzi⁷⁴, o dalle case farmaceutiche medesime, benché sia difficile determinare esattamente la quota dovuta da ciascun produttore, tenuto conto che i produttori sono numerosi e i vaccini di diverso tipo⁷⁵. L'apertura ad un ventaglio eterogeneo di finanziamenti contribuirebbe a superare la possibile obiezione di un eccessivo gravame sulle tasche dei contribuenti; obiezione, peraltro, già messa in discussione da studi statistici che dimostrano come, rispetto alla responsabilità civile, gli schemi indennitari hanno costi di funzionamento inferiori, riconoscono indennizzi maggiori alle vittime e arrecano maggiori benefici sociali⁷⁶.

In ogni caso, ove ricorra una colpa del produttore del vaccino, non dovrebbe essere precluso il ricorso alla giustizia. Fermo restando il diritto

all'indennizzo secondo il modello non colposo dello schema indennitario, il produttore potrebbe essere ritenuto responsabile per sue negligenze in un ordinario giudizio risarcitorio. La tutela indennitaria e quella risarcitoria non sarebbero, quindi, escludenti, e il loro concorso potrebbe rafforzare la fiducia nei vaccini. La Cassazione, riconoscendo all'indennizzo una natura assistenziale, che trova fondamento nei doveri di solidarietà sociale verso chi riceve pregiudizio da attività lecite, lo ha reso del tutto indipendente dall'eventuale risarcimento, che invece trova fondamento nell'esigenza di riparare i danni sofferti da un illecito⁷⁷. Vi è da dire, però, che non sempre questa coesistenza è riconosciuta: ad esempio, nel programma «Covax», se la vittima accetta l'indennizzo, non può agire in un giudizio risarcitorio, ma tale conclusione è giustificabile se si considera che il programma si rivolge a nazioni a basso-medio reddito, i cui sistemi giudiziari non riuscirebbero a gestire le domande di risarcimento delle vittime dei vaccini in maniera efficiente⁷⁸.

L'accesso allo schema indennitario dovrebbe essere gratuito e, trattandosi di uno schema che rinvia il suo fondamento nella socializzazione del danno, il difetto e la causalità potrebbero più ragionevolmente presumersi, ad esempio, dal breve lasso di tempo trascorso dalla somministrazione del vaccino⁷⁹. Si potrebbe, cioè, pretendere un minor rigore nella ricostruzione del nesso causale rispetto ad un ordinario giudizio risarcitorio, stante la diversa funzione assoluta dall'indennizzo⁸⁰. Il *quantum*

⁷³ C. HODGES, *Covid-19 Vaccines: Injury Compensation Issues*, cit., 6.

⁷⁴ Un meccanismo eterogeneo di finanziamento è adottato, con successo, dagli schemi in vigore nei paesi scandinavi: v. M. URHO, *Compensation for Drug-Related Injuries*, in 4 *Eur. Rev. Priv. L.*, 2018, 467 ss.

⁷⁵ K. WATTS e T. POPA, *Injecting Fairness into COVID-19 Vaccine Injury Compensation: No-Fault Solutions*, cit., 32, i quali aggiungono che «predominantly private funding seems unrealistic in the urgent context of the COVID-19 pandemic and vaccination programme». Secondo C. HODGES, *Covid-19 Vaccines: Injury Compensation Issues*, cit., 7, a rafforzare l'idea di un finanziamento esclusivamente pubblico vi sarebbe anche il fatto che le case farmaceutiche metterebbero a disposizione i vaccini contro il Covid-19 ad un prezzo di costo.

⁷⁶ Si vedano gli studi citati in K. WATTS e T. POPA, *Injecting Fairness into COVID-19 Vaccine Injury Compensation: No-Fault Solutions*, cit., 27, nota 131. Cfr. anche K. WILSON e J. KEELAN, *The Case for a Vaccine Injury Compensation Program for Canada*, in 103(2) *Can. J. Pub. Health*, 2012, 122 ss., i quali evidenziano che il costo del programma negli Stati Uniti è stato inferiore rispetto alle aspettative, anzi sono stati anche registrati profitti dovuti al gettito proveniente dalla tassa sulle dosi.

⁷⁷ Cass., 21 ottobre 2000, n. 13923, in *Giur. it., Mass.*, 2000. Lo stesso vale in Francia per l'«Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM)»: J. BARBOT, I. PARIZOT e M. WINANCE, «No-Fault» *Compensation for Victims of Medical Injuries. Ten Years of Implementing the French Model*, in *Health Pol.*, 2014, 236 ss.

⁷⁸ K. WATTS e T. POPA, *Injecting Fairness into COVID-19 Vaccine Injury Compensation: No-Fault Solutions*, cit., 38.

⁷⁹ Sostengono la necessità di una prova presuntiva del nesso causale nell'ambito di uno schema indennitario, citando dati secondo cui nel Regno Unito il 65% delle richieste di indennizzo non è accolto proprio per mancanza di prova della causalità: D. FAIRGRIEVE ET AL., *COVID-19 Vaccines: In Favour of a Bespoke Compensation Scheme*, cit., 6.

⁸⁰ In tale direzione si muove il Trib. Treviso, Sez. lav., 24 maggio 2010, citato in A. CIONI, *La corsa al vaccino contro il Covid-19*, cit., 2032, nota 73: «il nesso di causalità deve essere ricercato secondo un criterio di ragionevole o sufficiente probabilità diverso da quello necessario per la tutela risarcitoria; pretendere la dimostrazione assoluta e rigorosa del nesso di causalità significherebbe rendere vana la funzione assistenziale e di solidarietà sociale propria della legge». Critico, invece, A. PARZIALE, *Danno da vaccinazione e incertezza del nesso causale: il ruolo della prova per presunzioni*, in 3 *Riv. it. med. leg.*, 2017, 1067 ss., il quale osserva che «non solo [...] la postulata attenuazione dell'onere probatorio nell'ambito della solidarietà sociale non trova riscontri normativi diretti; essa viene altresì contrapposta ad una concezione rigida e assolutistica del nesso

dell'indennizzo dovrebbe essere pressoché equivalente a quanto si otterrebbe a titolo di risarcimento, così da disincentivare le vittime dall'agire in giudizi lunghi e dispendiosi. Dovrebbe coprire non soltanto i costi per il trattamento immediato ma anche gli eventuali danni lungolatenti. La ragione di un indennizzo adeguato è anche di giustizia sociale distributiva: se chi si vaccina lo fa per il beneficio proprio ma anche dell'intera collettività⁸¹, non sarebbe etico attribuirgli un indennizzo ridimensionato, se non irrisorio, ove dovesse poi subire un effetto avverso. La società dovrebbe, quindi, restituire quanto ricevuto ove mai uno dei suoi cittadini sofferisse un danno nello svolgimento di un'attività fortemente incoraggiata dalla società stessa in quanto foriera di esternalità positive⁸². Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha recentemente riconosciuto le ragioni di solidarietà sociale sottese alla previsione di un indennizzo adeguato per i danni da vaccino⁸³. Sì che, la soluzione inglese di assegnare una somma forfettaria di £120.000 non appare affatto condivisibile.

A fronte di una vaccinazione di massa quale quella contro il Covid-19, il modello degli schemi indennitari appare più efficiente ed economico rispetto a quello della responsabilità civile amministrato dai tribunali. Lo schema indennitario consente di evitare di intasare la macchina della giustizia di cause complesse e interminabili, riducendo gli elevati costi del contenzioso, rappresentati principalmente dai compensi per legali e consulenti⁸⁴. Il "prezzo" dell'indennizzo verrebbe immediatamente attribuito ai vaccinati, piuttosto che essere speso nel giudizio. Questi vantaggi sono particolarmente ap-

di causa nella responsabilità civile ormai da tempo abbandonata a favore di un impianto di tipo probabilistico».

⁸¹ Evidenziano Q.C. XUE e L.L. OUELLETTE, *Innovation Policy and the Market for Vaccines*, in *J. L. & Biosc.*, 2020, 7(1), lsa026, che la somministrazione dei vaccini porta ad un beneficio sociale aggregato di gran lunga superiore rispetto alla somma dei benefici individuali.

⁸² D. FAIRGRIEVE ET AL., *COVID-19 Vaccines: In Favour of a Bespoke Compensation Scheme*, cit., 3. V. anche R.R. FADEN ET AL., *Consent and Compensation: A Social Compact for Smallpox Vaccine Policy in the Event of an Attack*, in *36(12) Clin. Inf. Dis.*, 2003, 1547 ss., 1550, che efficacemente osservano che i costi degli incidenti da vaccino non dovrebbero essere posti a carico esclusivamente dei «losers in the vaccine lottery».

⁸³ Corte eur. dir. uomo, 8 aprile 2021, *Vavříčka and Others v the Czech Republic*, in <https://hudoc.echr.coe.int/>, § 126, dove si legge che «under the principle of solidarity, which itself was the basis for making vaccination compulsory, the State ordering such a measure [la vaccinazione obbligatoria] for the benefit of everyone must be required to pay compensation to those who experienced harmful side-effects».

⁸⁴ Sottolineano il minore impatto degli schemi indennitari sulla spesa sanitaria pubblica: T. VANDERSTEEGEN, W. MARNEFFE, I. CLEEMPUT e L. VEREECK, *The Impact of No-Fault Compensation on Health Care Expenditures: An Empirical Study of OECD Countries*, in *119(3) Health Policy*, 2015, 367 ss.

prezzabili nel contesto italiano. La fornitura regolare dei vaccini verrebbe preservata, fornendo uno scudo ai produttori contro le possibili richieste risarcitorie dei vaccinati. Si è visto, infatti, che proprio la miriade di azioni intentate contro le case farmaceutiche negli anni '80 indusse il legislatore americano ad implementare il Vaccine Injury Compensation Program, salvaguardando la catena di somministrazione.

Al contempo, promettendo un sistema efficiente di ristoro del danno sofferto, attraverso la previsione di indennizzi equi (di importo corrispondente al risarcimento) e conseguibili in tempi celeri, si perseguirebbe l'obiettivo sociale di promuovere la vaccinazione contro il Covid-19. È noto che il successo di una campagna vaccinale di massa può dipendere anche dalla previsione di uno schema indennitario. Tra le ragioni dell'insuccesso del programma di vaccinazione contro il vaiolo, lanciato nel 2003 dall'amministrazione Bush per prevenire il rischio di bioterrorismo a seguito degli attentati delle torri gemelle, fu determinante l'assenza di un meccanismo di indennizzo⁸⁵. Gli schemi indennitari, invece, rafforzano la fiducia dei vaccinati, contrastano la loro riluttanza, e sono idonei a portare ad un aumento del numero di somministrazioni. Se gli individui sanno che verranno sostenuti economicamente per l'ipotesi in cui il vaccino procuri loro una patologia, sono anche più inclini a sottoporsi alla vaccinazione e a dare un contributo al raggiungimento di elevati livelli di immunizzazione⁸⁶. Quanto più i cittadini ripongono la loro fiducia nei programmi di vaccinazione, e nei relativi sistemi di indennizzo, tanto più il Covid-19 verrà debellato dalle nostre esistenze, rimanendo un lontano ricordo.

⁸⁵ I. TUCAK, *Legal and Ethical Justification of Compensation Regarding Compulsory Vaccination Injuries*, cit., 150.

⁸⁶ A. HEPPINSTALL, *COVID-19, Vaccines, Brexit and Vaccine Damage Claims*, in *4 Eur. Ph. L. Rev.*, 2020, 104 ss., 106.



RAPPRESENTANZA DEGLI INTERESSATI, DIRITTI INDIVIDUALI E *GROUP DATA PROTECTION*.

674 Di Marina Federico

Rappresentanza degli interessati, diritti individuali e group data protection
(Marina Federico)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 1.1 Big data, protezione dei dati personali e tutela collettiva. – 2. Il caso *Meta Platforms* e il consenso al trattamento dei dati personali su Facebook: “giochi o non giochi?” – 2.1 La pronuncia della Corte di Giustizia. – 3. L’articolo 80 del GDPR: una base giuridica per la tutela collettiva nel campo della protezione dei dati personali? – 4. Una proposta: la *group data protection*. – 5. La via europea per la tutela collettiva. – 6. Un sistema integrato di tutele, tra diritto dei consumatori e diritto alla protezione dei dati personali. – 7. La tutela risarcitoria. – 8. I ricorsi collettivi per la protezione dei dati personali, in Italia. – 9. Qualche spunto di riflessione.

ABSTRACT. La recente pronuncia della Corte di Giustizia dell’Unione europea nel caso *Meta Platforms v. the German Federal Union of Consumers Organisations and Associations* offre l’occasione di riflettere in merito alle potenzialità della tutela collettiva nel campo della protezione dei dati personali. A tal proposito, non ci si può esimere dal prendere in considerazione le interazioni del diritto alla protezione dei dati con la normativa consumeristica. In particolare, il saggio fa riferimento alla direttiva (UE) 2020/1828 sulle azioni rappresentative europee a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, alla sua relazione con l’art. 80 del GDPR (dedicato alla “Rappresentanza degli interessati”) e introduce il concetto di “*group data protection*”, ad indicare la dimensione collettiva del diritto alla tutela dei dati personali. Infine, vengono formulate alcune ipotesi per quanto riguarda il possibile utilizzo dei procedimenti collettivi nella materia dei dati personali nell’ordinamento italiano.

The recent ruling of the European Court of Justice in the case *Meta Platforms v. the German Federal Union of Consumers Organisations and Associations* acts as a starting point for some reflections upon the potential of aggregate litigation in data protection law. To be truly effective, a private enforcement system of data protection law must take into account its interactions with consumer law. Therefore, the essay evaluates the potential of the newly adopted Dir. (EU) 2020/1828 on representative actions for the protection of the collective interests of consumers, its relationship with article 80 GDPR, and introduces the concept of “*group data protection*”. To conclude, the paper articulates some considerations regarding group actions and data protection in the Italian legal system.



1. Introduzione.

“Nell’economia moderna, caratterizzata dalla crescita dell’economia digitale, il trattamento dei dati personali può ledere le persone non solo nella loro veste di persone fisiche beneficiarie dei diritti conferiti dal regolamento (UE) 2016/679, ma anche nella loro veste di consumatori¹”.

Così esordisce l’avvocato generale della Corte di Giustizia dell’Unione Europea (CGUE), Jean Richard de la Tour, nelle conclusioni presentate nella causa C-319/20, caso Facebook Ireland Limited (adesso Meta Platforms Ireland) contro l’Unione federale delle organizzazioni e associazioni dei consumatori (d’ora in avanti semplicemente: Unione federale)². Ed infatti, l’inscindibile legame tra diritto dei consumatori e protezione dei dati personali emerge chiaramente dalla pronuncia con cui la terza sezione della Corte, il 28 aprile 2022, si è espressa sulla questione pregiudiziale deferita dalla Corte di giustizia federale tedesca (*Bundesgerichtshof*). Il giudice del rinvio ha posto alla Corte di Lussemburgo il seguente quesito: se la normativa nazionale che conferisce ad imprese e/o associazioni ed enti la legittimazione a proporre un’inibitoria avverso una violazione del diritto alla protezione dei dati personali mediante gli strumenti del diritto *antitrust*, facendo valere il divieto di pratiche commerciali sleali, indipendentemente dalla prova di un danno subito e dal fatto che il ricorrente abbia ricevuto un mandato dagli *interessati*³, sia compatibile con l’art. 80, paragrafi 1 e 2, del regolamento europeo 2016/679 (noto come *General Data Protection Regulation*, d’ora in avanti: GDPR⁴).

In questo breve scritto, dunque, ci si propone non soltanto di ripercorrere le tappe della vicenda giurisprudenziale, che appare di estremo interesse, ma soprattutto di soffermarsi sul rapporto tra diritto dei consumatori e protezione dei dati personali⁵

¹ Opinione dell’Avvocato Generale della Corte di Giustizia dell’Unione europea, 02.12.2021, nella causa C-319/20, *Meta Platforms Ireland Ltd. c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.*, punto 1.

² Corte di Giustizia dell’Unione europea, 28.04.2022, causa C-319/20, *Meta Platforms Ireland Ltd. c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (Unione Federale delle organizzazioni e associazioni dei consumatori)*.

³ Gli interessati sono le persone fisiche cui i dati personali si riferiscono (art. 4, § 1, n. 1, reg. UE 2016/679).

⁴ Sul GDPR e lo stato dell’arte della normativa per la protezione dei dati personali nel nostro ordinamento, da ultimo, ci si limita a richiamare R. D’ORAZIO, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO e G. RESTA (a cura di), *Codice della Privacy e Data Protection*, con la collaborazione di G. De Gregorio, Milano, 2021.

⁵ Sul rapporto tra diritto dei consumi e protezione dei dati personali, tra i molti, si rimanda a C. CAMARDI, *Contratti digitali e*

(quelle informazioni “riguardanti una persona fisica, identificata o identificabile”)⁶. A tal fine, non potrà non tenersi conto anche dei più recenti provvedimenti legislativi europei, adottati nell’ambito del *New Deal for Consumers*⁷.

mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista, in *Juscivile*, 2021, 870 ss.; M. GROCHOWSKI, *European Consumer Law After the New Deal: a Tryptich*, in *Yearbook of European Law*, 2020, 387 ss., in part. 399 ss.; N. HELBERGER, F. ZUIDERVEEN BORGESIU e A. REYNA, *The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship between EU Consumer Law and Data Protection Law*, in *Comm. Mar. Law Rev.*, 2017, 1427 ss. In questo periodo, inoltre, pende di fronte alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale sollevata dal tribunale superiore del land di Düsseldorf nel caso *Bundeskartellamt (Autorità Federale Garante della Concorrenza) c. Facebook*, causa C-252/21. Il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte di pronunciarsi sul rapporto tra le competenze delle diverse Autorità Indipendenti incaricate dell’*enforcement* del diritto dei consumatori, della concorrenza e della protezione dei dati personali. La vicenda è un’ulteriore dimostrazione, se ve ne fosse bisogno, della complessità dei rapporti tra le Autorità preposte a tutela dei mercati, le cui competenze, spesso, si sovrappongono. Sul punto, C. OSTI e R. PARDOLESI, *L’antitrust ai tempi di Facebook*, in *Merc., conc., reg.*, 2019, 195 ss. e le considerazioni di A. GIANNACCARI, *Facebook, tra privacy e antitrust: una storia (non solamente) americana*, in *ivi*, 286 ss.

⁶ Art. 4, § 1, n. 1, reg. UE 2016/679.

⁷ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e al Comitato Economico e Sociale Europeo, Un “*New Deal*” per i consumatori, (COM(2018)183). Il *New Deal* è composto da alcuni atti normativi, vale a dire la direttiva 2020/1828/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2020 relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE (dir. UE 2020/1828) su cui ci si soffermerà nel corso del presente lavoro, e la direttiva 2019/2161/UE del Parlamento europeo e del Consiglio (c.d. direttiva *omnibus*), che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell’Unione relative alla protezione dei consumatori (dir. UE 2019/2161). Non possono essere trascurate, seppur non propriamente parte del *New Deal package*, la direttiva 2019/770/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, e la direttiva 2019/771/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita dei beni, che modifica il regolamento 2017/2394/UE e la direttiva 2009/22/CE e che abroga la direttiva 1999/44/CE (dir. UE 770/2019 e dir. UE 771/2019). Le due direttive, infatti, contengono importanti novità per quanto riguarda l’armonizzazione del diritto europeo dei contratti digitali, e comprendono nel loro ambito di applicazione le c.d. *non monetary transactions*, cioè i casi in cui un consumatore usufruisce di un servizio digitale consentendo, in cambio, al fornitore di servizi, di trattare i propri dati personali. Sul *New Deal* e le sue ripercussioni nel diritto dei consumi in Italia, G. De CRISTOFARO, *Legislazione italiana e contratti dei consumatori nel 2022: l’anno della svolta. Verso un diritto “pubblico” dei (contratti dei) consumatori?*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2022, 1 ss.



1.1. *Big data*, protezione dei dati personali e tutela collettiva.

676

Nel contesto della *data driven economy*, il più delle volte, le violazioni della normativa sulla protezione dei dati personali hanno una portata collettiva, coinvolgono, cioè un vastissimo, e spesso indefinito, numero di individui⁸. Pertanto, un sistema rimediabile di tipo soltanto individualistico sembra sostanzialmente inadeguato a contrastare in modo efficace le condotte illecite dei c.d. giganti del *web*. Ne deriva l'esigenza di pensare ai rimedi privatistici⁹ anche su base collettiva, e in modo da coordinarsi e confrontarsi sia con la tutela offerta dalle Autorità Indipendenti, sia con l'approccio *basato sul rischio*, adottato dal legislatore europeo in materia di nuove tecnologie¹⁰.

La sentenza della Corte di Giustizia offre l'occasione di riflettere sul se e sul come la dimensione "collettiva" del diritto alla protezione dei dati personali si realizzi nel GDPR. Nel presente lavoro, ci si soffermerà anche sugli strumenti offerti dalla direttiva europea 2020/1828, relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, e sul loro possibile impiego per la tutela dei dati personali¹¹.

⁸ Sulla *data driven economy* e l'Industria 4.0, S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019; V. MAYER-SCHÖNBERGER e T. RAMGE, *Reinventare il capitalismo nell'era dei big data*, Milano, 2018; V. MAYER-SCHÖNBERGER e K. CUKIER, *Big data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, Milano, 2013. Sul rapporto tra *data driven economy* e diritto, J. COHEN, *Between truth and power. The legal constructions of informational capitalism*, Oxford, Oxford University Press, 2019; V. ZENO-ZENCOVICH e G. CODIGLIONE, *Ten legal perspectives on the "big data revolution"*, in *Conc. e mer.*, 2017, 29 ss.; T. ZARSKY, *Incompatible: The GDPR in the Age of Big Data*, in *Seton Hall Law Rev.*, 2017, 995 ss.

⁹ Sulla prospettiva dei rimedi, S. MAZZAMUTO, *La prospettiva dei rimedi in un sistema di Civil Law: il caso italiano*, in *Juscivile*, 2019, 720 ss.; G. VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, spec. 796 ss.; L. NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 583 ss.; S. MAZZAMUTO e A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012; D. MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 605 ss.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, III, 4ª ed., Milano, 2003.

¹⁰ Sul c.d. *risk-based approach*, nel diritto delle nuove tecnologie, R. GELLERT, *The risk-based approach to data protection*, Oxford, Oxford University Press, 2020; E. TOSI, *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno non patrimoniale. Oggettivazione del rischio e riemersione del danno morale con funzione deterrente-sanzionatoria alla luce dell'art. 82 GDPR*, Milano, 2019; A. MANTELERO, *Responsabilità e rischio nel Regolamento UE 2016/679*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2017, 144 ss.

¹¹ Gli Stati europei hanno tempo fino a dicembre 2022 per recepire la direttiva, e fino a giugno 2023 per applicarla. Sulla

Successivamente, ci si interrogherà sulle prospettive offerte dalla tutela collettiva nel nostro ordinamento, alla luce della recente riforma italiana dell'azione di classe. La legge n. 31 del 12 aprile 2019, infatti, novellando il codice di procedura civile, ha aggiunto al libro IV il nuovo titolo VIII *bis*, entrato in vigore nel maggio 2021, che estende l'azione di classe alle lesioni di diritti individuali omogenei, e permette di ricorrere all'azione inibitoria collettiva per la cessazione di condotte pregiudizievoli di una pluralità di persone fisiche o enti¹².

Sin d'ora, è bene precisare che l'espressione "tutela collettiva" verrà adoperata per indicare l'insieme di strumenti processuali preordinati alla protezione degli interessi giuridicamente rilevanti di una pluralità di individui¹³, tra cui spiccano soprat-

direttiva europea 2020/1828, G. SCARCHILLO, *Class action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*, 2ª ed., Torino, 2022, 159 ss.; B. GSELL, *The new European directive on representative actions for the protection of the collective interests of consumers – a huge, but blurry, step forward*, in *Comm. Mar. Law Rev.*, 2021, 1365 ss.; M. BONA, *Profili della tutela individuale dei consumatori e della riforma di quella collettiva – La Direttiva UE 1828/2020 sulla tutela rappresentativa dei consumatori*, in *Giur. it.*, 2021, 226 ss.; L. HORNKOHL, *Up and Downsides of the New EU Directive on Representative Actions for the Protection of the Collective Interests of Consumers – Comments on Key Aspects*, in *EuCML*, 2021, 189 ss.; G. PAILLI, *Unione europea e azione di classe: la grande assente*, in *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*, V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli e V. Varano (a cura di), Torino, 2020, 246 ss.; R. CAPONI, *Ultime dall'Europa sull'azione di classe (con sguardo finale sugli Stati Uniti e il Dieselgate)*, in *Il Foro It.*, 2019, cc. 332 ss.; A. BIARD, *Collective redress in the EU: a rainbow behind the clouds?*, in *ERA forum*, 2018, in part. 196 ss.

¹² Sulla riforma della *class action* con legge n. 31 del 2019, *ex multis*, si vedano: U. RUFFOLO (a cura di), *Class action ed azione collettiva inibitoria. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, Milano, 2021; C. CONSOLO, *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 714 ss.; E. MINERVINI, *La tutela collettiva dei consumatori e la l. 12 aprile 2019, n. 31*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2020, 346 ss.; B. SASSANI (a cura di), *Class action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, Pisa, 2019; A. CARRATTA (a cura di), *La class action riformata*, in *Giur. it.*, 2019, 2297 ss.; C. CONSOLO, *La terza edizione dell'azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina*, in *Corr. giur.*, 2019, 737 ss.; D. DALFINO, *Azione di classe e azione collettiva inibitoria: nuovo testo (art. 840 bis ss. c.p.c.) e nuove (ma non solo) questioni*, in *Il Foro It.*, 2019, 321 ss.; P. PARDOLESI e R. PARDOLESI, *La (azione di) classe non è acqua*, in *ivi*, 325 ss.; P. F. GIUGGIOLI, *L'azione di classe. Un nuovo procedimento collettivo*, Padova, 2019; A. GIUSSANI, *La riforma dell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 1572 ss.; P. G. MONATERI, *La riforma italiana della class action tra norme speciali processuali e ricostruzione della tutela civilistica*, in *Danno e resp.*, 2019, 312 ss.; R. PARDOLESI, *La classe in azione. Finalmente*, in *Danno e resp.*, 2019, 301 ss.; G. PONZANELLI, *La nuova class action. Commento a legge 12 aprile 2019 n. 31*, in *ivi*, 306 ss.

¹³ C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico*

tutto l'azione di classe e l'azione collettiva, inibitoria e risarcitoria¹⁴.

Con l'azione di classe, i diritti o, comunque, le situazioni giuridiche di vantaggio facenti capo ad una serie di soggetti, e dotate di un certo grado di omogeneità, sono azionate in giudizio da un solo individuo o da un ente adibito alla loro tutela. Il rappresentante è legittimato ad agire in proprio e per l'intera classe, che viene considerata, si potrebbe dire, come un'unica parte¹⁵.

Nelle azioni collettive, invece, un rappresentante, generalmente un ente, fa valere in giudizio un interesse, di carattere superindividuale, comune ad una pluralità di individui. Con l'azione collettiva risarcitoria un singolo (ente o persona fisica) agisce in qualità di rappresentante di una schiera di soggetti per ottenere il ristoro della lesione di un interesse comune¹⁶. Nell'azione collettiva inibitoria tale interesse si manifesta nella cessazione di atti e comportamenti che possono pregiudicare un gruppo¹⁷.

A livello europeo viene adoperata una terminologia differente. Nella direttiva 1828/2020/UE, infatti, le azioni con cui un'entità rappresentativa promuove gli interessi di una categoria di persone sono indicate con il termine: "azioni rappresentative"¹⁸. Sono queste le azioni di gruppo cui l'Europa guarda con favore, prendendo, invece, le distanze da modelli di *class action* "all'americana"¹⁹.

processuale, I, Torino, 12^a ed., 2019, 579 ss.; R. CAPONI, *Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1210.

¹⁴ F. CASAROSA, *Azioni collettive fra tutela dei dati personali e tutela dei consumatori: nuovi strumenti alla prova dei fatti*, in *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria*, P. Iamiceli (a cura di), Trento, 2020, 433 s.

¹⁵ C. CONSOLO, *op. ult. loc. cit.*

¹⁶ L'interesse comune la cui tutela si ricerca attraverso l'azione collettiva risarcitoria è stato definito, in termini di interesse collettivo: "un interesse, omogeneo, di una serie di individui, allo svolgimento di una determinata attività da parte di un altro soggetto" (G. COSTANTINO, *Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Atti del convegno di studio, Pavia, 11-12.06.1974, Padova, 1976, 232 s.).

¹⁷ I. PAGNI, *L'azione inibitoria collettiva*, in *La class action*, cit., A. Carratta (a cura di), 2332.

¹⁸ F. CASAROSA, *op. cit.*, 434. L'azione rappresentativa è definita da Remo Caponi come: "l'azione per la tutela di interessi collettivi di cui i titolari sono parti non in senso formale, cioè non partecipano al procedimento, né ne subiscono le conseguenze in termini di spese; bensì in senso sostanziale, cioè sono assoggettati agli effetti delle decisioni." (R. CAPONI, *Ultime dall'Europa*, cit., 332 ss.).

¹⁹ Risoluzione del Parlamento europeo "Verso un approccio coerente in materia di ricorsi collettivi", punto 2. In merito, G. PAILLI, *op. cit.*, 237 ss. e H. W. MICKLITZ, N. REICH e P. ROTT, *Understanding EU Consumer Law*, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2009, 361.

2. Il caso *Meta Platforms* e il consenso al trattamento dei dati personali su Facebook: "giochi o non giochi?"

Recentemente, l'Unione federale dei consumatori ha convenuto il colosso di Mark Zuckerberg di fronte al tribunale di Berlino proponendo un'azione inibitoria collettiva per ottenere la cessazione di condotte non conformi al GDPR, qualificate come pratiche commerciali sleali, sulla base della legge tedesca sulle azioni inibitorie e della legge sulla concorrenza²⁰.

Nello specifico, Meta, titolare del trattamento dei dati degli iscritti al *social network* Facebook²¹, è stata accusata di non aver fornito un'adeguata informativa sulle modalità con cui i dati degli utenti sono raccolti e forniti a terze parti, ai fini della formazione negli interessati di un valido *consenso al trattamento*²².

Difatti, nel momento in cui gli utenti di Facebook accedono all'area applicazioni (*App Center*), per usufruire dei giochi messi a disposizione devono prestare il consenso alla trasmissione dei propri dati personali ai fornitori del servizio digitale. Dopo aver selezionato il gioco, la piattaforma

²⁰ In particolare, l'Unione federale ha agito secondo l'art. 2, 2° co., n. 11, della legge relativa alle azioni inibitorie in caso di violazioni della normativa a tutela dei consumatori e di altre violazioni del 26 novembre 2001 (BGB1.2001 I, 3138) e secondo l'art. 3, 1° co., lett. a, della legge contro la concorrenza sleale del 3.07.2004 (BGB1.2004 I, 1414). Anche nella sentenza della CGUE, 29.07.2019, causa C-40/17, *Fashion ID v. Verbraucherzentrale NRW Ev*, la ricorrente, un'associazione a tutela dei consumatori, aveva agito con l'art. 2 della legge relativa alle azioni inibitorie, deducendo la sussistenza di una violazione della normativa per la protezione dei dati personali.

²¹ Secondo il GDPR, il titolare del trattamento è "la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento dei dati personali" (art. 4, § 1, n. 7, reg. UE 2016/679).

²² L'art. 6, reg. UE 2016/679 individua nel consenso dell'interessato una delle basi giuridiche per il trattamento dei dati personali. Tale consenso, secondo l'art. 4, § 1, n. 11 e l'art. 7, reg. UE 2016/679, deve essere "libero, specifico e informato e inequivocabile". Sul consenso al trattamento dei dati personali, si vedano le *Guidelines on consent under Regulation 2016/679* del 2018 del Gruppo di Lavoro "Articolo 29", disponibili su: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/623051/en>. In dottrina, si rinvia alle osservazioni di G. RESTA e V. ZENOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 411 ss.; F. PIRAINO, *Il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2017, in part. 377 ss. e S. THOBANI, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Eur. e dir. priv.*, 2016, 513 ss. Da ultimo, sul consenso al trattamento dei dati personali, e la sua dimensione (anche) negoziale, V. RICCIUTO, *L'equivoco della privacy. Persona vs dato personale*, Napoli, 2022; C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021.



presenta al consumatore un avvertimento piuttosto laconico: che quest'ultimo, cliccando sul pulsante: "gioca", acconsente ai termini d'uso predisposti dai fornitori dei servizi e li autorizza a ricevere informazioni relative a nome, immagine del profilo, lingua e lista degli amici.

678 Non solo. L'interessato viene informato che alcune applicazioni potranno pubblicare a suo nome vari contenuti, tra cui immagini e foto. I *providers* adoperano tali dati a fini commerciali, cedendoli a loro volta ad altri soggetti terzi, in un costante flusso di cui il consumatore solo vagamente è reso edotto; e lo stesso può dirsi per Facebook, che guadagna mettendo a disposizione degli operatori commerciali e fornitori di servizi²³ la propria "vetrina".

Nella *privacy policy*²⁴, accessibile da una sezione separata del sito *web*, Facebook avverte i suoi iscritti che i loro dati potrebbero essere ceduti a terzi, che li tratteranno in conformità delle loro condizioni e termini d'uso, per i quali il *social network* non si assume alcuna responsabilità. Tuttavia, l'informativa, così configurata, ad avviso dell'Unione federale dei consumatori, si dimostra insoddisfacente.

Intanto, il trattamento dei dati sarebbe più conforme agli *standard* di liceità, correttezza e trasparenza (art. 5 GDPR) se l'iscritto al *social* potesse visionare la *privacy policy* di Facebook nella sezione dedicata ai giochi, anziché doverla cercare in altre parti del sito. Peraltro, l'art. 13 GDPR prevede che i destinatari della trasmissione dei dati personali siano chiaramente indicati; al contrario, invece, la *privacy policy* di Facebook, nella parte in cui fa riferimento alla cessione di dati ai terzi, sembra formulata in modo eccessivamente generico. Inoltre, l'associazione ha rilevato in giudizio la mancanza di indicazioni specifiche sulle finalità del trattamento e sull'uso che le *app* possono fare dei dati degli interessati. In altre parole, l'utente non è messo in condizione di prestare un consenso chiaro, specifico, libero e informato: il consumatore, una volta immessi nella rete i propri dati, non ha più il *controllo* sulle informazioni personali che lo riguardano.

2.1. La pronuncia della Corte di Giustizia.

Come è stato anticipato, l'Unione federale dei consumatori ha accusato Facebook di aver posto in essere delle pratiche commerciali sleali, non informando adeguatamente i consumatori delle modalità

di trattamento dei loro dati personali. L'ente ha poi dedotto la nullità delle clausole che permettono ad alcuni giochi di pubblicare contenuti a nome dell'utente senza il suo espresso consenso²⁵. Soccombente in entrambi i gradi del giudizio di merito, Meta ha proposto ricorso alla Corte tedesca di ultima istanza, adducendo, in particolare, la carenza di legittimazione ad agire dell'associazione a tutela dei consumatori.

Secondo la normativa tedesca, infatti, alcuni enti sono dotati di legittimazione attiva *autonoma* che consente loro di proporre un'azione inibitoria collettiva per gli interessi dei consumatori, indipendentemente da un mandato. Tra le norme a tutela dei consumatori, il legislatore tedesco annovera anche: "le disposizioni che disciplinano la liceità del trattamento o dell'utilizzo dei dati personali di un consumatore raccolti da un imprenditore"²⁶. Proprio su questa base l'Unione federale ha richiesto la cessazione della condotta di Meta, lesiva del *diritto fondamentale* alla protezione dei dati personali²⁷ e contraria alla normativa sulle pratiche commerciali sleali e sulle clausole abusive. Tale azione è stata intentata senza che gli interessati avessero attribuito all'Unione federale un mandato, e senza che questi avessero dimostrato di aver subito un'effettiva lesione alla propria sfera giuridica.

Secondo l'interpretazione proposta da Meta, però, non è pacifico che i rimedi processuali consumeristici, quali l'azione collettiva inibitoria, possano essere adoperati per garantire il diritto alla protezione dei dati personali²⁸. Per di più, il fatto che l'inibitoria sia stata promossa senza alcuna prova del danno subito dagli interessati, a detta della ricorrente, violerebbe l'art. 80 del GDPR. Il tenore letterale dell'art. 80, par. 2, difatti, consente ad "un organismo, organizzazione o associazione", che rispetta le condizioni di cui al par. 1 (vale a dire: l'assenza di uno scopo di lucro, la regolare costitu-

²⁵ In quanto contrarie a buona fede, secondo il §.307 del BGB.

²⁶ Art. 2, legge tedesca sulle azioni inibitorie.

²⁷ Art. 8, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, c.d. Carta di Nizza ("Protezione dei dati di carattere personale"); Art. 8, Conv. eur. dir. uomo ("Diritto al rispetto della vita privata e familiare"). Sulla natura del diritto alla protezione dei dati personali (se di diritto fondamentale della persona, diritto patrimoniale, o diritto della personalità, dotato anche di contenuto patrimoniale) si rinvia, tra tutti, a V. RICCIUTO, *op. ult. cit.*; R. SENIGAGLIA, *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contr. e impr.*, 2020, 760 ss.; V. RICCIUTO, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 642 ss.

²⁸ CGUE, caso *Meta Platforms*, cit., punto 39. In particolare, il giudice del rinvio ha chiesto alla CGUE se, con l'entrata in vigore del GDPR, l'Unione Federale non avesse perduto la legittimazione ad agire in giudizio, che prima aveva secondo la dir. 95/46/CE per come interpretata dalla Corte europea nel caso *Fashion ID*, cit.

²³ I giochi *online*, infatti, stando al considerando 19, dir. 770/2019/UE, sembrano rientrare nella nozione di "servizio digitale" fornita all'art. 2, n. 2 della medesima direttiva.

²⁴ Art. 13, reg. UE 2016/679.



zione secondo il diritto di uno Stato membro, la presenza di obiettivi statuari di pubblico interesse e l'essere attivo nel campo della protezione dei dati personali), di presentare un ricorso giurisdizionale avverso il titolare del trattamento, anche senza mandato degli interessati, "qualora ritenga che i diritti di cui un interessato gode a norma del presente regolamento siano stati violati in seguito al trattamento"²⁹.

La Corte di Lussemburgo, pronunciandosi sulle questioni a lei deferite, ha chiarito che la normativa tedesca è compatibile con l'art. 80, per cui è sufficiente che il ricorrente ritenga che la condotta posta in essere dal titolare del trattamento sia idonea a provocare un danno agli interessati, poiché contraria al regolamento, per richiedere un'azione inibitoria. Non serve, quindi, la dimostrazione di aver subito un danno. Quanto sostenuto dai giudici europei è coerente con le caratteristiche della tutela inibitoria, la quale si caratterizza, infatti (ad eccezione di alcuni, specifici, casi) proprio per il mero pericolo di danno³⁰.

Ugualmente, la CGUE si è pronunciata a favore della valorizzazione dei rimedi consumeristici per garantire il rispetto del GDPR³¹. La stessa condotta illecita, difatti, può essere contraria sia al GDPR, sia alla normativa consumeristica³². Nella prospettiva di assicurare una maggiore *effettività*³³ del diritto alla protezione dei dati personali, la giudice relatrice incoraggia una virtuosa sinergia tra diritto dei con-

sumi e protezione dei dati³⁴, toccando, inoltre, un terreno, ad oggi, relativamente poco arato dall'Unione europea: quello del diritto processuale³⁵.

Una tutela a tutto campo, dunque, offerta dal diritto europeo al consumatore digitale, in nome del principio di effettività. Tuttavia, l'impiego degli strumenti di tutela collettiva per la protezione dei dati personali pone alcune questioni, che è opportuno evidenziare nel prosieguo.

3. L'articolo 80 del GDPR: una base giuridica per la tutela collettiva nel campo della protezione dei dati personali?

L'utilità di proteggere in forma collettiva il diritto alla protezione dei dati personali è stata prospettata da più parti³⁶, ma il tema è rimasto ancora relativamente inesplorato. Le ragioni sono molteplici.

³⁴ Assumendo una posizione differente da quella della Commissione europea che, in tempi recenti, aveva ribadito l'importanza di mantenere una netta distinzione tra diritto alla protezione dei dati personali e diritto *antitrust* (A. QUARTA e G. SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, Firenze, 2020, 155-157, con riferimento al caso M.8228, Facebook/Whatsapp, 18 maggio, 2017, 2017/C 286/06). Negli Stati Uniti, al contrario, la tutela della *privacy* si ricerca prevalentemente attraverso l'*enforcement* del diritto dei consumatori. Ciò avviene soprattutto attraverso l'opera dell'Agenzia per la protezione dei consumatori, la *Federal Trade Commission*. Si rinvia, tra tutti, a A. GIANNACCARI, *Facebook*, cit., 273 ss. e, nella letteratura straniera, a C. J. HOOFNAGLE, *The Federal Trade Commission's Inner Privacy Struggle*, in *The Cambridge Handbook of Consumer Privacy*, E. Selinger, J. Polonetsky, O. Tene (a cura di), 2018, 168 ss.; D. D. HIRSCH, *That's Unfair! Or is it? Big Data, Discrimination and the FTC's Unfairness Authority*, in *Kentucky L. J.*, 2015, 345 ss.; D. J. SOLOVE e W. HARTZOG, *The FTC and the new common law of privacy*, in *Columbia Law Rev.*, 2014, 583 ss.

³⁵ Sul c.d. diritto processuale europeo, F. GASCÓN INCHAUSTI e B. HESS (a cura di), *The Future of the European Law of Civil Procedure: Coordination or Harmonization?*, Cambridge, Intersentia, 2020, *passim*; P. BIAVATI, *Le categorie del processo civile alla luce del diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 1323 ss.; N. TROCKER, *Il diritto processuale europeo e le "tecniche" della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 361 ss.; P. BIAVATI, *Il futuro del diritto processuale di origine europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 859 ss. Un quadro generale si trova nel volume in M. TARUFFO e V. VARANO, *Manuale di diritto processuale civile europeo*, Torino, 2011, *passim*.

³⁶ G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Pol. dir.*, 2019, 236 ss.; C. IRTI, *op. cit.*, in part. 192 e 204 ss.; F. CASAROSA, *Azioni collettive*, cit., 437 ss.; M. F. DE TULLIO, *La privacy e i big data verso una dimensione costituzionale collettiva*, in *Pol. dir.*, 2016, 671; F. ROTT, *op. cit.*, 119. Riflette sulla possibilità di configurare un interesse collettivo "di gruppo" alla *privacy*, A. MANTELERO, *Personal data for decisional purposes in the age of analytics: from an individual to a collective dimension of data protection*, in *Comp. L. & Sec. Rev.*, 2016, 1 ss., *passim*, in part. 13 ss. e 25; ID., *From group privacy to col-*

²⁹ Il giudice tedesco, oltre ad aver posto alla CGUE la questione di compatibilità della normativa con l'art. 80, §2, GDPR, ha prospettato la presenza di profili di incompatibilità della legge tedesca anche rispetto all'art. 80, §1 e all'art. 84 (questi ultimi, però, immediatamente classificati dalla Corte di Lussemburgo come privi di rilevanza).

³⁰ A. DI MAJO, *La tutela*, cit., 155.

³¹ CGUE, caso *Meta Platforms*, cit., punto 66, 78, 79.

³² In merito, F. ROTT, *Data protection law as consumer law. How consumer organisations can contribute to the enforcement of data protection law*, in *EuCML*, 2017, 115 ss.

³³ Sul principio di effettività, G. VETTORI, voce: *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir., Ann.*, X, Milano, 2017, 381 ss. e P. PERLINGIERI, *Il "giusto rimedio" nel diritto civile*, in *Il giusto proc. civ.*, 2011, 1 ss. Da ultimo, G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020. Ancora sul principio di effettività nel diritto europeo, E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto private. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017; D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 907 ss.; H. W. MICKLITZ, *The ECJ between the individual citizen and the Member States – a plea for a judge-made European law on remedies*, in *EUI Working Papers, Law*, Fiesole, 2011. Con riferimento al diritto dei consumatori, H. W. MICKLITZ e G. SAUMIER (a cura di), *Enforcement and Effectiveness of Consumer Law*, Cham, Springer, 2018, *passim* e F. CAFAGGI e P. IAMICELI, *The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions*, in *Eur. rev. priv. law*, 2017, 575 ss.



Innanzitutto, all'indomani dell'emanazione del regolamento europeo per la protezione dei dati personali, si ignorava la portata dirompente che il trattamento di tali dati avrebbe assunto, con la diffusione e lo sviluppo delle tecniche di *big data analytics*³⁷. Nemmeno era possibile prevedere l'enorme successo del GDPR che, come noto, è considerato un modello virtuoso in tutto il mondo: il c.d. *Brussels effect*³⁸.

Pertanto, inizialmente, l'elaborazione dottrinale si è concentrata soprattutto sulle maggiori novità del regolamento rispetto alla direttiva 95/46/CE (c.d. direttiva madre), quali i diritti dell'interessato, dotati di una conformazione prettamente individualistica³⁹. Inoltre, l'*enforcement* della normativa è stato svolto quasi esclusivamente dalle Autorità Indipendenti dedicate alla protezione dei dati personali, nel nostro caso il Garante per la protezione dei dati personali, le cui prerogative sono risultate accresciute dal regolamento⁴⁰. Tale situazione si riscontra non soltanto in Italia, ma anche nel resto degli ordinamenti europei⁴¹; non a caso, un'autorevole dottrina ha definito il *private enforcement* in Europa: "un animale fantastico"⁴².

Eppure, il profilo dei rimedi e dei mezzi di ricorso giurisdizionali nel GDPR merita di essere analizzato con attenzione. Come è noto, l'Unione europea non ha competenza in materia di diritto processuale, se si escludono le misure di "cooperazione giudiziaria in materia civile", di cui all'art. 81 TFUE. Il principio di autonomia procedurale, formulato nel tempo dalla Corte di Giustizia, osta ad interventi in-

vasivi in una materia così legata alle tradizioni giuridiche nazionali, e in cui le esigenze di certezza del diritto sono particolarmente avvertite⁴³.

Ciononostante, è possibile notare che l'Unione, ricorrendo soprattutto ai principi di effettività (art. 47 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea ed art. 19, par. 1, TUE)⁴⁴ e dell'*effetto utile*⁴⁵, ha avuto modo di intervenire sempre di più anche in campo processuale, attraverso l'opera della Corte di Giustizia⁴⁶. La Carta dei Diritti Fondamentali, peraltro, assicura un elevato livello di protezione ai consumatori⁴⁷ che si sostanzia anche nella previsione di adeguati rimedi e strumenti di accesso alla giustizia; tanto che si è perfino parlato di un diritto processuale dei consumatori *in fieri*⁴⁸.

Il GDPR, dal canto suo, al Capo VIII, dedicato a: "Mezzi di ricorso, responsabilità e sanzioni", dedica alcune disposizioni ai rimedi giurisdizionali (in particolare, gli artt. 78 ss.)⁴⁹. Il legislatore europeo sancisce che gli interessati devono poter usufruire di mezzi di ricorso adatti a far valere i diritti loro conferiti dal regolamento, anche se non menziona espressamente i ricorsi collettivi⁵⁰. La CGUE, però,

lective privacy: towards a new dimension of privacy and data protection in the big data era, in *Group privacy. New challenges of data technologies*, L. Floridi, L. Taylor e B. Van der Sloot (a cura di), Dordrecht, Springer, 2017, in part. 179 ss.

³⁷ Si stima che entro il 2025 il volume dei dati arriverà a 163 Zettabyte. AGCM, AGCOM, Garante Privacy, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, 2020, 6, accessibile su: https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/IC_Big%20data_imp.pdf.

³⁸ A. BRADFORD, *The Brussels Effect*, in *Northwest. Univ. Law Rev.*, 2012, 22 ss.

³⁹ F. PIRAINO, *Il Regolamento*, cit., 378.

⁴⁰ M. REQUEJO ISIDRO, *Procedural Harmonisation and Private Enforcement in the GDPR*, in *The Future*, cit., F. Gascon Inchausti e B. Hess (a cura di), 194. Sull'Autorità Garante della Privacy in Italia, e sul sistema europeo delle Autorità di Controllo, A. P. GRIFFI, *L'indipendenza del Garante*, in *Innovazione tecnologica e valore della persona*, L. Califano e C. Colapietro (a cura di), Napoli, 2017, 267 ss.

⁴¹ F. CAFAGGI e H.W. MICKLITZ, *Administrative and Judicial Enforcement in Consumer Protection: The Way Forward*, in *EUI Working Papers*, Fiesole, 2008, in part. 2 ss.

⁴² R. PARDOLESI, *Il private enforcement del diritto antitrust: un animale fantastico e dove trovarlo*, in *Assetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell'Unione Europea*, Atti del VI Convegno Biennale Antitrust, Facoltà di Giurisprudenza, 6-8.04.2017, Trento, G. A. Benacchio e M. Carpanano (a cura di), Trento, 2018, 49 ss.

⁴³ F. CAFAGGI e H. W. MICKLITZ, *op. cit.*, 2. Il principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri è stato formulato per la prima volta dalla Corte di Giustizia nella causa C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG and Rewe-Zentral AG v. Landwirtschaftskammer für das Saarland*. I suoi connotati vennero ulteriormente tracciati dalla CGUE nella causa C-201/02 *The Queen, on the application of Delena Wells v. Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions* (S. LAW e J. T. NOWAK, *Procedural Harmonisation by the European Court of Justice, in The Future*, cit., F. Gascon Inchausti e B. Hess (a cura di), 32 s.) L'autonomia procedurale può essere definita come: "il principio per cui, in assenza di regole di diritto processuale europeo, le regole di diritto europeo sostanziale e i diritti che da esse derivano devono essere applicati nei sistemi giuridici tradizionali, attraverso i rimedi e gli strumenti processuali di diritto interno" (S. LAW e J. T. NOWAK, *op. cit.*, 31, trad. mia). Più ampiamente, sul principio di autonomia procedurale, si rinvia a S. LAW e J. T. NOWAK, *op. cit.*, in part. 19 ss.; B. DE WITTE e H. W. MICKLITZ (a cura di), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Cambridge, Intersentia, 2011.

⁴⁴ Nonché quello di leale cooperazione, sancito all'art. 4, §3, TUE (C. PERARO, *L'autonomia procedurale degli Stati membri alla prova della Carta dei diritti fondamentali*, in *Ann. AISDUE*, 2020, 34 s.).

⁴⁵ Su cui il lavoro monografico di I. INGRAVALLO, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione Europea*, Bari, 2017.

⁴⁶ N. TROCKER, *Il diritto processuale europeo*, cit., 3 ss.

⁴⁷ Art. 38, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ("Protezione dei consumatori").

⁴⁸ V. ZENOVICH e M. C. PAGLIETTI, *Diritto processuale dei consumatori*, Milano, 2009.

⁴⁹ Su cui M. REQUEJO ISIDRO, *op. cit.*, 180 ss.

⁵⁰ F. CASAROSA, *La tutela aggregata dei dati personali nel Regolamento 2016/679: una base per l'introduzione di rimedi collettivi?*, in *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, A. Mantelero e D. Poletti (a cura di), Pisa, 2018, 237.





nella recente pronuncia *Meta Platforms*, ed in un famoso precedente⁵¹, ha ritenuto che l'art. 80 GDPR, rubricato "Rappresentanza degli interessati"⁵², possa legittimare le azioni rappresentative di gruppo nel campo della *data protection*⁵³.

Tale norma ammette che l'interessato si faccia rappresentare in sede amministrativa e giurisdizionale da "un organismo, un'organizzazione, un'associazione senza scopo di lucro, debitamente costituiti secondo il diritto di uno Stato membro, i cui obiettivi statutari siano di pubblico interesse e che siano attivi nel settore della protezione dei diritti e delle libertà degli interessati con riguardo alla protezione dei dati personali".

Il legislatore europeo fa, dunque, riferimento soltanto ad alcuni enti, probabilmente per mantenere il "controllo" sui soggetti che possono promuovere un'azione rappresentativa e prevenire ricorsi pretestuosi che sovraccarichino la macchina processuale. I consumatori, altrimenti, potrebbero essere coinvolti in iniziative giudiziarie infondate, con il rischio di non poter poi più far valere in giudizio i propri diritti⁵⁴.

Per quanto riguarda la rappresentanza dell'interessato in sede giurisdizionale, al primo paragrafo dell'art. 80 è previsto che questi possa conferire mandato ai soggetti sopra indicati per proporre un ricorso avverso i provvedimenti dell'Autorità di controllo o nei confronti del titolare del trattamento, anche ai fini di esercitare il proprio diritto al risarcimento del danno, secondo quanto previsto al

successivo art. 82 (rubricato: "Diritto al risarcimento e responsabilità")⁵⁵.

Al secondo paragrafo, invece, come si è già accennato, è riconosciuta agli Stati europei la facoltà di permettere agli enti di agire, indipendentemente da un mandato, in sede amministrativa e giurisdizionale, per la tutela dei diritti dell'interessato, quando ritengano "che i diritti di cui l'interessato gode siano stati violati in seguito al trattamento"⁵⁶. In questo caso non è espressamente richiamata la possibilità di chiedere il risarcimento dell'eventuale danno subito⁵⁷.

Nella prima fattispecie, dunque, l'interessato attribuisce agli enti il potere di rappresentanza processuale, mediante un mandato⁵⁸. Si potrebbe trattare di una rappresentanza meramente processuale, in deroga alle regole generali del nostro ordinamento, per cui, normalmente, la legittimazione processuale, ex art. 77 c.p.c., non può essere disgiunta dalla rappresentanza sostanziale⁵⁹.

⁵⁵ Sul danno da illecito trattamento dei dati personali, C. CAMARDI, *Note critiche in tema di danno da illecito trattamento dei dati personali*, in *Juscivile*, 2020, 786 ss.; A. VIGLIANISI FERRARO, *Danno da illegittimo trattamento dei dati personali, tra "inasprimento sanzionatorio" europeo ed "interpretazioni restrittive" della giurisprudenza italiana*, in *Riv. dir. priv.*, 2020, 85 ss.; S. SERRAVALLE, *Il danno da trattamento dei dati personali nel GDPR*, Milano, 2020; M. GAMBINI, *Responsabilità e risarcimento nel trattamento dei dati personali, in I dati personali nel diritto europeo*, V. Cuffaro, R. D'Orazio e V. Ricciuto (a cura di), Torino, 2019, 1017 ss.; E. TOSI, *Responsabilità*, cit.; S. THOBANI, *Art. 82 del Regolamento Generale per la Protezione dei Dati Personali*, in *Delle persone*, cit., V. Barba e S. Pagliantini (a cura di), 1221 ss.; ID., *Il danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali*, in *Riv. dir. inf.*, 2017, 427 ss.

⁵⁶ Art. 80, § 2, GDPR.

⁵⁷ Andrebbe aggiunto che anche il considerando 142 GDPR prende in considerazione l'ipotesi in cui un ente deduce in giudizio la violazione dei diritti degli interessati. Nello specifico, il considerando sottolinea che spetta agli Stati membri prevedere che gli enti possano agire in giudizio per i diritti dell'interessato anche senza mandato, e che questi possano richiedere il risarcimento del danno ("[...] Gli Stati membri possono prescrivere che tale organismo, organizzazione o associazione abbia il diritto di proporre reclamo in tale Stato membro, indipendentemente dall'eventuale mandato dell'interessato, e il diritto di proporre un ricorso giurisdizionale effettivo qualora abbia motivo di ritenere che i diritti di un interessato siano stati violati in conseguenza di un trattamento dei dati personali che violi il presente regolamento. Tale organismo, organizzazione o associazione può non essere autorizzato a chiedere il risarcimento del danno per conto di un interessato indipendentemente dal mandato dell'interessato"). Sul punto anche M. CATANZARITI (a cura di), *Handbook on the Techniques of Judicial Interactions in the Application of the EU Charter, Data Protection in the Framework of the Project "E-Learning National Active Charter Training (E-NACT)"*, Firenze, 2021, 37.

⁵⁸ S. THOBANI, *Art. 80*, cit., 1207 e 1210.

⁵⁹ C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile, I. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, editio minor, XIV ed., Torino, 2017, 195. La rappresentanza processuale, di regola, infatti, non può essere attribuita ad un soggetto che

⁵¹ Ci si riferisce al caso *Fashion ID*, cit., dove però la questione era stata affrontata in maniera incidentale. Inoltre, il caso ricadeva nell'ambito temporale di applicazione della direttiva 95/46/CE, e non del GDPR. Nella direttiva 95/46/CE mancava una norma che permettesse agli enti di agire in giudizio per conto dell'interessato. Nel caso *Fashion ID* la Corte ebbe però modo di statuire che l'assenza di una tale previsione non ostava al fatto che gli Stati membri potessero predisporre meccanismi simili per assicurare una tutela effettiva agli interessati. La Corte classificò l'art. 24 della direttiva come una "norma generale ed elastica", che gli Stati membri potevano implementare predisponendo "misure appropriate" a rafforzare la tutela dei diritti delle persone fisiche garantiti nel Regolamento e, quindi, anche prevedendo strumenti di tutela collettiva (CGUE, caso *Fashion ID*, cit., punti 56 e 59).

⁵² Sull'art. 80 del GDPR, P. C. RUGGIERI, *80. Rappresentanza degli interessati*, in R. D'ORAZIO, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO e G. RESTA (a cura di), *Codice della privacy*, cit., 872 ss.; S. THOBANI, *Art. 80 Regolamento Generale per la Protezione dei Dati Personali*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, *Delle Persone, Leggi collegate*, V. Barba e S. Pagliantini (a cura di), II, Milano, 2019, 1202 ss.; A. CANDINI, *Gli strumenti di tutela*, in *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, G. Finocchiaro (a cura di), Bologna, 2017, in part. 590 ss.

⁵³ CGUE, caso *Fashion ID*, cit., punto 62 e CGUE, caso *Meta Platforms*, cit., in part. punti 69, 74, 75 e 76.

⁵⁴ F. CAFAGGI e H. W. MICKLITZ, *op. cit.*, 17.

Nell'ipotesi di cui al secondo paragrafo, potrebbe riscontrarsi un caso di sostituzione processuale⁶⁰, per cui l'ente, che diviene parte del processo, esercita, in nome proprio, un ricorso giurisdizionale *effettivo* (art. 79 GDPR) a favore degli interessati, titolari di diritti soggettivi determinati. Altrimenti anche in questo caso si potrebbe trattare di una legittimazione meramente processuale; cioè di un "mero" diritto di azione, attribuito agli enti, che consente loro di dedurre situazioni giuridiche soggettive altrui, ai fini di garantire l'accesso alla giustizia a gruppi di individui⁶¹.

L'art. 80 non prevede espressamente che un ente possa rappresentare una pluralità di interessati, come era stato ipotizzato nei lavori preparatori⁶², e come invece emerge dal considerando 142, dove si menziona il potere dell'ente di proporre ricorso giurisdizionale per conto *degli interessati*⁶³. Tuttavia, la Corte di Giustizia, già nella causa *Fashion ID v. Verbraucherzentrale NRW eV*, e nella sentenza dello scorso aprile, ha confermato tale possibilità. I giudici hanno, inoltre, chiarito che non è necessario emanare delle disposizioni *ad hoc* per attuare il secondo paragrafo dell'art. 80 negli ordinamenti na-

non sia legittimato, anche sul piano sostanziale, a disporre dei diritti del rappresentato. Una rappresentanza processuale *mera*, tuttavia, era già attribuita alle associazioni a tutela dei consumatori dall'ex art. 140 *bis*, d.lg. n. 206/2005, codice del consumo (S. THOBANI, *op. ult. cit.*, 1207). Deve, perciò, ritenersi possibile una deroga legislativa (in questo caso, di fonte eurounitaria) all'art. 77 c.p.c. Per altri Autori, invece, in casi simili si avrebbe una rappresentanza tecnica. Sulla rappresentanza tecnica nelle azioni di classe, seppur con riferimento alla precedente disciplina consumeristica, C. CONSOLO e B. ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons. Lineamenti processuali*, Padova, 2012.

⁶⁰ Nel nostro ordinamento, ammessa alle condizioni dell'art. 81 c.p.c.

⁶¹ Si interroga sulla natura della legittimazione processuale degli enti A. PATO, *The collective private enforcement of data protection rights in the EU*, in *MPI-IAPL Summer School 3rd ed., forthcoming*, 2019, 4, disponibile su: <https://ssrn.com/abstract=3303228>. A voler interpretare estensivamente la norma, potrebbe altrimenti ravvisarsi una legittimazione ad agire *ex lege*, in proprio, degli enti considerati *esponenziali* (U. RUFFOLO, *Interessi collettivi (e diffusi), azione inibitoria collettiva e "misure idonee" correttive*, in *Class action*, cit., U. Ruffolo (a cura di), 243).

⁶² In merito, S. THOBANI, *op. ult. cit.*, 1210.

⁶³ Considerando 142: "Qualora l'interessato ritenga che siano stati violati i diritti di cui gode a norma del presente regolamento, dovrebbe avere il diritto di dare mandato a un organismo, un'organizzazione o un'associazione che non abbiano scopo di lucro, costituiti in conformità del diritto di uno Stato membro, con obiettivi statutari di pubblico interesse, e che siano attivi nel settore della protezione dei dati personali, per proporre reclamo per suo conto a un'autorità di controllo, esercitare il diritto a un ricorso giurisdizionale per conto degli interessati o esercitare il diritto di ottenere il risarcimento del danno *per conto degli interessati* se quest'ultimo è previsto dal diritto degli Stati membri [...]".

zionali⁶⁴. La "riserva di legge", se così si può chiamare, che vi è sancita, si considera soddisfatta quando la legge attribuisce la legittimazione attiva agli enti dotati dei requisiti elencati al par. 1.

Per di più, la Corte ha sottolineato che non è necessario che il gruppo di soggetti rappresentati dall'ente sia identificato in tutti i suoi componenti. Ha, infatti, precisato che "la nozione di interessato [...] ricomprende [...] anche una persona fisica identificabile" e che "la designazione di *una categoria o di un gruppo di persone pregiudicate da tale trattamento* può essere sufficiente ai fini della proposizione di detta azione rappresentativa"⁶⁵.

L'art. 80 non fa riferimento alla natura delle situazioni giuridiche soggettive azionabili dagli enti: se interessi collettivi o diritti individuali seriali, o diritti che non rientrino nell'una, né nell'altra categoria. La questione presenta, però, importanti risvolti pratici, soprattutto da un punto di vista di diritto interno, per quanto riguarda la possibilità di esperire azioni di classe ed inibitorie collettive secondo la nuova normativa di cui agli artt. 840 *bis* ss. e 840 *sexiesdecies* c.p.c. e di ricorrere alla normativa europea sulle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori⁶⁶.

Appare, allora, opportuno affrontare la questione della natura del diritto alla protezione dei dati personali e verificare se quest'ultimo, inteso come diritto al controllo sulle proprie informazioni personali, strumentale alla realizzazione di diritti della personalità come il diritto all'identità personale,

⁶⁴ Per l'attuazione dell'art. 80 GDPR nei diversi Paesi europei, si veda A. PATO, *The National Adaptation of Article 80 GDPR, Towards the Effective Private Enforcement of Collective Data Protection Rights*, in *National adaptations of the GDPR*, O. Tambou, K. McCullagh e S. Bourton (a cura di), Lussemburgo, Blogdroiteuropéen, 2019, 98 ss.

⁶⁵ CGUE, caso *Meta Platforms*, cit., punti 68 e 69.

⁶⁶ Bisogna premettere, come osserva Enrico Camilleri, che l'insufficienza delle categorie dogmatiche interne "è del resto ormai una costante del discorso 'privatistico' euro-unitario" (E. CAMILLERI, *La dir. 2020/1828/UE sulle "azioni rappresentative" e il "sistema delle prove". La promozione dell'interesse pubblico attraverso la tutela degli interessi collettivi dei consumatori: verso quale modello di enforcement?*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2022, 1082). Anche la nozione di "interesse collettivo", quindi, introdotta dalla direttiva, non ci sembra doversi intendere restrittivamente, né doversi necessariamente ricondurre alla nozione di interesse collettivo individuata dalla dottrina italiana che, pure, presenta contorni assai sfuggenti (si rinvia, per tutti, ai contributi raccolti nel volume a cura di L. LANFRANCHI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, Torino, 2003). Come osserva ancora l'Autore, l'affermazione della tutela degli interessi collettivi presente nella direttiva può essere un'occasione per coordinare *public* e *private enforcement* ("non si tratta di prospettare una dicotomia tra interesse collettivo propriamente detto e (sommatoria degli) interessi individuali; piuttosto di valorizzare la circostanza che la salvaguardia dell'uno prelude alla miglior protezione degli altri", E. CAMILLERI, *op. cit.*, 1085).



all'autodeterminazione, alla non discriminazione, sia suscettibile di esser fatto valere in forma collettiva e, in caso affermativo, con che modalità.

4. Una proposta: la *group data protection*.

Secondo la prospettiva europea, efficacemente riassunta nella motivazione della sentenza *Meta Platforms*, l'uso dei ricorsi collettivi, nel campo della protezione dei dati personali, è imposto dalla realtà fattuale⁶⁷. Il trattamento dei dati, nell'era dei *big data*, coinvolge un numero indefinito di soggetti, ed i rimedi collettivi rappresentano un modo per colmare le asimmetrie, economiche, informative e di potere, tra utenti e operatori commerciali. La tutela collettiva è volta ad aggregare pretese che, individualmente, avrebbero rilevanza irrisoria e, al contempo, ad assicurare l'economia processuale e la coerenza degli accertamenti⁶⁸.

Bisogna, però, domandarsi se il diritto alla protezione dei dati personali rientri tra le situazioni giuridiche soggettive tutelabili attraverso i ricorsi collettivi. Tipicamente, queste sono i diritti individuali omogenei e gli interessi sopraindividuali.

I diritti individuali omogenei sono diritti soggettivi che, pur non configurandosi in maniera identica in capo ad una pluralità di individui, presentano un certo grado di uniformità, e sono suscettibili di essere lesi da una condotta illecita plurioffensiva. È il caso del diritto al risarcimento del danno che più individui possono vantare nei confronti di una certa impresa che ha posto in essere una pratica commerciale sleale. Si tratta di diritti "dipendenti da una stessa condotta illecita"⁶⁹ che può estrinsecarsi in una condotta unitaria o articolarsi in diverse azioni, distribuite nel tempo, come, appunto, nel caso delle pratiche commerciali scorrette⁷⁰.

⁶⁷ Prospettiva inevitabilmente non dogmatica, costruita su tradizioni giuridiche tra loro profondamente differenti.

⁶⁸ A. NUYTS e N. E. HATZIMIHALL (a cura di), *Cross-Border Class Actions: The European Way*, Munich, 2014, *passim*; R. CAPONI, *La tutela collettiva nel diritto processuale europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, spec. 1237.

⁶⁹ A. GIUSSANI, *La riforma*, cit., 1573.

⁷⁰ *Ibidem*. Sulla nozione di diritti individuali omogenei, *ex multis*, C. SCOGNAMIGLIO, *La Cassazione delinea presupposti e limiti di risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale nell'azione di classe*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 994; A. C. DI LANDRO, *Opitalità ed omogeneità nella nuova azione di classe. Nuove prospettive di riflessione*, in *Juscivile*, 2020, 1266; C. PETRILLO, *Situazioni soggettive implicate*, in *Class action*, cit., B. Sassani (a cura di), 58, 60; D. AMADEI, *Nuova azione di classe e procedimenti collettivi nel codice di procedura civile*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2019, 1051; C. CONSOLO e B. ZUFFI, *L'azione di classe*, cit., 66 ss. e 170 ss. Più precisamente, l'omogeneità dei diritti si valuta attraverso il *petitum* e la *causa petendi* della domanda giudiziale. Il primo è inteso come *petitum* c.d. mediato, vale a dire il "bene" che si vuole

Sembra potersi riscontrare una situazione del genere anche rispetto al diritto alla protezione dei dati personali degli individui e dei diritti strumentali a proteggerlo, i *diritti dell'interessato*⁷¹. Può accadere, per esempio, che gli utenti di un *social network*, che non adotta gli *standard* normativamente previsti, subiscano delle violazioni dei propri dati⁷² o un pregiudizio alla propria *privacy* e all'identità personale da una determinata condotta; o non riescano ad esercitare il loro diritto di accesso ai dati o di rettifica, o non siano nelle condizioni di opporsi ad una decisione automatizzata.

Inoltre, dalle previsioni del GDPR, richiamate in quasi tutti gli atti europei, normativi e non, ormai dotate del rango di "norme imperative di origine

ottenere dalla pronuncia, che nel caso dell'azione di classe risarcitoria corrisponde al risarcimento del danno (a differenza del *petitum* immediato, che rappresenta il provvedimento richiesto al giudice); la *causa petendi* indica il titolo, ovvero il fatto costitutivo del diritto, che deve essere lo stesso per tutta la classe. Deve, inoltre, sussistere un nesso di causalità tra condotta illecita e danno evento subito dagli aderenti. Il danno conseguenza andrà necessariamente accertato con un certo grado di standardizzazione, dunque è necessario che non vi siano elementi di eccessiva personalizzazione del danno (A. C. DI LANDRO, *op. cit.*, 1276). Una definizione di diritti individuali omogenei è stata fornita dalla Corte di Cassazione, con sentenza n. 14886 del 2019, in cui la Corte ha avuto modo di pronunciarsi, in particolar modo, sul danno non patrimoniale nell'azione di classe (sentenza annotata, tra tutti, da A. GIUSSANI, *Diritti omogenei e omogeneizzati nell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 35 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 993 ss. e G. PONZANELLI, *Il danno non patrimoniale dei pendolari all'esame della Corte di Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1002 ss.).

⁷¹ Anche la Commissione Europea, seppur in un documento di *soft law*, prende espressamente in considerazione i ricorsi collettivi per garantire i diritti degli interessati. Testualmente: "Le persone sono sempre più consapevoli dei loro diritti: diritti di accesso, rettifica, cancellazione e portabilità dei dati personali, diritto di opposizione al trattamento dei dati personali e maggiore trasparenza. Il regolamento generale sulla protezione dei dati ha rafforzato i diritti procedurali, che comprendono il diritto di proporre reclamo presso un'autorità di protezione dei dati, anche mediante azioni rappresentative, e il diritto al ricorso giurisdizionale. Le persone fisiche si avvalgono sempre più di tali diritti, tuttavia è necessario facilitarne l'esercizio e la piena applicazione. La riflessione condotta dal comitato chiarirà e agevolerà ulteriormente l'esercizio dei diritti da parte delle singole persone, mentre la proposta di direttiva sulle azioni rappresentative, una volta adottata, dovrebbe consentire alle persone fisiche di promuovere azioni collettive in tutti gli Stati membri e ridurrà i costi delle azioni transfrontaliere." (Comunicazione della Commissione Europea al Parlamento Europeo e al Consiglio, La protezione dei dati come pilastro dell'autonomia dei cittadini e dell'approccio dell'UE alla transizione digitale: due anni di applicazione del regolamento generale sulla protezione dei dati, COM(2020)264, 8 ss.).

⁷² Secondo l'art. 4, n. 12, reg. UE 2016/679 la violazione dei dati personali consiste in: "una violazione di sicurezza che comporta accidentalmente o in modo illecito la distruzione, la perdita, la modifica, la divulgazione non autorizzata o l'accesso ai dati personali trasmessi, conservati o comunque trattati".



pubblicistica⁷³», si potrebbe evincere che la protezione dei dati personali presenta anche i caratteri dell'interesse collettivo⁷⁴. Con tale espressione si indica un interesse sopraindividuale verso un *bene*, teso a soddisfare un bisogno di una determinata categoria di consociati⁷⁵. Per descrivere tale interesse collettivo può essere utile ricorrere alla nozione di *group privacy*, elaborata da alcuni studiosi stranieri⁷⁶, da cui si può ricavare un secondo concetto che, a nostro avviso, indica più efficacemente il fenomeno: la *group data protection*⁷⁷.

⁷³ C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione dei dati personali*, in *Giust. civ.*, 2019, 518. Il riferimento è alle c.d. irregolarità giuridiche, cioè la difformità di qualità e caratteristiche del bene rispetto a quanto previsto da norme di natura pubblicistica (G. DE CRISTOFARO, *Vendita di beni di consumo*, 2006, 13, disponibile su: https://www.tb.camcom.gov.it/uploads/CCIAA/corsi/atti/2006_12_15/de_cristofaro.pdf).

⁷⁴ In tal senso, anche S. THOBANI, *op. cit.*, 1213, per cui: “Lad-dove, infatti, il bene tutelato (la protezione dei dati personali) è fatto oggetto di un diritto soggettivo (il diritto alla protezione dei dati personali), il quale è strumentale alla protezione di interessi sia individuali che superindividuali, risulta molto difficile delineare con precisione i confini tra le situazioni giuridiche coinvolte”.

⁷⁵ La definizione è di F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1995, 29 ss. Per un'ampia bibliografia sugli interessi sopraindividuali, R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008, 163 ss.

⁷⁶ Un'efficace sintesi del significato che la *group privacy* ha assunto nel corso del tempo è offerta da A. MANTELERO, *Personal data*, cit., 8 ss. Il concetto di *group privacy* è stato sviluppato, nello scorso secolo, da E. J. Bloustein, nel suo lavoro *Group Privacy: The Right to Huddle*, in *Rutgers-Cam. Law Journal*, 1977, 219 ss. e ID., *Individual and Group Privacy*, Piscataway, New Jersey, Transaction Books, 1978. La nozione è stata poi ripresa, seppur in modo diverso, da altri studiosi, tra cui L. A. BYGRAVE, *Data Protection Law. Approaching Its Rationale, Logic and Limits*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law Intl., 2002, *passim*. Sulla *group privacy*, nella letteratura recente, si rinvia ai contributi in L. TAYLOR, L. FLORIDI e B. VAN DER SLOOT (a cura di), *Group Privacy*, cit.

⁷⁷ Il concetto trae spunto dalla nozione di *collective data protection*, elaborata da A. MANTELERO, *Personal data*, cit., 16 ss. Mantelero riconosce che le tecniche di profilazione, messe a punto mediante gli strumenti di *data analytics*, hanno fatto emergere l'insufficienza della dimensione solamente individualistica del diritto alla protezione dei dati. L'Autore, quindi, evidenziando la portata collettiva della protezione dei dati personali, la qualifica come un *non-aggregative interest* (grossomodo, un interesse diffuso), e la paragona ad altri interessi sopraindividuali, come quello all'ambiente. Tuttavia, Mantelero prende in considerazione la dimensione collettiva della protezione dei dati quasi esclusivamente con riferimento alle tecniche di profilazione. Inoltre, esamina la *collective data protection* prettamente nella sua natura superindividuale, finendo per trascurare, sembra, la prospettiva individualistica del diritto alla protezione dei dati; che continua, a noi pare, a convivere affianco a quella collettiva. Infine, individua nell'analisi del rischio da parte delle imprese e nel ruolo delle Autorità Indipendenti gli strumenti ideali per tutelare la dimensione collettiva della protezione dei dati personali, non approfondendo il possibile utilizzo di stru-

Come si è osservato in precedenza, le tecniche di profilazione di massa possono condurre ad esiti discriminatori⁷⁸ e la raccolta sui siti *web* di dati, spesso sensibili, di milioni di utenti, può, in caso di *data breaches*, risultare nella diffusione, furto e distruzione dei dati stessi⁷⁹. In altre parole, in internet, interi *gruppi* di individui si trovano, sempre più frequentemente, sprovvisti del controllo sulle informazioni che li riguardano. Questi gruppi sono accomunati dalla qualifica di danneggiati dalla medesima condotta illecita ma, il più delle volte, nemmeno sanno di trovarsi nella stessa situazione⁸⁰. Oltre alle lesioni alla sfera individuale dei singoli, si genera, in queste fattispecie, un danno sociale⁸¹ che la dimensione “individualistica e volontaristica” del rimedio aquiliano non è in grado di contrastare⁸².

Peraltro, le pratiche digitali contrarie agli *standard* di condotta necessari per la tenuta dei diritti, patrimoniali e non, degli individui, appaiono in contrasto con l'interesse ad un'economia *data-driven* in cui le esigenze del mercato siano bilanciate e contenute con la salvaguardia dei diritti e delle libertà delle persone fisiche⁸³. La *group data protection* potrebbe, allora, essere definita come l'interesse generale ad un trattamento dei dati personali che preservi le libertà e i diritti fondamentali dei gruppi di individui sottoposti, più o meno consapevolmente, alle stesse *tecniche digitali*. Ad un simile interesse si affianca il diritto individuale alla

menti di *private enforcement*, quali i procedimenti giurisdizionali collettivi.

⁷⁸ A. MANTELERO, *op. ult. loc. cit.*; B. MITTELSTADT, *From individual to group privacy*, in *Philos. Technol.*, 2017, 476 ss. Sulle tecniche di profilazione (definite all'art. 4, §1, n. 4), GDPR) e le decisioni automatizzate cui spesso è soggetto l'interessato in seguito al loro impiego, si rinvia a G. MALGIERI e G. COMANDÉ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in *Intl. Data Priv. Law*, 2017, 243 ss. e alle considerazioni di C. TABARRINI, *Comprendere la “Big Mind”: il GDPR sana il divario di intelligibilità uomo-macchina?*, in *Riv. dir. inf.*, 2019, 555 ss.

⁷⁹ Su cui F. BRAVO, *L' “architettura” del trattamento e la sicurezza dei dati e dei sistemi*, in *I dati personali*, cit., V. Cuffaro, G. D'Orazio e V. Ricciuto (a cura di), 775 ss.

⁸⁰ La dimensione collettiva del diritto alla protezione dei dati personali, con riferimento soprattutto alle tecniche di *big data analytics*, è stata messa in evidenza anche nel documento del Council of Europe, *Guidelines on the protection of individuals with regard to the processing of personal data in a world of Big Data*, 23 gennaio 2017, 1, 3.

⁸¹ È quanto è riconosciuto anche dal GDPR, che al considerando 75 afferma che alcuni trattamenti di dati personali sono suscettibili di cagionare un “danno sociale significativo”.

⁸² C. CAMARDI, *Note critiche*, cit., 810.

⁸³ Il bilanciamento di queste esigenze è presente già nella formulazione stessa dell'art. 1 reg. UE 2016/679. Allo stesso modo, il nostro codice della privacy, all'art. 1, riprende la norma del regolamento, aggiungendo, tuttavia, che il trattamento dei dati deve avvenire nel rispetto della dignità umana, dei diritti e delle libertà fondamentali della persona.



protezione dei dati personali dei singoli come “diritto al controllo sulle informazioni che li riguardano”⁸⁴.

Si configura, così, nel campo della protezione dei dati personali, una situazione simile a quella dell’interesse/diritto alla concorrenza leale, al buon funzionamento del mercato, alle pratiche commerciali corrette, alla buona informazione, alla salute; e cioè, si assiste a situazioni giuridiche soggettive che hanno una doppia natura: di diritti individuali dei consumatori e di interessi sopraindividuali⁸⁵.

La natura (anche) di interesse collettivo della protezione dei dati personali, infine, appare avvalorata dalla direttiva UE 1828/2020, che menziona espressamente il GDPR tra gli atti normativi la cui violazione può avere un impatto sugli interessi collettivi dei consumatori, per i quali possono essere adoperate le azioni rappresentative⁸⁶.

Sembra, quindi, ammessa l’attitudine del diritto/interesse alla protezione dei dati personali ad essere protetto in via collettiva e la sua riconducibilità alle situazioni dell’interesse collettivo e del diritto individuale seriale. Poiché la stessa CGUE ha confermato la possibilità di utilizzare le norme di diritto comune per attuare l’art. 80 GDPR, si intende ora verificare i rapporti tra diritto dei consumatori e diritto alla protezione dei dati, soffermandosi sulla disciplina della nuova direttiva europea 1828/2020.

⁸⁴ M. R. MARELLA, *I soggetti. Sezione IV. Diritti della persona*, in *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, G. Amadio e F. Macario (a cura di), I, Bologna, 2014, 144.

⁸⁵ P. HELM, *Group Privacy in Times of Big Data. A Literature Review*, in *Digital Culture and Society*, 2016, 144; A. MANTELERO, *Personal data*, cit., *passim*. Secondo parte della dottrina, in alcuni casi, una condotta illecita può ledere sia il bene collettivo, verso cui una pluralità di soggetti nutrono un interesse “superindividuale” (nel caso di interessi quali la tutela della concorrenza, o la sicurezza sul luogo di lavoro) sia le sfere individuali dei soggetti interessati (R. CAPONI, *Azioni collettive*, cit., 1211 ss.) L’Autore ritiene che ciò non avvenga nelle ipotesi di pubblicità ingannevole, utilizzo di clausole vessatorie, immissione in commercio di un prodotto difettoso o pericoloso. Queste condotte lederebbero infatti soltanto la dimensione collettiva dell’interesse protetto; rispetto agli interessi individuali si configurerebbe un mero “rischio di lesione”. Tuttavia, lo stesso Caponi ammette che, nei casi in cui i titolari degli interessi individuali siano parte di uno “specifico rapporto contrattuale” questi possano essere effettivamente lesi nei loro diritti soggettivi (Id., *op. cit.*, 1215). Ciò sembra potersi applicare anche ai contratti di fornitura di servizi e contenuti digitali, con riferimento al diritto dei consumatori alla protezione dei dati personali, e agli altri diritti individuali che ne discendono.

⁸⁶ Il GDPR, infatti, è tra le normative di cui all’allegato I, che indica l’ambito di applicazione della dir. 2020/1828/UE. Inoltre, il considerando 13 della direttiva stessa esprime la necessità che i ricorsi collettivi vengano utilizzati per la protezione dei dati personali. A riguardo, si veda anche la legge italiana di delegazione europea 2021-2020 che, con riferimento all’attuazione della direttiva nel nostro sistema giuridico, qualifica la protezione dei dati personali come interesse collettivo dei consumatori.

Di seguito, ci si domanderà se vi sia spazio per la tutela collettiva risarcitoria, e non solo per le azioni collettive inibitorie, per la protezione dei dati personali.

5. La via europea per la tutela collettiva.

Nei sistemi di *civil law*, vi è un certo scetticismo nei confronti dei ricorsi di gruppo che, di regola, comportano una limitazione del diritto individuale di azione, l’estensione degli effetti del giudicato a soggetti terzi ed una standardizzazione dell’accertamento⁸⁷. È sempre stato fortemente avvertito il rischio, infatti, che il diritto di difesa delle parti, dotato di rango costituzionale, possa risulterne compromesso. L’Unione europea stessa, d’altronde, non ha mai nascosto il timore che gli strumenti processuali collettivi avrebbero potuto portare ad un uso opportunistico della macchina processuale, divenendo fonte di facile lucro per una certa parte della classe forense⁸⁸.

Parte di tali timori sono stati affrontati nella nuova direttiva, approvata nel dicembre 2020, sulle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori. L’Unione si è decisa a formulare alcune regole comuni che aprano la strada ad un’armonizzazione delle discipline europee in tema di azioni rappresentative. La direttiva, all’Allegato I, elenca gli atti normativi in cui le azioni rappresentative possono essere utilizzate, e tra questi figura anche il GDPR⁸⁹.

La necessità di prevedere, nel continente europeo, strumenti di ricorso non meramente individuali a disposizione dei consumatori era stata messa in luce già negli anni sessanta, da studiosi del calibro di Mauro Cappelletti e Bryant Garth. Nell’*access to justice project*, i due comparatisti indicavano la tutela collettiva tra i modi per incrementare l’accesso alla giustizia dei soggetti più deboli⁹⁰. Perfino in un

⁸⁷ R. CAPONI, *Le azioni di classe dei consumatori dalle esperienze statunitensi agli sviluppi europei*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 160 ss.

⁸⁸ A. NUYTS e N. E. HATZIMIHALL (a cura di), *Cross-Border Class Actions*, cit., *passim*. In particolare, sulle obiezioni mosse, in Europa, alla ricezione di un sistema processuale di tutele collettive, C. I. NAGY, *Collective Actions in Europe: A Comparative, Economic and Transsystemic Analysis*, 2019, Cham, Springer, spec. 23 ss.

⁸⁹ All’art. 2, § 1, Dir. 1828/2020/UE si prevede che: “La presente direttiva si applica alle azioni rappresentative intentate nei confronti di professionisti per violazioni delle disposizioni del diritto dell’Unione di cui all’allegato I, comprese tali disposizioni quali recepite nel diritto nazionale, che ledano o possano ledere gli interessi collettivi dei consumatori”.

⁹⁰ M. CAPPELLETTI e B. GARTH, *Access to justice: the newest wave in the worldwide movement to make rights effective*, in

libro verde della Commissione, risalente ai primi anni novanta, si discuteva degli strumenti procedurali più idonei a garantire la protezione degli interessi collettivi dei consumatori⁹¹.

Al tempo, tra i rimedi collettivi, l'Unione attribuiva preferenza alle azioni inibitorie⁹², tutela poi esitata nella direttiva 98/27/CE, modificata e sostituita, come noto, dalla direttiva 2009/22/CE, ed infine abrogata dalla direttiva 2020/1828/UE. In seguito, però, preso atto della necessità di assicurare un ristoro ai pregiudizi subiti dagli individui nella società di massa, e considerato che tutti i sistemi europei sono ormai dotati di normative che consentono di intentare azioni "soggettivamente complesse" oltre gli schemi litisconsortili⁹³, si è iniziato a guardare con favore anche ai provvedimenti risarcitori⁹⁴, che infatti sono disciplinati nell'ultima direttiva⁹⁵.

Articles by Maurer Faculty, 1978, 181 ss. disponibile su: <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1142>.

⁹¹ Libro Verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico, COM(93) 576, 16 novembre 1993.

⁹² Libro Verde, cit., in part. 77 ss.

⁹³ C. CONSOLO e D. RIZZARDI, *Class actions "fuori dagli USA": qualcosa si muove anche alle nostre (ex-) frontiere settentrionali, almeno quanto al "case management"*, in *Int'l Lis*, 2006, 38. Secondo la Commissione Europea, già nel 2018, tutti gli Stati erano dotati di meccanismi procedurali per le azioni collettive inibitorie, in attuazione della direttiva sui provvedimenti inibitori, e 19 Stati membri prevedevano meccanismi di aggregazione delle pretese risarcitorie (2.1.1. Disponibilità del ricorso collettivo, relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato Economico e Sociale europeo sull'applicazione della raccomandazione della Commissione, dell'11 giugno 2013, relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione (2013/396/UE), COM(2018) 40 final). Si rinvia altresì allo studio commissionato dal Parlamento Europeo, svolto dal *Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs Directorate General for Internal Policies of the Union*, PE 608.829, *Collective redress in the Member States of the European Union*, 2018. In dottrina, C. I. NAGY, *op. cit.*, spec. 71 ss. e S. VOET, *'Where the wild things are'. Reflections on the state and future of European collective redress*, in *Waves in Contract and Liability Law in Three Decades of Ius Commune*, A. L. M. Keirse e M. B. M. Loos (a cura di), Cambridge, Intersentia, 2017, spec. 8 ss.; C. HODGES e R. MONEY-KYRLE, *European Collective Action: Towards Coherence*, in *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 2012, 477 ss.

⁹⁴ L'approccio si è contraddistinto, inizialmente, per la definizione di principi comuni in materia di ricorsi collettivi, culminati nella Raccomandazione della Commissione Europea dell'11 giugno 2013, relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione (2013/396/UE). Per una sintesi delle tappe che hanno portato all'approvazione della Dir. 1828/2020/UE, E. CAMILLERI, *op. cit.*, 1054 ss.)

⁹⁵ Che adopera la locuzione "provvedimento risarcitorio" seppur, secondo parte della dottrina, in maniera impropria ed ec-

L'approccio europeo è di tipo settoriale: le azioni rappresentative sono previste soltanto nel campo del diritto dei consumi⁹⁶. Tuttavia, secondo il modello dell'armonizzazione minima, gli Stati sono liberi di adottare mezzi di tutela collettiva ulteriori e diversi⁹⁷ anche in settori non strettamente consumeristici⁹⁸, purché sia garantita ai consumatori la possibilità di ricorrere alle azioni rappresentative. Allo stesso modo, il legislatore europeo indica come soggetti legittimati a promuovere le suddette azioni le persone giuridiche, ma non esclude che gli Stati possano riconoscere la legittimazione attiva ad un singolo individuo, come rappresentante di un gruppo⁹⁹.

La direttiva annovera espressamente il GDPR tra le norme che, se violate, possono causare un danno agli interessi collettivi dei consumatori. In effetti, possono risultare lesi da una stessa condotta, oltre al diritto alla protezione dei dati, l'interesse ad un'adeguata informazione, all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà, ed alla trasparenza nei rapporti contrattuali¹⁰⁰ (considerati, nel nostro ordinamento, veri e propri *diritti fondamentali dei consumatori*¹⁰¹). Tanto che la CGUE, nella sentenza le presenti riflessioni prendono le mosse, ha ravvisato da parte di Facebook una possibile violazione contestuale di tali interessi e della normativa a protezione dei dati personali.

Difatti, nell'economia digitale, le qualifiche di consumatore e interessato, il più delle volte, coincidono¹⁰². Sostanzialmente, è quanto è stato riconosciuto nel pacchetto normativo del *New deal for Consumers*. A riguardo, la direttiva 2019/770/UE¹⁰³

cessivamente ampia. Così G. DE CRISTOFARO, *Legislazione italiana*, cit., 46 s.

⁹⁶ A. BIARD, *op. cit.*, 197 ss. Difatti, la base giuridica della direttiva è l'art. 169 TFUE. Sulle possibilità offerte dagli strumenti di tutela collettiva, anche in altri settori, C. PERARO, *Diritti fondamentali sociali e tutela collettiva nell'Unione Europea*, Napoli, 2020, *passim*.

⁹⁷ Cfr. art. 1, § 2 ("Oggetto e scopo") e considerando 11, dir. 1828/2020/UE.

⁹⁸ Come ha fatto il legislatore italiano nel 2019, ad esempio. Una delle caratteristiche salienti della nuova azione di classe è, infatti, il suo carattere generalista, sul modello della *class action* nordamericana, la quale si contraddistingue per essere un "mero procedural device" (N. TROCKER, *La class action negli Stati Uniti: lo stato dell'arte*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 764).

⁹⁹ Art. 3, n. 4 ("Definizioni") e art. 4 ("Enti legittimati") dir. 1828/2020/UE.

¹⁰⁰ F. ROTT, *op. cit.*, in part. 114 ss.

¹⁰¹ Art. 2, cod. cons.

¹⁰² N. HELBERGER, F. ZUIDERVEEN BORGESIUSS e A. REYNA, *op. cit.*, *passim*.

¹⁰³ Sulle due direttive gemelle, la 770 e la 771 del 2019, G. DE CRISTOFARO (a cura di), *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel Codice del Consumo. La direttiva (UE) 2019/771 relativa ai contratti per la fornitura di cose mobili stipulati da professionisti con consumatori ed il suo recepimento nel diritto*

stabilisce espressamente la prevalenza del GDPR sulle norme consumeristiche nei contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali¹⁰⁴ e, significativamente, comprende nel suo ambito di applicazione il “caso” (che, con una certa ipocrisia, il legislatore non classifica come un contratto¹⁰⁵), tipico dei *social network*, in cui l’operatore economico fornisce contenuti o servizi digitali a fronte di una cessione, da parte del consumatore, dei propri dati personali¹⁰⁶. Lo stesso riferimento è presente anche nella direttiva 2019/2161/UE (c.d. direttiva *omnibus*). L’atto normativo modifica la direttiva 2011/83/UE (c.d. direttiva *consumer rights*), estendendo le tutele di quest’ultima anche ai “casi” di scambio tra dati personali e servizi digitali (art. 4, n. 2, lett. b)¹⁰⁷. In

italiano (d.lgs. 4 novembre 2021, n. 170), Torino, 2022; ID., *Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari B-to-C: l’attuazione della dir. UE 2019/771*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 205 ss.; A. ADDANTE, *La circolazione negoziale dei dati personali nei contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali*, in *Giust. civ.*, 2020, 889 ss.; C. CAMARDI, *op. ult. cit.*, 499 ss.; G. ALPA, *Aspetti della nuova disciplina delle vendite nell’Unione Europea*, in *Contr. e impr.*, 2019, 825 ss.; S. PAGLIANTINI, *L’armonizzazione massima, parziale e temperata, della direttiva 771/2019/UE: una prima lettura*, in *Giur. it.*, 2020, 217 ss.; A. DE FRANCESCHI, *La vendita di beni con elementi digitali*, Napoli, 2019.

¹⁰⁴ C. CAMARDI, *Prime osservazioni*, cit., 504.

¹⁰⁵ ID., *op. ult. cit.*, 505. Sulla dimensione negoziale della circolazione dei dati personali, si rinvia a V. RICCIUTO, *L’equivoco*, cit., *passim*; C. IRTI, *op. cit.*, spec. 74 ss.; A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017, *passim*; G. RESTA e V. ZENO-ZENCOVICH, *Volontà*, cit., 411 ss. Nella letteratura straniera, H. ZECH, *Data as tradeable commodity – Implications for contract law*, in *Proceedings of the 18th EIPIN Congress: The New Data Economy between Data Ownership, Privacy and Safeguarding Competition*, J. Drexler (a cura di), Cheltenham, Springer, 2017; G. MALGIERI e B. CUSTERS, *Pricing privacy. The right to know the value of your personal data*, in *Comp. L. & Sec. Rev.*, 2018, 292.

¹⁰⁶ Art. 3, dir. 770/2019/UE. La direttiva 770/2019 consente di avvalersi, nel caso di difetto di conformità della prestazione al contratto, di alcuni rimedi contrattuali, tra cui il ripristino di conformità (artt. 14 ss., dir. 770/2019/UE). In tali casi, sorge in capo al consumatore il diritto di richiedere che il contenuto digitale “sia adeguato alle finalità per cui è abitualmente utilizzato un contenuto digitale o un servizio digitale dello stesso tipo”. Secondo la dottrina, il ripristino di conformità potrebbe consistere nell’ordine di adeguamento del trattamento dei dati personali agli *standard* di sicurezza previsti dal regolamento, o nell’adozione di informative chiare e trasparenti. Ciò emergerebbe dal considerando 48 della direttiva e da una certa interpretazione degli artt. 7 e 8 della stessa, nonché dell’art. 129 del nostro codice del consumo. Sul punto, C. CAMARDI, *Prime osservazioni*, cit., 515 ss. In prospettiva futura, e meramente ipotetica, la possibilità di azionare tale rimedio in via collettiva non sembra del tutto esclusa dalla direttiva 1828/2020/UE, che tra i rimedi risarcitori annovera rimedi tipicamente consumeristici, come la richiesta di sostituzione del bene o la risoluzione del contratto, ma anche la riparazione del bene, cui potrebbe assimilarsi il ripristino di conformità, nei casi in cui la normativa sia applicabile.

¹⁰⁷ S. TOMMASI, *The new deal for consumers: towards more effective protection?*, in *ERPL*, 2020, 328.

queste situazioni, il soggetto è *sia* consumatore *sia* interessato dal trattamento dei dati personali.

6. Un sistema integrato di tutele, tra diritto dei consumatori e protezione dei dati personali.

Considerata la “doppia qualifica” (di persona interessata e di consumatore) che l’utente riveste spesso nel mondo digitale, gli ambiti di applicazione della direttiva sulle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e dell’art. 80 GDPR potranno sovrapporsi ed interferire¹⁰⁸.

Gli stessi giudici della Corte di Giustizia, peraltro, nella decisione da cui trae spunto il presente lavoro, prendono espressamente in considerazione il rapporto tra l’art. 80 e la direttiva. Seppur la direttiva, *ratione temporis*, non sia applicabile al caso in esame, la Corte non esclude la possibilità di esperire, in futuro, azioni collettive a tutela dei consumatori in maniera complementare ai rimedi offerti dal GDPR.

Innanzitutto, il considerando 11 della direttiva stessa statuisce che l’azione rappresentativa non sostituisce le discipline nazionali in materia di tutela collettiva. L’ente dovrebbe, quindi, poter scegliere di agire secondo la direttiva europea o attraverso le normative nazionali, quando presenti¹⁰⁹.

La direttiva 2020/1828/UE prevede la possibilità di adire l’autorità giudiziaria¹¹⁰ per ottenere un provvedimento inibitorio (cautelare o definitivo), come quello richiesto dall’Unione Federale, e/o un provvedimento risarcitorio¹¹¹, volto ad ottenere: “un indennizzo, la riparazione, la sostituzione, una riduzione del prezzo, la risoluzione del contratto o il rimborso del prezzo pagato”¹¹². Come si è visto, anche il GDPR permette ad alcuni enti di intentare azioni inibitorie o risarcitorie. Già nel caso *Fashion ID* e, da ultimo, nella sentenza *Meta Platforms* la CGUE ha ammesso che, tra gli enti “attivi nel setto-

¹⁰⁸ C. IRTI, *op. cit.*, 198 ss.

¹⁰⁹ A. GIUSSANI, *La riforma*, cit., 318 s. Sul rapporto tra discipline nazionali e la direttiva UE/1828/2020, G. DE CRISTOFARO, *Azioni “rappresentative” e tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2022, 1021 ss.

¹¹⁰ Più precisamente, spetta agli Stati scegliere che le azioni rappresentative si svolgano in sede giudiziale e/o amministrativa (art. 7 dir. UE/2020/1828).

¹¹¹ Sulla nozione di provvedimento risarcitorio adoperata dall’Unione Europea, si veda quanto osservato da Remo Caponi: “[...] *redress* come riparazione in senso lato, quindi con campo semantico che copre non solo risarcimenti pecuniari, bensì anche indennizzi, riparazioni in senso materiale e ideale, sostituzioni, riduzioni o rimborsi di prezzo, risoluzione del contratto, ecc.” (R. CAPONI, *Ultime dall’Europa*, cit., 332).

¹¹² Art. 9, dir. UE/2020/1828.



re delle libertà fondamentali degli interessati”, rientrano anche le associazioni dei consumatori¹¹³. Dal canto suo, la direttiva attribuisce la legittimazione attiva agli enti che gli Stati designano a tale scopo, che devono avere determinati requisiti, indicati all’art. 4, i quali sembrano sostanzialmente compatibili con quelli fissati all’art. 80 GDPR. Infine, la direttiva ammette che gli enti possano agire in giudizio anche senza un mandato (art. 8, par. 3, dir. 2020/1828/UE). Conformemente all’interpretazione dell’art. 80 GDPR data dalla Corte di Giustizia, la direttiva precisa che i provvedimenti inibitori hanno lo scopo di “tutelare gli interessi collettivi dei consumatori *indipendentemente dal fatto che i singoli consumatori abbiano sofferto un danno*¹¹⁴”.

Le azioni rappresentative a tutela dei consumatori, quindi, sembrano effettivamente compatibili con le disposizioni del GDPR, a maggior ragione se si considera l’interesse alla protezione dei dati personali (la *group data protection*, di cui si è detto) un interesse collettivo a favore del quale poter azionare la tutela collettiva promossa dalla direttiva europea. Al tempo stesso, sembra ragionevole consentire ai consumatori di fare valere collettivamente l’interesse alla trasparenza ed alla correttezza nei rapporti contrattuali in rapporto alla protezione dei dati degli utenti.

7. La tutela risarcitoria.

La CGUE, finora, non ha preso in esame la tutela collettiva risarcitoria nel campo della protezione dei dati personali. Mentre le azioni rappresentative risarcitorie dovrebbero essere pacificamente ammesse qualora vi sia un mandato da parte degli interessati¹¹⁵, è controversa la loro configurabilità quando siano intraprese da un ente senza mandato¹¹⁶. Tuttavia, il tenore letterale dell’art. 80 GDPR non sembra poterla escludere e, anzi, alcuni passaggi argomentativi della sentenza della CGUE depongono in tal senso.

Benché l’art. 80 del GDPR, al paragrafo secondo, non menzioni testualmente i ricorsi collettivi risarcitori, questi ultimi potrebbero rientrare nell’ampia nozione di “ricorso giurisdizionale effettivo”. Come la Corte europea ha avuto modo di ri-

levare, l’art. 80, al paragrafo secondo, presenta una “clausola aperta”. È, quindi, rimessa agli Stati membri la facoltà di attuarla con le modalità prescelte, purché siano garantiti i diritti del regolamento¹¹⁷. Nonostante non vi sia alcun obbligo di consentire agli enti di agire per la tutela dei dati personali senza mandato¹¹⁸, nella sentenza *Meta Platforms* la terza sezione della CGUE richiama più volte l’effettività delle tutele, la necessità di rendere efficaci i meccanismi di ricorso del GDPR e l’accesso alla giustizia dei consumatori; obiettivi che potrebbero essere realizzati più facilmente attraverso strumenti di aggregazione delle pretese risarcitorie. Il sistema giuridico, dunque, che legittimi un’azione di gruppo risarcitoria anche senza mandato da parte degli interessati contribuirebbe a realizzare il principio di effettività e supremazia del diritto europeo, senza violare il GDPR.

Infine, anche la direttiva europea 2020/1828 non esclude che un ente legittimato possa richiedere un provvedimento risarcitorio, con o senza un mandato dei consumatori, lasciando poi libertà agli Stati nella scelta di meccanismi di *opt-in* o *opt-out* per quanto attiene agli effetti del giudicato¹¹⁹. Potrebbe ipotizzarsi un’azione risarcitoria, di classe o collettiva, in seguito all’accertamento di abusività di una clausola adoperata dai *providers* digitali nei termini d’uso dei loro servizi¹²⁰ o qualora gli operatori economici del *web* pongano in essere delle pratiche commerciali scorrette anche sotto il profilo della

¹¹⁷ A. PATO, *The collective private enforcement*, cit., 6.

¹¹⁸ Un simile obbligo, tra l’altro, non sarebbe, probabilmente, in linea con il principio di proporzionalità.

¹¹⁹ I termini *opt-in* e *opt-out*, nelle azioni di classe, fanno riferimento alle modalità di estensione degli effetti soggettivi della sentenza. Nelle *class actions opt-in* è previsto l’onere di adesione all’azione da parte di coloro che intendono partecipare al processo collettivo ed essere vincolati dalla decisione del giudice. Gli effetti del giudicato, dunque, riguardano solo chi abbia attivamente aderito (*aderenti*) all’azione di classe. Nei sistemi di *opt-out*, invece, i membri della classe sono automaticamente vincolati dagli effetti della sentenza adottata all’esito del giudizio collettivo, a meno che non si siano prima esclusi dal procedimento. Sulla maggiore utilità del sistema dell’*opt-out* rispetto a quello dell’*opt-in*, tra tutti, B. SASSANI, *Presentazione*, in *Class action*, cit., (a cura di) B. Sassani, IX ss.

¹²⁰ Sul rapporto tra termini d’uso e *privacy policies*, F. ROTT, *op. cit.*, 114.

¹¹³ Ci sembrano superabili, quindi, i dubbi sollevati da F. CASAROSA, *Azioni collettive*, cit., 442.

¹¹⁴ Considerando 33, dir. UE/1828/2020.

¹¹⁵ Art. 80, §1, reg. UE 2016/679, dove è espressamente richiamato l’art. 82 del medesimo regolamento, relativo al risarcimento del danno.

¹¹⁶ In senso contrario al riconoscere la legittimazione attiva a proporre l’azione risarcitoria all’ente senza mandato, A. PATO, *The collective private enforcement*, cit., 2 e Id., *The National Adaptation*, cit., 99; F. CASAROSA, *Azioni collettive*, cit., 439; P. C. RUGGIERI, *Rappresentanza degli interessati*, cit., 878.



normativa sulla protezione dei dati¹²¹, mancando di ottemperare agli obblighi informativi¹²².

La tutela risarcitoria di gruppo non solo potrebbe essere un deterrente alle condotte illecite delle imprese ma, soprattutto, permetterebbe agli individui di ottenere un ristoro effettivo dei danni patiti¹²³. Questi ultimi, se considerati singolarmente, possono anche non raggiungere la soglia ritenuta sufficiente dalle corti ai fini della loro risarcibilità ma, aggregati, possono rilevare nel loro carattere di danno sociale¹²⁴. Ciò consentirebbe di risarcire soprattutto i danni di tipo non patrimoniale cui, spesso, le violazioni della disciplina sulla protezione dei dati danno luogo¹²⁵.

Evitare il “danno sociale” che può derivare dal trattamento massivo dei dati è, infatti, una delle finalità anche del principio di *accountability*, architrave del GDPR. Come è noto, la “responsabilizzazione”, di cui all’art. 5, par. 2, del regolamento europeo, richiede ai titolari del trattamento di conformarsi alle disposizioni europee e di essere “in grado di dimostrarlo”. Ciò dovrebbe tradursi nell’adozione di misure adeguate alle concrete caratteristiche del trattamento, per prevenire e mitigare i rischi che esso comporta per le libertà e i diritti degli interessati¹²⁶. L’*accountability* è espressione di un orientamento di politica del diritto che promuove regole nuove e diverse rispetto al modello rimediabile della responsabilità individuale¹²⁷. La valutazione del rischio governa e definisce lo *standard* di diligenza e la misura della responsabilità dei titolari del trattamento e, in generale, degli operatori economici dei mercati digitali. Ciò è evidente anche negli ultimi atti europei e, soprattutto, nella proposta di regolamento sull’intelligenza artificiale, c.d. AIA (*Artifi-*

cial Intelligence Act)¹²⁸. La valutazione del rischio, *ex ante*, e la tutela collettiva, *ex post*, insieme, potrebbero aumentare il livello di protezione degli utenti della rete e, al contempo, sortire un effetto deterrente nei confronti delle condotte illecite dei giganti del *web*¹²⁹.

8. I ricorsi collettivi per la protezione dei dati personali, in Italia.

Gli interrogativi che sorgono dalla lettura della pronuncia della Corte di Giustizia sono numerosi. Come si coordineranno la direttiva europea sulle azioni rappresentative e l’art. 80 GDPR? Come sarà adattata la normativa italiana sull’azione di classe alle previsioni dell’una e dell’altra disciplina europea? È realistico pensare che, nel campo dei dati personali, si possa assistere ad un nuovo modello di tutela collettiva, anche transfrontaliera? In che modo il *private enforcement* può efficacemente coordinarsi con il *public enforcement*, svolto dalle Autorità Indipendenti¹³⁰? E quali le aspettative di una commistione tra *data protection* e diritto dei consumatori¹³¹? In questa sede, naturalmente, non è possibile soffermarsi su ognuno di questi aspetti. Tuttavia, appare utile tratteggiare un veloce quadro dello stato dell’arte della tutela collettiva in Italia, da cui, infine, muoveranno alcune riflessioni.

Il 12 aprile del 2019 è stata approvata la legge di riforma del codice di procedura civile, che ha aggiunto al nostro codice il Titolo VIII *bis*, dedicato alle azioni di classe ed all’azione collettiva inibitoria¹³². La legge in questione, dopo diversi rinvii, è entrata in vigore la scorsa primavera. La tutela collettiva, tuttavia, ancora fa fatica a decollare; sia perché il legislatore ha disposto che la nuova disciplina sia applicabile solo per le condotte commesse *dopo* l’entrata in vigore della riforma (e cioè, successi-

¹²¹ In questo caso il *favor* verso il rimedio risarcitorio è stato espresso dal legislatore europeo nella dir. UE 2161/2019. Sul punto G. DE CRISTOFARO, *Rimedi privatistici “individuali” dei consumatori e pratiche commerciali scorrette: l’art. 11-bis dir. 2005/29/UE e la perdurante (e aggravata) frammentazione dei diritti nazionali dei Paesi UE*, in *Juscivile*, 2022, 269 ss. e C. GRANELLI, *L’art. 11-bis della direttiva 2005/29/CE: ratio, problemi interpretativi e margini di discrezionalità concessi agli Stati membri ai fini del recepimento*, in *ivi*, 256 ss.

¹²² N. HELBERGER, F. ZUIDERVEEN BORGESIUSS e A. REYNA, *op. cit.*, 1437 ss.

¹²³ Sul risarcimento del danno nel contesto delle azioni di classe si rimanda a G. PONZANELLI, *Risarcimento del danno e class action*, in *Azione*, cit., V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli e V. Varano (a cura di), 31 ss.; *Id.*, *Alcuni profili del risarcimento del danno nel contenzioso di massa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 327 ss. e, seppur con riferimento alla precedente disciplina di diritto interno, G. R. VILLA, *Il danno risarcibile nell’azione collettiva*, in *Danno e resp.*, 2009, 11 ss.

¹²⁴ C. CAMARDI, *Note critiche*, cit., 787 e 810.

¹²⁵ M. REQUEJO ISIDRO, *op. cit.*, 188.

¹²⁶ G. FINOCCHIARO, *GDPR tra novità e discontinuità – il principio di accountability*, in *Giur. it.*, 2019, 2777 ss.

¹²⁷ *Id.*, *op. ult. cit.*, 2778.

¹²⁸ Cfr. in particolare Proposal for a Regulation on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, 2020/0361 (COD) disponibile su: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9342-2022-INIT/x/pdf> e la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale e modifica alcuni atti legislativi dell’unione (c.d. “legge sull’intelligenza artificiale”), COM(2021)206, disponibile su: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>.

¹²⁹ Su principio di *accountability* e dimensione collettiva del diritto alla protezione dei dati personali, si rinvia a A. MANTELERO, *Responsabilità*, cit., spec. 152 ss.

¹³⁰ Sul punto, E. CAMILLERI, *op. cit.*, 1065 ss.

¹³¹ AGCM, AGCOM, Garante Privacy, *Indagine conoscitiva*, cit., *passim*.

¹³² Sull’azione inibitoria, D. AMADEI, *La nuova azione inibitoria collettiva*, in *Class action*, cit., B. Sassani (a cura di), 229 ss. e I. PAGNI, *op. cit.*, 2329 ss.



vamente al 19 maggio 2021) sia perché, fino a poco tempo fa, non era nemmeno stato istituito presso il Ministero della Giustizia l'elenco delle associazioni ed organizzazioni legittimate ad agire in giudizio¹³³.

L'intento della riforma è quello di incrementare l'accesso alla giustizia dei soggetti deboli e soddisfare istanze di economia processuale¹³⁴. Alcuni aspetti assolutamente significativi sono: a) la c.d. *deconsumerizzazione* dell'azione di classe che, adesso, può essere esperita per tutelare tutti i "diritti individuali omogenei", indipendentemente dalla loro natura consumeristica¹³⁵; b) l'attribuzione della legittimazione diretta agli enti, oltre che ai singoli individui, in quanto rappresentanti dell'intera classe; c) la ripartizione in tre fasi del procedimento, con la facoltà per i consumatori di effettuare l'*opt-in*, cioè di aderire all'azione, prima e dopo la pronuncia di ammissibilità, ma anche in seguito alla sentenza di merito con cui viene accertata la condotta illecita dell'impresa (secondo uno schema che somiglia molto ad un giudicato *ultra partes secundum eventum litis*); d) l'introduzione di incentivi premiali al c.d. rappresentante comune degli aderenti ed all'avvocato, e il *favor* verso la conciliazione¹³⁶.

Appare lecito domandarsi, allora, come le azioni italiane, di classe ed inibitoria, si coordinino non solo con l'art. 80 GDPR, ma anche con il rito speciale in materia di protezione dei dati personali, disciplinato nel d.lg. n. 150/2011¹³⁷, cui rinvia l'art.

¹³³ L'elenco di cui all'art. 840 *bis*, 2° co., e 196 *ter*, disp att. c.p.c. è stato istituito il 27 aprile 2022, con il d.m. n. 27/2022. Per gli enti, l'iscrizione all'elenco è condizione di proponibilità della domanda. Dubitano della legittimità costituzionale di tale disposizione, C. CONSOLO, *L'azione di classe, trifasica*, cit., 723; A. GIUSSANI, *La riforma*, cit., 1574; R. DONZELLI, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, in *Class action*, cit., B. Sassani (a cura di), 40 s.

¹³⁴ È utile distinguere tra azioni di classe olistiche (dette anche miste) e discrete. Nelle prime, si fanno valere pretese che non sarebbero tutelabili singolarmente, oppure che lo sarebbero, ma ad un costo eccessivo. Tali azioni assicurano un effetto accesso alla giustizia. Nelle azioni di classe discrete, invece, le singole pretese sarebbero comunque deducibili individualmente ma, attraverso la loro aggregazione, si ottiene un abbattimento dei costi dell'amministrazione della giustizia (R. CAPONI, *Le azioni di classe dei consumatori*, cit., 162 ss). Per una trattazione estensiva delle due categorie, A. GIUSSANI, *Studi sulle "class actions"*, Milano, 1996, 260 ss.

¹³⁵ D. AMADEI, *Nuova azione di classe*, cit., 1090. La nuova *class action* ha, infatti, abrogato l'art. 140 cod. cons., che regolamentava l'azione collettiva inibitoria, e l'art. 140 *bis* dello stesso Codice, dedicato all'azione di classe risarcitoria, nonostante il legislatore abbia ritenuto opportuno non intervenire sull'art. 37 cod. cons. ("Azione inibitoria dell'uso di clausole abusive").

¹³⁶ Una sintesi dei profili di novità della nuova *class action* è offerta da A. GIUSSANI, *La riforma*, cit., 1572 ss.

¹³⁷ Come modificato dall'art. 17, Capo V "Disposizioni processuali", del d.lg. n. 101/2018, Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento

152 del d.lg. n. 196/2003 (c.d. codice della privacy) e con la direttiva europea sulle azioni rappresentative, che l'Italia dovrà attuare entro la fine di dicembre 2022¹³⁸.

Cominciamo dalla tutela inibitoria. L'oggetto della domanda è l'accertamento di un obbligo dell'impresa di porre in essere o di cessare un determinato comportamento¹³⁹. L'art. 840 *sexiesdecies* c.p.c. prevede che *chiunque abbia interesse* possa richiedere l'inibitoria di atti e comportamenti che pregiudichino gli interessi di una pluralità di individui. Per essere precisi, si tratta di: "interessi che si ripetono con tratti uniformi per tutti gli appartenenti ad una categoria, ma che possiedono caratteristiche tali per cui non possono essere ritenuti del tutto adspoti e apprezzati, perciò, soltanto nella dimensione del gruppo"¹⁴⁰. Come fatto notare da Ilaria Pagni, l'interesse per cui è richiesta l'inibitoria corrisponde, in definitiva, a: "una situazione soggettiva 'unica', che è nella contitolarità di soggetti diversi, individui e enti"¹⁴¹. Rispetto al diritto alla protezione dei dati personali sembra potersi riscontrare questo carattere di diritto-interesse seriale¹⁴².

Il legislatore precisa, poi, che le organizzazioni e le associazioni senza scopo di lucro che abbiano tra gli obiettivi statuari la tutela degli interessi in questione, se iscritte all'elenco di cui all'840 *bis* c.p.c., secondo comma, possono proporre l'azione collettiva. Non è prevista dal codice di procedura civile la necessità di un mandato degli interessati e, secondo la dottrina, gli enti sono dotati di legittimazione diretta¹⁴³.

(UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

¹³⁸ Il Governo è stato delegato all'attuazione della direttiva dalla Legge di delegazione europea 2021, 4.08.2022, n. 127. Il 9 dicembre 2022 è stato trasmesso al Senato, ai fini dell'espressione del parere da parte delle Commissioni parlamentari, lo schema di decreto legislativo, approvato in via preliminare dal Consiglio dei ministri, di recepimento della direttiva (UE) 2020/1828 relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE.

¹³⁹ I. PAGNI, *op. cit.*, 2334.

¹⁴⁰ *Id.*, *op. cit.*, 2333.

¹⁴¹ *Ibidem*. Diversamente U. RUFFOLO, *Interessi diffusi*, cit., 233 ss., per cui la nuova azione collettiva inibitoria sarebbe atta a tutelare solo interessi collettivi (e non diritti individuali seriali).

¹⁴² I. PAGNI, *op. cit.*, 2330.

¹⁴³ I. PAGNI, *op. ult. loc. cit.*; D. AMADEI, *op. ult. cit.*, 1053 s.; I. SPEZIALE, *La nuova azione di classe: riflessioni critiche sulla riforma*, in *Corr. giur.*, 2020, 964 ss. Per Carratta, invece, seppur con riferimento ai casi in cui ad agire in giudizio sia una singola persona fisica: "il soggetto ha una legittimazione ordinaria per sé, straordinaria per il resto degli aderenti" (A. CARRATA, *I nuovi procedimenti collettivi: considerazioni a prima lettura*, in *La class action*, cit., A. Carratta (a cura di),



Occorre, quindi, chiedersi se gli enti legittimati a rappresentare gli interessati secondo il GDPR posseggano le prerogative necessarie a proporre un'azione collettiva inibitoria. Nel caso, infatti, in cui si voglia domandare la cessazione di una condotta lesiva del diritto alla protezione dei dati personali, secondo la normativa nazionale, si dovrà fare un doppio passaggio: si dovrà verificare che gli enti esponenziali abbiano la tutela di tali interessi tra i propri obiettivi statutari, e che siano iscritti all'elenco pubblico istituito presso il Ministero della Giustizia. Ai fini dell'iscrizione all'elenco del Ministero, gli enti devono possedere la qualifica di "enti del terzo settore"¹⁴⁴. Tra tali enti, si ricorda, sono ricomprese quelle organizzazioni e associazioni che hanno il fine della promozione e tutela dei diritti umani, civili, sociali e dei diritti dei consumatori (art. 5, lett w, d.lg. n. 117/2017, c.d. codice del terzo settore). Risultano, poi, già iscritte le associazioni dei consumatori e degli utenti maggiormente rappresentative a livello nazionale, ricomprese nell'elenco costituito in ottemperanza all'art. 137 del codice del consumo¹⁴⁵.

Ad un primo sguardo, si potrebbe propendere verso una risposta affermativa. Infatti, per quanto riguarda i ricorsi giurisdizionali per le violazioni del GDPR, attualmente, l'art. 10, d.lg. n. 150/2011 prevede che un ente, anche in questo caso del terzo settore, possa agire in giudizio, previo mandato dell'interessato¹⁴⁶. Il legislatore italiano non ha dato, però, espressa attuazione al secondo paragrafo dell'art. 80 GDPR. Nonostante ciò, sembra che la nuova azione collettiva inibitoria, come quella tedesca, vagliata dalla Corte di Lussemburgo nel caso

Meta Platforms, possa prestarsi ad essere utilizzata per proporre azioni anche senza un mandato degli interessati, a fini di protezione dei dati personali e per l'*enforcement* dei diritti dei consumatori. Di certo, ciò amplierebbe la platea di soggetti legittimati ad esperire le azioni collettive inibitorie, rafforzando la funzione di *enforcement* privato dello strumento processuale¹⁴⁷. Resta allora da verificare se l'art. 840 *sexiesdecies* possa essere adoperato in tal senso anche senza un intervento normativo sul d.lg. n. 150/2011.

Per quanto attiene all'azione risarcitoria, valgono, in parte, le considerazioni appena fatte. Ai sensi del d.lg. 150/2011, un ente che desideri domandare il risarcimento di un danno subito dagli interessati necessita di un mandato. Sembra possibile e desiderabile, però, in virtù di quanto messo in luce in precedenza, consentire le azioni risarcitorie nel campo della protezione dei dati anche in assenza di mandato. L'art. 840 *bis* ss. c.p.c., infatti, non è preclusivo da questo punto di vista e potrebbe prestarsi ad essere applicato anche per la protezione dei dati personali, in cui il risarcimento del danno degli interessati può presentare i richiesti profili di omogeneità, quando si concretizza in un danno patrimoniale. Più complesso il caso del risarcimento del danno non patrimoniale: soprattutto in questa circostanza, però, l'aggregazione delle pretese individuali, se non caratterizzate da un'eccessiva personalizzazione del danno, potrebbe essere un modo per garantire un effettivo accesso alla giustizia¹⁴⁸.

Sono, comunque, numerosi gli aspetti del d.lg. n. 150/2011 e della nuova disciplina del codice di procedura civile che andrebbero ricordati affinché si possa concretizzare l'ipotesi di adoperare la tutela collettiva per la protezione dei dati personali, in Italia¹⁴⁹. Intanto, il rito applicabile per le controversie in materia di protezione dei dati personali è il rito del lavoro, mentre i procedimenti collettivi si svolgono secondo il rito sommario di cognizione, *ex art. 702 bis* ss. c.p.c.¹⁵⁰; andrebbero poi riviste la disci-

2299). Tale legittimazione straordinaria sarebbe fondata su una "rappresentanza ideologica" (R. DONZELLI, *L'ambito*, cit., 38, che riprende la proposta di M. CAPPELLETTI, *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 361 ss. e di L. JAFFE, *The Citizen as Litigant in Public Action: The Non-Hohfeldian or Ideological Plaintiff*, in *Univ. of Penn. Law Rev.*, 1968, 1033 ss.). Per quanto riguarda gli enti, invece, questi acquistano la legittimazione straordinaria ad agire per la tutela dei diritti degli aderenti *ope legis*, attraverso l'iscrizione all'elenco; mentre, quando vengono dedotti diritti o interessi attribuiti direttamente alle associazioni o alle organizzazioni, come quelli di cui all'art. 2 cod. cons., la legittimazione dell'ente è da reputarsi ordinaria. Rispetto al caso in cui gli enti abbiano ricevuto un mandato, sottolinea che non si tratterà di una rappresentanza meramente processuale, ma di legittimazione attiva in proprio, A. GIUSSANI, *La riforma*, cit., 1574.

¹⁴⁴ D.m. n. 27/2022, art. 1, lett. c).
¹⁴⁵ D.m. n. 260/2012, regolamento recante norme per l'iscrizione nell'elenco delle associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale, ai sensi dell'articolo 137 cod. cons., 2° co.

¹⁴⁶ Il problema, per quanto riguarda l'azione da intentare in rappresentanza degli interessati, potrebbe eventualmente porsi per quegli enti, presenti all'art. 137 cod. cons. e quindi iscritti di diritto all'elenco del d.m. n. 27/2022, che non siano però iscritti al Registro Nazionale degli Enti del Terzo Settore.

¹⁴⁷ A. CARRATA, *op. cit.*, 2298.
¹⁴⁸ Si rinvia a S. THOBANI, *Il danno non patrimoniale da trattamento illecito dei dati personali*, in *Riv. dir. inf.*, 2017, 427 ss.

¹⁴⁹ Nel vigore della dir. 95/46/CE, i tratti salienti del rito per la tutela dei dati personali, ora in parte mutato, erano stati messi in luce da G. COSTANTINO, *La tutela giurisdizionale dei diritti al trattamento dei dati personali. Note a prima lettura dell'art. 152 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1221 ss.

¹⁵⁰ Destinato a diventare il procedimento "semplificato" di cognizione con l'entrata in vigore della riforma del processo civile, d.lg. n. 149/2022. L'art. 79, § 2, GDPR, ripreso dall'art. 10 del d.lg. n. 150/2011, prevede poi la giurisdizione del tribunale ordinario della residenza o stabilimento del titolare del trattamento o, in alternativa, della residenza dell'interessato. Tuttavia, le norme sembrano riferirsi agli aspetti internazionalprivatistici delle controversie, e non al foro competente. Sempre il

plina delle impugnazioni; le regole in punto di prova; il finanziamento delle azioni di gruppo da parte di terzi (*third party funding*)¹⁵¹; il rapporto con conciliazione e ADR; le modalità di adesione al procedimento degli interessati e gli effetti del giudicato nei loro confronti. Sarebbe, quindi, tutto sommato, auspicabile che il legislatore italiano aggiornasse il rito in materia di protezione dei dati, adattandolo ai procedimenti collettivi.

9. Qualche spunto di riflessione.

Resta da vedere come il nostro legislatore attuerà la direttiva europea, che presenta una disciplina, in parte, divergente con quella dell'azione di classe italiana¹⁵². La direttiva potrebbe aprire diverse opportunità per quanto riguarda la tutela collettiva dei consumatori con riferimento alla protezione dei dati personali, diritto ed interesse dei consumatori. In altre parole, ci si potrebbe muovere sulla scia dell'ordinamento nordamericano, dove da tempo si ricorre alle *class actions* nel campo della *informational privacy* (seppur, naturalmente, con tutte le distinzioni del caso, che derivano dalle diversità dei due sistemi giuridici)¹⁵³. Tuttavia, per sfruttare al

meglio le potenzialità offerte dalla direttiva sulle azioni rappresentative in questo campo, bisognerebbe coordinare in maniera adeguata la normativa sui procedimenti collettivi del c.p.c., le norme di attuazione della direttiva e il rito in materia di protezione dei dati.

Un passo significativo verso l'integrazione tra la tutela consumeristica e la protezione dei dati sembra essere stato compiuto nel caso *Cambridge Analytica*. Alle sanzioni dell'Autorità Garante della Privacy, comminate a Facebook per aver trattato i dati degli utenti in assenza di un consenso valido e informato, si è aggiunta non soltanto un'istruttoria da parte dei Garanti della Concorrenza e del Mercato e delle Telecomunicazioni, negli ambiti di rispettiva competenza, ma anche una *class action*¹⁵⁴. Il procedimento collettivo, secondo le regole di cui all'art. 140 *bis* del codice del consumo, è stato proposto dall'Associazione Altroconsumo e si è concluso, nel maggio 2021, in via conciliativa¹⁵⁵.

In conclusione, l'impiego della tutela collettiva per la protezione dei dati personali, nel nostro ordinamento e, in generale, in Europa, non appare, ancora, immediatamente remunerativo, né privo di problematicità. Sembra, però, che la Corte di Giustizia abbia stabilito, lo scorso 28 aprile, un importante precedente. Dalla sentenza è risultata confermata la *vis expansiva* del diritto dei consumi¹⁵⁶, sempre meno un "micro-sistema", e sempre più parte di un unitario sistema giuridico multilivello. Occorre essere pronti a (ri) meditare le nostre categorie, quali il diritto di azione, la legittimazione attiva, il sistema della responsabilità civile e la natura stessa delle situazioni giuridiche soggettive tutelabili e, in tal senso, risulta cruciale il confronto con gli altri sistemi giuridici¹⁵⁷.

Inoltre, la realtà digitale e globalizzata impone di prendere consapevolezza dello stretto legame tra diritto processuale e diritto sostanziale. D'altronde "sono le regole processuali che infondono vita alle posizioni giuridiche sostanziali, che consentono di

GDPR, all'art. 82, § 2, si prevede che il diritto degli Stati membri designi le autorità competenti a decidere su una controversia riguardante i diritti degli interessati. Da ciò può dedursi che, in riferimento alla competenza territoriale, si applichino i criteri generali (di cui all'art. 18 ss. c.p.c.) (P. MAZZA, *Profili processuali del diritto alla protezione dei dati personali nel regime del Reg. UE 2016/679 (GDPR) e del riformato d.lgs. 196/2003*, in *Corr. giur.*, 2021, 965 ss.). Rispetto, invece, all'applicabilità del foro del consumatore alle controversie in materia di dati personali e, soprattutto, alle controversie collettive, si rinvia a CGUE, 16.07.2020, *Data protection commissioner c. Facebook Ireland Limited e Maximilian Schrems*, c.d. sentenza Schrems II (su cui M. REQUEJO ISIDRO, *Max Schrems against Facebook*, in *MPI Lux Research Paper Series*, 2018, 1 ss.).

¹⁵¹ Sul *third party funding*, tra tutti, E. D'ALESSANDRO, *Prospettive del third party funding in Italia*, Milano, 2019. Da ultimo, si rimanda ai lavori di approfondimento di G. De Nova, E. D'Alessandro, A. Giussani, P. F. Giuggioli e R. Sali, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 267 ss.

¹⁵² G. DE CRISTOFARO, *Azioni "rappresentative"*, cit., spec. 1022 ss.; M. BONA, *op. cit.*, 241 s.; E. DALMOTTO, *Profili della tutela individuale dei consumatori e della riforma di quella collettiva. Note introduttive sull'evoluzione della tutela del consumatore tra UE e Covid*, in *Giur. it.*, 2021, 226, 229 s., nonché A. GIUSSANI, *Class actions e finanziamento delle liti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 319.

¹⁵³ Sulle *class action* per la protezione dei dati personali negli U.S.A., e la c.d. *privacy litigation*, B. MANK, *Data Breaches, Identity Theft and Article III Standing: Will the Supreme Court Resolve the Split in the Circuits*, in *Notre Dame Law Rev.*, 2016, 1323 ss.; E. SHERMAN, "No injury" Plaintiffs and Standing, in *George Wash. Law Rev.*, 2014, 850 ss.; S. ROMANOSKY, D. HOFFMAN e A. ACQUISTI, *Empirical Analysis of Data Breach Litigation*, in *Temple Univ. Leg. Stud. Research Paper No. 2012-30*, 2013, 1 ss.; E. GOLDMAN, *The Irony of Privacy Class*

Action Litigation, in *Jour. on Telecomm. and High Tech. Law*, 2012, 310 ss.; A. B. SERWIN, *Poised on the Precipice: A Critical Examination of Privacy Litigation*, in *San. Clara High Tech. Law Journ.*, 2009, 884 ss.

¹⁵⁴ Autorità garante per la protezione dei dati personali, Provvedimento del 10.01.2019, doc. web n. 9080914, Registro dei provvedimenti 10.01.2019 n. 5.

¹⁵⁵ Sul punto, I. PAGNI, *Introduzione*, in *Azione*, cit., V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli e V. Varano (a cura di), 103 s.

¹⁵⁶ E. MINERVINI, *op. cit.*, 359.

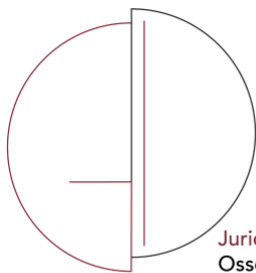
¹⁵⁷ Come messo in luce, in tempi non sospetti, già da S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973, spec. 39 ss. Sulla responsabilità civile e le sue "nuove funzioni", tra tutti, P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile. Atti illeciti, rischio, danno*, 3ª ed., Milano, 2019 e G. ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, Roma-Bari, 2003, spec. 293 ss.

azionarle e realizzarle¹⁵⁸”. In questo senso, la valorizzazione della tutela collettiva risulta cruciale per garantire l’effettività dei diritti e degli interessi della persona in Internet tra cui, in particolar modo, il diritto (*fondamentale*) alla protezione dei dati personali.



¹⁵⁸ J. JACOB, *Access to Justice in England, Section IX*, in *The Florence access to justice project*, I, citato da M. CAPPELLETTI e B. GARTH, *op. cit.*, 224.

Osservatorio



Juridical Observatory on Digital Innovation
Osservatorio Giuridico sulla Innovazione Digitale

DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE*

Rubrica di aggiornamento dell'OGID.

Questa rubrica di aggiornamento è curata dal Prof. Salvatore Orlando e dal Dott. Daniele Imbruglia nell'ambito delle attività dell'OGID, Osservatorio Giuridico sulla Innovazione Digitale, costituito presso il Dipartimento di Diritto ed Economia delle Attività Produttive dell'Università di Roma "La Sapienza" (<https://web.uniroma1.it/deap/ogid-jodi.deap@uniroma1.it>).

SOMMARIO: 1. Approvato il 'Digital Services Act': Regolamento (UE) 2022/2065 del 19.10.2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE – 2. Approvato il 'Digital Markets Act': Regolamento (UE) 2022/1925 del 14.09.2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive 2019/1937/UE e 2020/1828/UE – 3. Approvato il 'DORA': Regolamento (UE) 2022/2554 del 14.12.2022 relativo alla resilienza operativa digitale per il settore finanziario e che modifica i regolamenti (CE) n. 1060/2009, (UE) n. 648/2012, (UE) n. 600/2014, (UE) n. 909/2014 e (UE) 2016/1011 – 4. Le modifiche all'art. 9 della legge sulla subfornitura apportate dalla legge 118/2022, con decorrenza dal 31.10.2022 – 5. La EU Interinstitutional declaration on digital rights and principles del 14.11.2022 – 6. Il codice deontologico "rafforzato" del 2022 di buone pratiche contro la disinformazione – 7. L'opinione del 16.9.2022 della United States Court of Appeals for the Fifth Circuit nella causa contro la legge del Texas HB20 (NetChoice LLC v. Paxton): libertà di parola versus moderazione di contenuti da parte delle piattaforme online – 8. La sentenza CGUE del 20.10.2022 nella causa C-77/21 sui principi di limitazione delle finalità e di limitazione della conservazione ex art. 5 lett. b) ed e) GDPR – 9. La sentenza CGUE del 27.10.2022 nella causa C-129/21 Proximus (Annales électroniques publics) sulle misure da adottarsi da parte del titolare del trattamento di dati personali per informare i motori di ricerca in Internet di una richiesta di cancellazione rivoltagli dall'interessato – 10. Verso l'Interoperable Europe Act: la proposta della Commissione di regolamento europeo sull'interoperabilità nel settore pubblico del 18.11.2022 – 11. I comunicati del Garante privacy italiano del 18.10.2022, del 21.10.2022 e del 12.11.2022 di avvio di istruttorie a carico di testate editoriali online per iniziative di cookie wall e monetizzazione di dati personali – 12. Il comunicato del 14.11.2022 del Garante privacy italiano di avvio di istruttorie per i sistemi di videosorveglianza dei Comuni di Lecce e Arezzo – 13. La sentenza Cassazione Sez. 2 Penale n. 44378/2022 del 26.10.2022 sulla qualificazione della moneta virtuale e delle Initial Coin Offerings (a proposito di un sequestro penale preventivo di wallet contenente bitcoin e di una fattispecie di reato di abusivismo finanziario ai sensi dell'art. 166 co. 1 TUF) – 14. L'ordinanza Cassazione Sez. 1 Civile n. 34658/2022 del 24.11.2022 sul diritto all'oblio e l'ordine di rimozione c.d. globale (regime Codice privacy anteriore al GDPR) – 15. La sentenza Tar Campania, sede di Napoli, Sez. III, n. 7003 del 14 novembre 2022 sull'uso di sistemi algoritmici nei procedimenti amministrativi – 16. L'ordinanza del Tribunale di Roma del 20.7.2022 sui Non Fungible Tokens (NFT): il caso della Juventus – 17. L'order del 7.11.2022 della District Court of New Hampshire (USA) sulla qualificazione di un utility token come security – 18. L'Assurance of voluntary compliance tra Google e lo Stato della Pennsylvania (USA) del 14.12.2022 sui dati di localizzazione – 19. Le due sentenze "gemelle diverse" del Tar Lazio, sede di Roma, Sez. I del 18.11.2022 nei casi riguardanti Apple (sentenza n.15317) e Google (sentenza n.15326) in materia di pratiche commerciali sleali e patrimonializzazione dei dati personali.

* Contributo non sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 9, V co., del Regolamento per la classificazione delle riviste nelle aree non bibliometriche, approvato con Delibera del Consiglio Direttivo n. 42 del 20.02.2019.

1. Approvato il ‘Digital Services Act’: Regolamento (UE) 2022/2065 del 19.10.2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE.

Il 27 ottobre 2022 è stato pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell’Unione Europea il Regolamento (UE) 2022/2065 “relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali)”, noto come *Digital Services Act* (DSA) (di seguito anche solo il “**Regolamento**”). Il Regolamento rappresenta l’ultima tappa di un percorso avviato nel dicembre 2020 dalla Commissione europea con la proposta da COM(2020) 825 final (su cui v. la notizia sub 3 nel numero 1/2021 di questa Rubrica: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2021/03/Osservatorio.pdf>).

L’approvazione del testo finale del Regolamento è arrivata dopo un susseguirsi di emendamenti, prima accolti e poi rigettati, per tornare in parte alla proposta originaria. In particolare, il 20 gennaio 2022 sono stati proposti degli emendamenti dal Parlamento Europeo, ai quali sono seguiti dei negoziati tra Consiglio UE, Commissione europea e Parlamento Europeo, con l’esito di un accordo politico nel successivo mese di aprile. Nel giugno 2022, però, la maggioranza degli eurodeputati si è opposta al testo inviato dalla Presidenza francese del Consiglio dell’UE, in quanto non ritenuto conforme all’accordo politico raggiunto poco prima. Il testo del Regolamento è stato poi approvato all’unanimità dal Parlamento Europeo il 5 luglio 2022, per arrivare, successivamente, e con qualche modifica, al testo pubblicato il 27 ottobre. Il Regolamento è destinato a trovare applicazione quasi integrale dal 17 febbraio 2024, salvo alcuni aspetti che hanno un’applicazione anticipata dallo scorso 16 novembre e che riguardano le piattaforme dei *big player* e l’attività della Commissione europea. Segnatamente, le piattaforme *online* avranno 3 mesi di tempo fino al 17 febbraio 2023 per comunicare il numero di utenti finali attivi sui loro siti *web*. Sulla base di questi dati, la Commissione valuterà se una piattaforma debba essere designata come piattaforma *online* o motore di ricerca di grandi dimensioni. Tale designazione da parte della Commissione comporterà l’obbligo, entro 4 mesi, di adeguarsi alle previsioni del Regolamento, compreso lo svolgimento e la presentazione alla

Commissione del primo esercizio annuale di valutazione del rischio.

Come nella proposta di regolamento, si delinea una logica proporzionale e cumulativa nell’imposizione di obblighi, che aumentano e si sommano a mano a mano che i fornitori di servizi di intermediazione siano qualificabili come *hosting*, piattaforme *online* o *very large online platforms*, con l’aggiunta, però, di un ulteriore specifico riferimento ai motori di ricerca *online*, al destinatario attivo di una piattaforma *online* e al destinatario attivo di un motore di ricerca *online*.

Alcuni chiarimenti si notano sin dalla formulazione dell’art. 1, che consta di un nuovo paragrafo, ove si specifica che il Regolamento mira a contribuire al funzionamento del mercato interno dei servizi intermediari, stabilendo norme armonizzate per un ambiente online sicuro, prevedibile, affidabile e che faciliti l’innovazione, tutelando in modo effettivo i diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e garantendo effettività anche nella protezione dei consumatori. Con riferimento all’ambito di applicazione del Regolamento, una diversa formulazione rispetto a COM(2020) 825 si rinviene anche nel Considerando 9), ove si esplicita che il Regolamento dovrebbe integrare, ma non pregiudicare, l’applicazione delle norme derivanti da altri atti del diritto dell’Unione e che gli Stati membri non dovrebbero adottare o mantenere prescrizioni nazionali aggiuntive in relazione alle questioni che rientrano nell’ambito di applicazione del Regolamento. Fermo restando che ciò non preclude la possibilità di applicare altre normative nazionali ai prestatori di servizi intermediari, qualora le stesse perseguano legittimi obiettivi di interesse pubblico diversi da quelli del Regolamento.

Interessanti sono anche alcune precisazioni che si riferiscono ai contenuti e alle attività illegali. Il Considerando 12) del Regolamento chiarisce che il concetto di contenuto illegale dovrebbe rispecchiare ampiamente le norme vigenti nell’ambiente *offline*. Il Considerando 20) specifica che il solo fatto che un servizio offra trasmissioni cifrate o qualsiasi altro sistema che renda impossibile l’identificazione dell’utente non dovrebbe di per sé essere considerato come un’agevolazione di attività illegali.

Rispetto alla proposta di regolamento di dicembre 2020, sono interessanti alcuni chiarimenti su cosa debba intendersi per conoscenza o consapevolezza effettiva di contenuti e attività



illegali. Il Considerando 22) del Regolamento esplicita che tale conoscenza o consapevolezza effettiva non può essere considerata acquisita per il solo motivo che il prestatore sia consapevole, in senso generale, del fatto che il suo servizio è utilizzato anche per memorizzare contenuti illegali. Inoltre, la circostanza che il prestatore proceda a un'indicizzazione automatizzata delle informazioni, oppure utilizzi una funzione di ricerca basata sul profilo o sulle preferenze dei destinatari del servizio, non è un motivo sufficiente per considerare che il prestatore abbia una conoscenza «specifica» di attività illegali realizzate sulla medesima piattaforma o di contenuti illegali ivi memorizzati.

La particolare attenzione del Regolamento alla tutela del consumatore è confermata dalla introduzione della sezione quarta, che prevede disposizioni aggiuntive applicabili ai fornitori di piattaforme *online* che consentono ai consumatori di concludere contratti a distanza con gli operatori commerciali. Ivi si impongono precisi obblighi ai fini di consentire ai consumatori la tracciabilità degli operatori commerciali. In particolare, se l'art. 30 del Regolamento ripropone in gran parte i contenuti dell'art. 22 di COM(2020) 825 final, l'art. 31 introduce disposizioni dettagliate circa la conformità nella progettazione delle interfacce *online* per i fornitori di piattaforme che consentono ai consumatori di concludere contratti a distanza. Si prevede, in particolare, che le piattaforme debbano essere progettate e organizzate in modo da consentire agli operatori commerciali di fornire ai consumatori almeno le informazioni necessarie per l'identificazione chiara e inequivocabile dei prodotti o dei servizi promossi o offerti, oltre a qualsiasi indicazione che identifichi il commerciante, come il marchio, il simbolo o il logo e, se del caso, le informazioni relative all'etichettatura e alla marcatura, conformemente alle norme del diritto dell'Unione applicabile in materia di sicurezza e conformità dei prodotti. Anche l'art. 32 del Regolamento presenta ulteriori novità per il consumatore nel caso di acquisto di prodotti o servizi illegali da un operatore commerciale che abbia svolto la sua attività per il tramite della piattaforma *online*. In particolare, il fornitore della piattaforma deve verificare se ha i recapiti del consumatore e informarlo direttamente, oppure laddove non disponga dei recapiti di tutti i consumatori interessati, deve rendere disponibili al pubblico, e facilmente accessibili sulla propria interfaccia *online*, le informazioni concernenti il prodotto o servizio illegale, l'identità dell'operatore

commerciale ed eventuali mezzi di ricorso pertinenti.

A differenza di COM(2020) 825 final, nell'attuale formulazione del Considerando 13) del Regolamento si rinviene esplicita attenzione ai servizi di *cloud computing* e di *web hosting*. Detto Considerando, pur essendo meno dettagliato nella versione di ottobre rispetto a quella di luglio, espressamente prevede che tali servizi non dovrebbero essere considerati una piattaforma *online* ove la diffusione di contenuti specifici al pubblico costituisca una caratteristica minore e accessoria o una funzionalità minore di tali servizi. Lo stesso Considerando specifica che i servizi di *cloud computing* o di *web hosting* quando fungono da infrastruttura non dovrebbero essere considerati di per sé una diffusione al pubblico di informazioni.

Ulteriori interessanti specificazioni, rispetto a COM(2020) 825, riguardano proprio il concetto di "diffusione al pubblico" che nel testo definitivo del Regolamento prevede che qualora l'accesso alle informazioni richieda la registrazione o l'ammissione a un gruppo di destinatari del servizio, tali informazioni dovrebbero essere considerate diffuse al pubblico solo se i destinatari del servizio che intendono accedervi siano automaticamente registrati o ammessi senza una decisione o una selezione umana che stabilisca a chi concedere l'accesso. Il riferimento sul punto è alla nuova formulazione del Considerando 14) del Regolamento.

Un'ulteriore specificazione riguarda le attività volontarie poste in essere dai prestatori di servizi intermediari per individuare, identificare e contrastare i contenuti illegali. Si tratta di attività disciplinate dall'art. 7 del Regolamento, corrispondente all'art. 6 di COM(2020) 825 final. In particolare, il richiamato articolo 7 ribadisce che il solo fatto che i prestatori di servizi intermediari intraprendano tali attività non fa venir meno l'esenzione di responsabilità prevista dal Regolamento, ma aggiunge che ciò può verificarsi soltanto se tali attività sono svolte in buona fede e in modo diligente. Sul punto, di rilievo è anche la nuova formulazione del Considerando 26) del Regolamento, nella parte in cui chiarisce che l'agire in buona fede e in modo diligente dovrebbe includere l'agire in modo obiettivo, non discriminatorio e proporzionato, tenendo debitamente conto dei diritti e degli interessi legittimi di tutte le parti coinvolte e fornendo le necessarie garanzie contro la rimozione ingiustificata di contenuti legali. Nel Considerando 41) del Regolamento si ritorna sul punto chiarendo che gli obblighi armonizzati in materia di dovere di



diligenza, che dovrebbero essere ragionevoli e non arbitrari, sono necessari per affrontare obiettivi di interesse pubblico come la tutela degli interessi legittimi dei destinatari del servizio, il contrasto delle pratiche illegali e la tutela dei diritti fondamentali. Si aggiunge, in modo quanto meno discutibile, che gli obblighi in materia di dovere di diligenza sono indipendenti dalla questione della responsabilità dei prestatori di servizi intermediari che deve, pertanto, essere valutata separatamente.

Ulteriori novità riguardano il contenuto del Considerando 39) del Regolamento nella parte relativa agli obblighi di fornire informazioni sui meccanismi di ricorso a disposizione del prestatore di servizi intermediari e del destinatario del servizio che ha fornito i contenuti. Si prevede la possibilità che i coordinatori dei servizi sviluppino strumenti e orientamenti nazionali al fine di facilitare l'accesso a tali meccanismi da parte dei destinatari del servizio e che le competenti autorità giudiziarie o amministrative nazionali possano emettere, sulla base del diritto dell'Unione o nazionale applicabile, un ordine di ripristino dei contenuti, qualora tali contenuti fossero conformi alle condizioni generali del prestatore di servizi intermediari, ma siano stati erroneamente considerati illegali da tale prestatore e siano stati rimossi.

La necessità di rispettare i diritti fondamentali di tutte le persone interessate nel delicato problema del rimuovere o disabilitare l'accesso ai contenuti illegali, senza pregiudicare indebitamente la libertà di espressione e di informazione dei destinatari dei servizi, è ribadita dai Considerando 51) e 52) che, a tal fine, fanno riferimento alla necessità di una notifica di segnalazione mirata e ad un agire senza indugio qualora siano notificati presunti contenuti illegali che comportano una minaccia per la vita o la sicurezza delle persone, in particolare tenendo conto del tipo di contenuto illegale. Il dato è ripetuto più volte anche con l'introduzione, nel Regolamento, di nuovi Considerando, come per esempio il 53), che insiste soprattutto sulla necessità di una spiegazione dettagliata dei motivi sia della segnalazione sia dell'eventuale disabilitazione o rimozione dei contenuti. Maggiori cautele riguardano l'identità della persona o dell'entità che ha presentato la segnalazione, in particolare laddove si indica che si dovrebbe rivelarla solo se tale informazione è necessaria per identificare l'illegalità del contenuto. Il dato si evince dalla nuova formulazione del Considerando 54) del Regolamento.

Rispetto a COM(2020) 825, nuove sono anche le previsioni in tema di divieto all'uso di c.d. "dark pattern", ossia dei "percorsi oscuri" sulle interfacce delle piattaforme *online* che distorcono o

compromettono in misura rilevante, intenzionalmente o di fatto, la capacità dei destinatari del servizio di compiere scelte o decisioni autonome e informate. Si tratta per esempio, come specifica il Considerando 67) del Regolamento, di scelte di progettazione volte a indirizzare il destinatario verso azioni che apportano benefici al fornitore di piattaforme *online*, ma che possono non essere nell'interesse dei destinatari, presentando le scelte in maniera non neutrale. Si pensi all'attribuzione di maggiore rilevanza a talune componenti visive, auditive o di altro tipo, nel chiedere al destinatario del servizio di prendere una decisione oppure alla prassi di rendere la procedura di cancellazione di un servizio notevolmente più complessa di quella di aderirvi, o rendendo talune scelte più difficili o dispendiose in termini di tempo rispetto ad altre.

Il dato è ribadito nella formulazione del nuovo articolo 25 del Regolamento, ai sensi del quale i fornitori di piattaforme *online* non progettano, organizzano o gestiscono le loro interfacce *online* in modo tale da ingannare o manipolare i destinatari dei loro servizi o da materialmente falsare o compromettere altrimenti la capacità dei destinatari dei loro servizi di prendere decisioni libere e informate.

Da segnalare in questo contesto è inoltre la previsione dell'art. 26, par. 3 del Regolamento, laddove si prevede che i fornitori di piattaforme *online* non possono presentare pubblicità ai destinatari del servizio basate sulla profilazione (come definita all'articolo 4, punto 4), del regolamento (UE) 2016/679: GDPR) utilizzando le categorie speciali di dati personali di cui all'articolo 9, par. 1, del GDPR.

Anche sulla trasparenza dei sistemi di raccomandazione ci sono delle precisazioni che emergono dalla diversa formulazione dell'art 27 del Regolamento rispetto alla previsione del corrispondente articolo art. 29 COM(2020) 825. Nello specifico, il riferimento è al paragrafo 2 dell'art. 27 del Regolamento, ove si dispone che i principali parametri che chiariscono il motivo per cui talune informazioni sono suggerite al destinatario del servizio devono comprendere alcuni elementi e, segnatamente i criteri più significativi per determinare le informazioni suggerite al destinatario del servizio e le ragioni per l'importanza relativa di tali parametri.

Ulteriore novità importante, che merita di essere segnalata, è la maggiore attenzione alla protezione *online* dei minori, alla quale è dedicato l'art. 28 del Regolamento. Si richiede, infatti, che i fornitori di piattaforme *online* accessibili ai minori adottino misure adeguate e proporzionate per garantire un

elevato livello di tutela della vita privata, di sicurezza e di protezione dei minori. Sono previsti specifici divieti anche con riferimento alla pubblicità basata sulla profilazione, qualora i fornitori di piattaforme siano consapevoli, con ragionevole certezza, che il destinatario del servizio sia un minore.

Nella stessa direzione muove la nuova formulazione dell'art. 14 del Regolamento che prevede, al par. 3, che se un servizio intermediario è principalmente destinato a minori o è utilizzato in prevalenza da questi, il prestatore di tale servizio deve spiegare, in modo comprensibile per i minori, le condizioni e le restrizioni che si applicano all'utilizzo del servizio.

La protezione dei minori, come importante obiettivo politico dell'Unione, è reso esplicito dal Considerando 71) del Regolamento. Non vi erano previsioni uguali in COM(2020) 825, nonostante nei Considerando non mancassero generici riferimenti alla necessità di tutela di minori e soggetti vulnerabili.

Restano due aspetti che meritano di essere segnalati come novità del Regolamento (UE) 2022/2065 rispetto alla proposta di COM(2020) 825 final. Il primo riguarda la valutazione del rischio di cui all'art. 34, che corrisponde all'art 26 di COM(2020) 825 final, dal quale si differenzia nel par.1, per i riferimenti alla diligenza nella valutazione dei rischi sistemici, alla possibilità che tali rischi possano derivare da sistemi algoritmici, alla previsione che la valutazione del rischio debba essere specifica per i loro servizi e proporzionata ai rischi sistemici, tenendo in considerazione la loro gravità e la loro probabilità.

Anche nel riferimento ai rischi sistemici, il par. 1 dell'art. 34 del Regolamento presenta delle modifiche rispetto a quanto previsto da COM(2020) 825 final, in particolare perché si tiene conto di eventuali effetti negativi, anche solo prevedibili, per l'esercizio dei diritti fondamentali. Vi è, al riguardo, un espresso riferimento alla dignità umana, alla tutela dei dati personali e alla libertà e al pluralismo dei media, oltre all'aggiunta del riferimento esplicito a qualsiasi effetto negativo, attuale o prevedibile, in relazione alla violenza di genere, alla protezione della salute pubblica e dei minori e alle gravi conseguenze negative per il benessere fisico e mentale della persona.

Significativo appare, inoltre, il riconoscimento in favore dei destinatari del servizio, ai sensi dell'art. 54 del Regolamento, di un diritto al risarcimento in presenza di danni o perdite subite a causa di una violazione degli obblighi stabiliti dal

Regolamento stesso da parte dei fornitori di servizi intermediari.

Non mancano differenze e modifiche con riferimento alle previsioni relative alla risoluzione extragiudiziale delle controversie, all'apparato burocratico disegnato per controllare il rispetto del Regolamento ed anche all'articolazione delle sezioni del Regolamento stesso, con delle differenze non sempre solo formali. Per esempio, la previsione dell'obbligo di attivarsi senza alcun *input*, nel caso di conoscenza di informazioni che fanno sospettare che sia stato commesso, si stia commettendo o probabilmente sarà commesso un reato grave che comporta una minaccia per la vita o la sicurezza delle persone, era disciplinato dall'art. 21 di COM(2020) 825 final, che corrisponde all'attuale articolo 18 del Regolamento. La modifica non è solo numerica, in quanto si tratta di un obbligo che non riguarda più le disposizioni aggiuntive applicabili ai fornitori di piattaforme *online*, ma per effetto dello spostamento della previsione dalla sezione 3 alla sezione 2 del Regolamento, riguarda anche i prestatori di servizi di memorizzazione di informazioni.

SARA TOMMASI

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R2065&from=EN>

2. Approvato il ‘Digital Markets Act’: Regolamento (UE) 2022/1925 del 14.09.2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive 2019/1937/UE e 2020/1828/UE.

Il 14 settembre 2022, dopo meno di due anni dalla proposta della Commissione europea COM(2020) 842 final del 15 dicembre 2020 (di seguito la “**Proposta**”: su cui v. la notizia n. 4 nel numero 1/2021 di questa Rubrica: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2021/03/Osservatorio.pdf>), è intervenuta l'approvazione del Regolamento 2022/1925/UE del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive 2019/1937/UE e 2020/1828/UE (c.d. *Digital Markets Act* o regolamento sui mercati digitali, di seguito “**DMA**” o il “**Regolamento**”).

Perno della strategia digitale dell'Unione Europea (*Shaping Europe's Digital Future*:

https://commission.europa.eu/system/files/2020-02/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en_4.pdf), il DMA appronta una disciplina dei mercati digitali ponendo enfasi sui servizi di piattaforma di base forniti dai cc.dd. *gatekeepers* (controllori dell'accesso).

| 702

Il dato empirico mostra che le caratteristiche di questi servizi digitali, ossia gli effetti di rete, le estreme economie di scala e l'estrazione di dati personali su larga scala, sono foriere di pericolose concentrazioni di potere economico nelle mani di un numero ridotto di imprese di grandi dimensioni, che esercitano un significativo grado di dipendenza sia degli utenti commerciali sia degli utenti finali (cfr. *Considerando 2*) DMA). Ne derivano, come corollari, l'esistenza di barriere elevate all'ingresso e all'uscita e una ridotta contendibilità dei mercati di riferimento (cfr. *Considerando 3*) DMA). Su questo retroterra si appunta il rischio di gravi squilibri di potere contrattuale, che si sostanziano in pratiche sleali e nell'imposizione di condizioni inique, tanto per gli utenti commerciali quanto per gli utenti finali. Inoltre, si teme che i *gatekeeper* tengano condotte tali da non consentire la piena comprensione dei vantaggi che essi ritraggono dagli apporti dell'utenza (cfr. *Considerando 33*) DMA).

L'ambito applicativo del Regolamento è, dunque, tangente alla materia della concorrenza *tout court* (il cui regime – artt. 101 e 102 TFUE *in apicibus* – resta impregiudicato *ex art. 1, par. 6* DMA), e ad essa si accosta, in chiave integrativa, attraverso un quadro uniformato di tutela dell'interesse giuridico a che i mercati in cui sono presenti *gatekeeper* siano e rimangano equi e contendibili (v. art. 1, parr. 1 e 2 DMA).

Preme evidenziare un dato cruciale, che emerge già nella parte iniziale del Preambolo del Regolamento: il regime in analisi poggia sulla correlazione tra due nozioni fondamentali, cioè a dire quelle di *gatekeeper* e di servizio di piattaforma di base. Come chiarito al *Considerando 15*), infatti, il fatto che un servizio digitale costituisca un servizio di piattaforma di base non solleva di per sé preoccupazioni sufficientemente gravi in termini di contendibilità o pratiche sleali; esse emergono solo nei casi in cui tale servizio costituisce un punto di accesso importante ed è gestito da un'impresa che può vantare un impatto significativo nel mercato interno e una posizione consolidata e duratura o da un'impresa che prevedibilmente vanterà una simile posizione nel prossimo futuro.

Il primo concetto chiave è quello di “servizi di piattaforma di base”. Sul punto, all'art. 2, lett. g) e h) DMA è dato riscontrare, rispetto alla Proposta, un ampliamento del perimetro definitorio che,

attualmente, ricomprende i servizi di *browser web* e gli assistenti virtuali.

Rispetto alla Proposta, rimane inalterata la nozione di *gatekeeper*, di cui all'art. 3 DMA, che compete a quelle imprese che: i) hanno un impatto significativo sul mercato interno; ii) gestiscono un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (*gateway*) tra gli utenti commerciali e gli utenti finali, e iii) detengono una posizione consolidata e duratura nel proprio settore di mercato (o si prevede che la acquisiranno in futuro). La competenza ad attribuire la qualifica si conferma della Commissione e si correda, al par. 3, dei pertinenti obblighi di comunicazione e, all'art. 4 DMA, del potere di riesame dello *status*. Variazioni, eminentemente quantitative, interessano la presunzione relativa di cui al par. 2, lett. a) nel senso di un innalzamento delle soglie dimensionali. Il primo requisito si ritiene soddisfatto se l'impresa raggiunge un fatturato annuo nell'Unione pari o superiore a 7,5 miliardi di euro in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari o se la sua capitalizzazione di mercato media o il suo valore equo di mercato equivalente era quanto meno pari a 75 miliardi di euro nell'ultimo esercizio finanziario, e se essa fornisce lo stesso servizio di piattaforma di base in almeno tre Stati membri. Il secondo può presumersi in caso di prestazione di un servizio di piattaforma di base che, nell'ultimo esercizio finanziario, annovera almeno 45 milioni di utenti finali attivi su base mensile, stabiliti o situati nell'Unione, e almeno 10.000 utenti commerciali attivi su base annua stabiliti nell'Unione, identificati e calcolati conformemente alla metodologia e agli indicatori di cui all'allegato al DMA (c'è un solo allegato). Infine, il terzo requisito può presumersi se le soglie di cui alla lettera b) sono state raggiunte in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari.

Giova precisare che, trattandosi di presunzione *iuris tantum*, l'operatore economico è ammesso a fornire la prova contraria ai sensi del par. 5.

Ciò posto, è opportuno porre l'accento su un aspetto fortemente indicativo della linea di politica del diritto seguita dal DMA. Il legislatore europeo si è premurato in più punti di prevedere salvaguardie avverso la possibile obsolescenza delle prescrizioni a causa del mutamento tecnologico e delle dinamiche di mercato. Sebbene si tratti di un regolamento, e debba parlarsi perciò di uniformazione, con relativa assunzione del monopolio disciplinare in materia, il quadro si pone come *level playing field* e, dunque, come statuto di base suscettibile di (auto)integrazione. In quest'ottica, entrambe le fondamentali nozioni di *gatekeeper* e di servizi di piattaforma di base possono essere ampliate dalla Commissione ai



sensi, rispettivamente, degli artt. 17 e 19 DMA, previo esperimento di una pertinente indagine di mercato (art. 16 DMA).

Cuore pulsante del regolamento è l'insieme dei divieti e degli obblighi prescritti ai *gatekeeper* al Capo III e distribuiti lungo gli artt. 5, 6 e 7 DMA. Tra i principali, possono annoverarsi i divieti posti al *gatekeeper* dall'art. 5, par. 2 DMA di: *a*) trattamento, ai fini della fornitura di servizi pubblicitari *online*, dei dati personali degli utenti finali che utilizzano servizi di terzi che si avvalgono di servizi di piattaforma di base; *b*) combinare i dati personali provenienti dal pertinente servizio di piattaforma di base con dati personali provenienti da altri servizi di piattaforma di base o da eventuali ulteriori servizi forniti dal *gatekeeper* o con dati personali provenienti da servizi di terzi; *c*) utilizzare in modo incrociato dati personali provenienti dal pertinente servizio di piattaforma di base in altri servizi forniti separatamente dal *gatekeeper*, compresi altri servizi di piattaforma di base, e viceversa; *d*) far accedere con registrazione gli utenti finali ad altri servizi del *gatekeeper* al fine di combinare dati personali. Tuttavia, si tratta in tutti questi casi di divieti che non operano laddove il *gatekeeper* abbia ottenuto un consenso dagli interessati ai sensi degli artt. 4, n.11 e 7 del Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR). A tal fine, sempre nell'art. 5, par. 2 DMA è previsto che se l'utente finale ha negato o revocato il consenso, il *gatekeeper* non possa ripetere la sua richiesta di consenso per la stessa finalità più di una volta nell'arco di un anno. In ogni caso, tuttavia, l'ultima proposizione dell'art. 5, par. 2 DMA, prevede che non è pregiudicata per il *gatekeeper* la facoltà di avvalersi delle basi del trattamento dei dati personali di cui all'art. 6, par. 1 lettere *c*) (obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento), *d*) (salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica) ed *e*) (esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento) del GDPR.

Ai sensi dell'art. 9 DMA, l'operatività di una o più prescrizioni è suscettibile di sospensione, con decisione motivata della Commissione, ove un'impresa dimostri che l'osservanza metterebbe a rischio, a causa di circostanze eccezionali ed eccedenti la propria sfera di controllo, la redditività economica della sua attività nell'Unione. Questa possibilità deve ritenersi esplicitazione del principio di proporzionalità delle misure in funzione degli obiettivi perseguiti, che percorre trasversalmente il regolamento (*inter alia*, cfr. Considerando 28) e 66) DMA).

L'applicazione di uno o più obblighi specifici può financo escludersi laddove, per motivi di salute pubblica e sicurezza pubblica (secondo l'interpretazione della CGUE; cfr. Considerando 67) DMA) la Commissione, *ex officio* ovvero su impulso di parte, ritenga di emanare una decisione di esclusione ai sensi dell'art. 10 DMA.

Come sopra accennato, alla rapida evoluzione tecnologica e dei mercati il legislatore europeo risponde, oltre che – s'intende – con l'echeggiata premura per la proporzionalità delle misure, soprattutto con una regolazione programmaticamente flessibile. In quest'ottica, ai sensi dell'art. 12 DMA, la Commissione, mediante l'agile strumento della legislazione delegata, può aggiornare gli obblighi di cui agli artt. 5 e 6 DMA, con i limiti di cui al par. 2 dell'art. 12 DMA. Come evidenziato al Considerando 69 DMA, le integrazioni sono da adottare esclusivamente a valle di indagini approfondite e capillari sulla natura e sull'impatto di pratiche specifiche sul mercato, per sondare adeguatamente la slealtà e la portata limitativa della contendibilità.

Particolare enfasi è posta al contrasto all'elusione della disciplina e, in particolare, delle soglie quantitative di cui all'art. 3, par. 2 DMA. In proposito, l'art. 13 DMA pone un secco divieto di segmentare, dividere, suddividere, frammentare o separare i servizi mediante mezzi contrattuali, commerciali, tecnici o di qualsiasi altro tipo, e precisa che nessuna di tali pratiche impedisce alla Commissione di designare l'impresa come *gatekeeper*, ordinando, se del caso, la trasmissione di tutte le informazioni necessarie.

Completano il Capo III l'obbligo di informare la Commissione sui progetti di concentrazione ai sensi dell'art. 3 Reg. 2004/129/UE (art. 14 DMA) e l'obbligo di audit (art. 15 DMA).

In caso di inosservanza degli obblighi di cui agli artt. 5, 6, o 7 DMA, è previsto che la Commissione adotti, sulla base delle risultanze dei controlli informativi e/o ispettivi, una decisione di esecuzione (art. 29 DMA) in cui si dia conto: delle singole violazioni; delle misure di cui all'art. 8, par. 2 DMA; delle misure provvisorie adottate *ex art.* 24 DMA; degli impegni giuridicamente vincolanti assunti dal *gatekeeper* ai sensi dell'art. 25 DMA; dei rimedi in caso di inosservanza sistemica *ex art.* 18, par. 1 DMA. Nel provvedimento, la Commissione può inoltre irrogare ammende il cui importo non supera il 10% del fatturato totale realizzato a livello mondiale nel corso del precedente esercizio finanziario (art. 30, par. 1 DMA) ovvero fino al 20% del fatturato totale realizzato a livello mondiale nel corso del

precedente esercizio finanziario, se constata che il *gatekeeper* ha commesso, in relazione allo stesso servizio di piattaforma di base, un'infrazione identica o simile a una già rilevata con decisione negli otto anni precedenti (art. 30, par. 2 DMA).

Alle sanzioni pecuniarie si accompagna, nei casi di inosservanza sistematica, il potere di adozione, da parte della Commissione, di atti di esecuzione che impongono all'impresa l'assunzione di qualsiasi rimedio comportamentale o strutturale proporzionato e necessario per garantire l'effettivo rispetto del regolamento (art. 18, par. 1 DMA). L'inosservanza si qualifica come sistematica laddove la Commissione abbia adottato negli ultimi otto anni almeno tre decisioni di esecuzione a norma dell'art. 29 DMA in relazione a uno dei suoi servizi di piattaforma di base.

VALENTINO RAVAGNANI

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R1925&from=EN>

3. Approvato il 'DORA': Regolamento (UE) 2022/2554 del 14.12.2022 relativo alla resilienza operativa digitale per il settore finanziario e che modifica i regolamenti (CE) n. 1060/2009, (UE) n. 648/2012, (UE) n. 600/2014, (UE) n. 909/2014 e (UE) 2016/1011

Nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 27.12.2022 è stato pubblicato il Regolamento (UE) 2022/2554 del 14.12.2022 relativo alla resilienza operativa digitale per il settore finanziario (di seguito solo il "**Regolamento**" o "**DORA**", acronimo per *Digital Operational Resilience Act*). Si tratta del testo rispondente al documento P9_TA(2022)0381 del 10 novembre 2022 con il quale il Parlamento europeo approvava, con alcune modifiche frutto di un compromesso col Consiglio, la proposta di regolamento COM(2020)0595.

Il Regolamento si inserisce nel "Piano d'azione per le tecnologie finanziarie: per un settore finanziario europeo più competitivo e innovativo" elaborato nel 2018 dalla Commissione europea. Il testo finale del DORA si pone in continuità anche col parere congiunto emesso nell'aprile 2019 da EBA, ESMA ed EIOPA (di seguito le Autorità Europee di Vigilanza o "**AEV**") che invocava "*l'adozione di un approccio coerente ai rischi informatici nel settore finanziario e si raccomandava di potenziare, in maniera proporzionata, la resilienza operativa digitale*".

Il settore della finanza è stato fortemente interessato dall'evoluzione dell'*Information and Communication Technology* (c.d. "**ICT**" o "**TIC**" nell'acronimo italiano) tanto che quest'ultima ha "*conquistato un ruolo essenziale nella fornitura di servizi finanziari*" (Considerando 2) DORA). Soprattutto alla luce di possibili attacchi informatici, è riconosciuto che tale "interconnessione" tra finanza e ICT può rappresentare una criticità del sistema finanziario, particolarmente per quegli enti con un ruolo "sistemico" nel mercato a causa delle loro dimensioni (cfr. Considerando 3) DORA e il riferimento ivi contenuto al Comitato europeo per il rischio sistemico – CERS/ESRB dal suo acronimo in lingua inglese: *European Systemic Risk Board*).

All'evoluzione tecnologica, inoltre, non si è affiancata un'evoluzione normativa che, finora, si mostra frammentata e, sostanzialmente, di livello nazionale. Ecco, dunque, che il Regolamento "*mira a consolidare e aggiornare i requisiti in materia di rischi informatici nell'ambito dei requisiti in materia di rischi operativi che sono stati finora trattati separatamente in vari atti giuridici dell'Unione*" e "*colma pertanto le lacune o pone rimedio alle incoerenze di taluni fra i precedenti atti legislativi ... [nds, Esso] dovrebbe altresì accrescere la consapevolezza dei rischi informatici e riconoscere che gli incidenti connessi alle TIC e la mancanza di resilienza operativa potrebbero compromettere la solidità delle entità finanziarie*" (Considerando 12) DORA). Il Regolamento si inserisce in un percorso normativo dell'UE dove si colloca anche il Regolamento (UE) 2022/858 relativo a un regime pilota per le infrastrutture di mercato basate sulla tecnologia a registro distribuito (c.d. **Regolamento DLT**) (su cui v. notizia n. 2 nel numero 2/2022 in questa Rubrica: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2022/08/Osservatorio-2-2022.pdf>) e la proposta di **Regolamento sui mercati delle criptovalute** (c.d. MiCAR, acronimo per *Markets in Crypto-Assets Regulation*), (su cui v. notizia n. 3 nel numero 2/2022 in questa Rubrica: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2022/08/Osservatorio-2-2022.pdf>).

I destinatari del DORA, chiamati "entità finanziarie" (art. 2.2 DORA), sono sia soggetti tradizionali (ad esempio, banche e assicurazioni), sia "*fornitori di servizi per le cripto-attività*", sia i "*fornitori terzi di servizi TIC*" (art. 2.1 DORA).

L'art. 3 del Regolamento elenca una serie di definizioni, mentre il successivo art. 4 richiama il principio di proporzionalità, sancito anche nel considerando 13, per cui le norme del DORA dovranno essere applicate "*tenendo conto delle ...*"



dimensioni e del ... profilo di rischio complessivo, nonché della natura, della portata e della complessità dei loro servizi, delle loro attività e della loro operatività”.

L’art. 1 descrive l’oggetto del Regolamento che sostanzialmente può dividersi in 5 pilastri, similmente a quanto ipotizzato nella precedente versione del testo, come qui di seguito riassunti.

I. Governance e organizzazione (art. 5 DORA)

Le entità finanziarie devono predisporre *“un quadro di gestione e di controllo interno che garantisca una gestione efficace e prudente di tutti i rischi informatici, ... al fine di acquisire un elevato livello di resilienza operativa digitale”* (art. 5). L’organo amministrativo ha *“la responsabilità generale di definire e approvare la strategia di resilienza operativa digitale”* e a tal fine deve: i) predisporre *“politiche miranti a garantire il mantenimento di standard elevati di disponibilità, autenticità, integrità e riservatezza dei dati”*; ii) definire *“chiaramente ruoli e responsabilità per tutte le funzioni connesse alle TIC”* e iii) stabilire *“adeguati meccanismi di governance al fine di garantire una comunicazione, una cooperazione e un coordinamento efficaci e tempestivi”* tra le menzionate funzioni (art. 5). All’organo gestionale compete anche l’approvazione, supervisione e riesame dei piani di risposta e ripristino delle infrastrutture ICT in seguito a attacchi informatici.

Vale la pena precisare che le suddette disposizioni sono coerenti con le Linee guida dell’EBA (EBA/GL/2019/04) sulla sicurezza e gestione del rischio ICT e dell’EIOPA (EIOPA-BoS-20/600) sulla sicurezza e governance ICT.

II. Risk management (artt. 6 – 16 DORA)

L’art. 6 si preoccupa di stabilire che le entità finanziarie istituiscano un quadro per la gestione dei rischi informatici *“solido, esaustivo e adeguatamente documentato”* che comprenda *“almeno”* strategie e procedure per proteggere i dati e per assicurare la resilienza e continuità delle attività ICT (art. 11).

Con la sola eccezione delle microimprese, per cui il Regolamento non stabilisce una tempistica, il quadro per la gestione dei rischi informatici deve essere riesaminato annualmente e, comunque, in occasione di gravi incidenti informatici o su richiesta delle AEV, che possono sempre chiedere informazioni sul quadro generale.

Le entità finanziarie devono costantemente monitorare e aggiornare le proprie strategie di resilienza e infrastrutture digitali, che devono essere proporzionate alle proprie dimensioni, affidabili e resilienti (art. 7 e 9). Come anticipato, alle entità

finanziarie spetta anche l’individuazione delle funzioni aziendali che utilizzano strumenti ICT (art. 8), le quali devono costantemente essere sensibilizzate e formate sul rischio informatico. Nondimeno, un numero sufficiente di risorse umane (adeguatamente formato) deve essere dedicato alla raccolta di informazioni sulla vulnerabilità dei sistemi ICT aziendali e le sue possibili conseguenze (art. 13).

In aggiunta a quanto sopra, gli enti finanziari devono predisporre meccanismi idonei ad individuare automaticamente e tempestivamente le attività anomale, nonché *“punti di vulnerabilità (points of failure) importanti”* (art. 10).

Le entità finanziarie devono predisporre in anticipo *“piani di comunicazione delle crisi [nds, che includano la comunicazione iniziale e gli aggiornamenti sui suoi sviluppi] che consentano una divulgazione responsabile di informazioni riguardanti, almeno, gravi incidenti connessi alle TIC o vulnerabilità”* ai vari stakeholder (art. 14).

In occasione di incidenti ICT, gli enti finanziari devono esaminarne le cause integrando quanto è stato imparato dal fenomeno nel quadro per la gestione dei rischi informatici.

III. Gestione, classificazione e segnalazione degli incidenti informatici (artt. 17 – 23 DORA)

Con le norme in commento il Regolamento intende semplificare alcuni adempimenti già previsti dalla normativa vigente.

In particolare, le entità finanziarie dovranno predisporre un *“processo di gestione degli incidenti connessi alle TIC”* (art. 17), implementando piani di continuità operativa e di disaster recovery, nonché classificare e segnalare gli incidenti ICT, soprattutto quelli gravi (art. 19), all’Autorità competente. Il Regolamento non prevede scadenze temporali per la segnalazione rimettendo alle AEV l’adozione di standard tecnici entro 18 mesi dall’entrata in vigore della disciplina in commento.

Si rappresenta che le AEV dovranno emanare una relazione congiunta sulla fattibilità di un sistema centralizzato di segnalazione degli incidenti ICT (art. 21).

Il Regolamento, inoltre, all’art. 18, par. 2 stabilisce che le minacce informatiche si definiscono significative *“in base alla criticità dei servizi a rischio, comprese le operazioni dell’entità finanziaria, il numero e/o la rilevanza di clienti o controparti finanziarie interessati e l’estensione geografica delle aree a rischio”*. Se, da un lato, la registrazione di tali minacce è obbligatoria, dall’altro, il DORA, coerentemente con quanto stabilito dalla direttiva 2016/1148/UE (c.d. direttiva

NIS), prevede che la notifica alle Autorità nazionali di vigilanza sia volontaria laddove le entità finanziarie “ritengano che la minaccia sia rilevante per il sistema finanziario, gli utenti dei servizi o i clienti” (art. 19).

IV. Test di resilienza operativa digitale (artt. 24 – 27 DORA).

Il Regolamento prevede che annualmente gli enti finanziari, diversi dalle microimprese, debbano sottoporre le proprie funzioni e servizi ICT critici e il proprio quadro di gestione dei rischi informatici a un test di resilienza operativa digitale “solido ed esaustivo” al fine di individuare le criticità dei propri sistemi e risolverle (art. 24).

In aggiunta a quanto sopra, le entità finanziarie di rilevanti dimensioni, o che hanno un ruolo sistemico nel mercato finanziario, dovranno svolgere anche “test di penetrazione basati su minacce, con cadenza almeno triennale”, c.d. *Thread-Led Penetration Testing* o TLPT (art. 26). Tali test devono riguardare almeno le funzioni e i servizi critici (art. 24).

I test devono essere svolti da soggetti, interni o esterni – quest’ultimi certificati dalle Autorità nazionali competenti -, indipendenti e con elevate competenze tecniche. In particolare, quelli incaricati di svolgere i test di penetrazione devono avere i requisiti di cui all’art. 27. Se i test sono svolti da un soggetto interno, le entità finanziarie dovranno dedicare risorse sufficienti a tale attività e garantiscono che siano evitati conflitti d’interessi durante le fasi di progettazione ed esecuzione del test. I test, inoltre, devono essere sempre improntati al principio di proporzionalità informante il Regolamento.

V. Gestione dei rischi informatici derivanti da terzi (artt. 28 – 44 DORA)

Il DORA dedica attenzione anche ai fornitori di servizi ICT critici i quali corrono i medesimi rischi delle entità finanziarie. Essi, pertanto, saranno assoggettati ad ampi poteri di supervisione e vigilanza delle AEV. Così quest’ultime potranno chiedergli di apportare modifiche alle proprie misure di sicurezza. Nondimeno, laddove ricorrano i requisiti stabiliti nel Regolamento, le AEV potranno imporre alle entità finanziarie di sospendere o risolvere i contratti con i propri fornitori di servizi ICT.

La normativa prevede anche delle condizioni contrattuali minime che gli operatori finanziari dovranno includere nei propri contratti con fornitori di servizi ICT al fine di garantire il rispetto delle previsioni del DORA.

Per quanto qui rileva, infine, bisogna precisare che il Regolamento rimette alla normativa secondaria, ossia i *Regulatory Technical Standard* o

gli *Implementing Technical Standard*, da adottare a seconda dei casi entro 12 o 18 mesi dall’entrata in vigore del Regolamento, la regolazione di aspetti di dettagli del Regolamento stesso. Peraltro, la violazione delle disposizioni del DORA è sanzionabile dalle Autorità Europee di Vigilanza (artt. 50 ss. DORA).

L’art. 64 prevede che il Regolamento entri in vigore il ventesimo giorno successivo alla sua pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell’Unione europea e che si applichi a decorrere dal 17 gennaio 2023.

EMANUELE STABILE

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R2554&from=EN>

4. Le modifiche apportate alla disciplina dell’abuso di dipendenza economica di cui alla legge sulla subfornitura, con decorrenza dal 31 ottobre 2022

Con decorrenza dal 31 ottobre 2022, l’art. 33 della legge 5 agosto 2022, n. 118 ha modificato la disciplina dell’abuso di dipendenza economica contenuta nella legge sulla subfornitura (art. 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192 recante la disciplina della subfornitura nelle attività produttive: di seguito “**l. subfornitura**”), disponendo due integrazioni di diritto sostanziale riguardanti le piattaforme digitali, e una modifica generale (ossia non limitata ai rapporti riguardanti le piattaforme digitali) sulla competenza giurisdizionale.

La prima integrazione riguarda la nozione di dipendenza economica. Come noto, la dipendenza economica non è di per sé vietata dalla l. subfornitura, essendone invece vietato l’abuso. Interessante appare la formulazione della norma che richiede di guardare agli “effetti di rete” e alla “disponibilità dei dati” per stabilire se possa dirsi che una piattaforma digitale abbia o meno un “ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori” dell’impresa di cui importi predicare una situazione di dipendenza economica dalla medesima piattaforma digitale. La seconda integrazione riguarda per l’appunto l’abuso di dipendenza economica. La norma prevede come figure sintomatiche di abuso di dipendenza economica pratiche informative ingannevoli (commisive od omissive) relativamente al servizio erogato dalla piattaforma digitale, oppure pratiche della piattaforma digitale che consistono nel pretendere dall’impresa prestazioni ingiustificate ovvero



nell'ostacolare il ricorso da parte di quest'ultima a fornitori diversi. Con la terza modifica è stata disposta la competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa per le controversie di abuso di dipendenza economica ai sensi della l. subfornitura. È una modifica di cui si avvertiva l'esigenza da tempo, a prescindere dai rapporti concernenti le piattaforme digitali.

In particolare:

- al primo comma dell'art. 9 l. subfornitura è stato aggiunto, in fine, il seguente periodo «*Salvo prova contraria, si presume la dipendenza economica nel caso in cui un'impresa utilizzi i servizi di intermediazione forniti da una piattaforma digitale che ha un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori, anche in termini di effetti di rete o di disponibilità dei dati*»;
- al secondo comma dell'art. 9 l. subfornitura è stato aggiunto, in fine, il seguente periodo: «*Le pratiche abusive realizzate dalle piattaforme digitali di cui al comma 1 possono consistere anche nel fornire informazioni o dati insufficienti in merito all'ambito o alla qualità del servizio erogato e nel richiedere indebite prestazioni unilaterali non giustificate dalla natura o dal contenuto dell'attività svolta, ovvero nell'adottare pratiche che inibiscono od ostacolano l'utilizzo di diverso fornitore per il medesimo servizio, anche attraverso l'applicazione di condizioni unilaterali o costi aggiuntivi non previsti dagli accordi contrattuali o dalle licenze in essere*»
- al terzo comma dell'art. 9 l. subfornitura è stato aggiunto, in fine, il seguente periodo: «*Le azioni civili esperibili a norma del presente articolo sono proposte di fronte alle sezioni specializzate in materia di impresa di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 16*»

Si tratta di modifiche importanti per una legge importante. Sembra opportuno sottolineare che la l. subfornitura del 1998 è interamente italiana: non fu emanata in attuazione di alcuna direttiva europea e non ha ricalcato modelli evidenti di legislazione di altri Stati membri dell'UE. Come può vedersi, essa ha invece anticipato molti temi oggi all'attenzione del diritto dell'Unione europea.

SALVATORE ORLANDO

<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1998:192%7Eart9>

5. La EU Interinstitutional declaration on digital rights and principles del 14.11.2022

| 707

Lo scorso 14 novembre 2022 il Consiglio dell'Unione europea ha annunciato, mediante un comunicato stampa, che si sono conclusi i negoziati tra gli Stati membri, il Parlamento e la Commissione per la stesura di una *interinstitutional* “*European declaration on digital rights and principles for the digital decade*” (“*Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale*”, la “**Dichiarazione**”).

A seguito della conclusione dei negoziati, Ivan Bartoš – vice Primo Ministro per la Digitalizzazione e Ministro per lo Sviluppo regionale della Repubblica Ceca (e cioè dello Stato membro che, sino al 31 dicembre 2022, presiede il Consiglio dell'UE) – ha annunciato che “*la Dichiarazione definisce una via europea per la trasformazione digitale delle nostre società ed economie*” posto che “*è essenziale promuovere e proteggere i nostri valori nell'ambiente digitale, che si tratti di privacy, controllo individuale sui dati, parità di accesso ai servizi e all'istruzione, condizioni di lavoro giuste ed eque, impegno nello spazio pubblico o libertà di scelta*”. L'augurio (o, come anche si suole dire, la *mission*) delle istituzioni europee è che “*la dichiarazione costituisca un punto di riferimento internazionale e ispiri altri Paesi e organizzazioni a seguire il nostro esempio*”.

La Dichiarazione – il cui testo definitivo non è ancora disponibile – prende le mosse dalla proposta adottata dalla Commissione il 26 gennaio 2022 (nel contesto della *2030 Digital Compass*: <https://futurium.ec.europa.eu/en/digital-compass>), la quale si articola in 6 “capitoli” che si pongono l'obiettivo di promuovere i valori europei nell'ambito della trasformazione digitale:

1. ponendo in primo piano le persone e i loro diritti;
2. sostenendo la solidarietà e l'inclusione;
3. garantendo la libertà di scelta online;
4. promuovendo la partecipazione allo spazio pubblico digitale;
5. aumentando la sicurezza, la protezione e la responsabilizzazione delle persone;
6. promuovendo la sostenibilità del futuro digitale;



il tutto facendo sì che la tecnologia digitale sia rivolta a beneficio di tutti gli individui e le imprese nonché della società nel suo complesso.

Il primo capitolo della Dichiarazione – finalizzato, come detto, a “mettere le persone al centro della trasformazione digitale” ponendo la tecnologia “al servizio [...] e a beneficio di tutti gli europei” per “metterli nelle condizioni di perseguire le loro aspirazioni, in tutta sicurezza e nel rispetto dei loro diritti fondamentali” – pone l’impegno delle istituzioni europee a “rafforzare il quadro democratico per una trasformazione digitale che vada a beneficio di ogni persona e migliori la vita di tutti gli europei”, “adottare le misure necessarie per garantire che i valori dell’Unione e i diritti delle persone riconosciuti dal diritto dell’Unione siano rispettati online così come offline”, “promuovere un’azione responsabile e diligente da parte di tutti gli attori digitali, pubblici e privati, per un ambiente digitale sicuro e protetto” e “promuovere attivamente questa visione della trasformazione digitale, anche nelle relazioni internazionali”.

Il secondo capitolo, finalizzato alla promozione della “solidarietà” e della “inclusione”, racchiude l’impegno delle istituzioni europee a “garantire che le soluzioni tecnologiche rispettino i diritti delle persone, consentano l’esercizio di tali diritti e promuovano l’inclusione”, “perseguire una trasformazione digitale che non lasci indietro nessuno, che includa in particolare gli anziani, le persone con disabilità, le persone emarginate, vulnerabili o prive di diritti, così come coloro che agiscono per loro conto” e “sviluppare quadri adeguati affinché tutti gli operatori del mercato che traggono vantaggio dalla trasformazione digitale si assumano le proprie responsabilità sociali e contribuiscano in modo equo e proporzionato ai costi delle infrastrutture, dei servizi e dei beni pubblici, a beneficio di tutti gli europei”. In questo contesto, l’obiettivo europeo è quello di garantire i diritti di “ogni persona” a un “accesso alla connettività digitale ad alta velocità a prezzi accessibili”, nonché “all’istruzione, alla formazione e all’apprendimento permanente” finalizzato ad “acquisire tutte le competenze digitali di base e avanzate”, ad avere “condizioni di lavoro eque, giuste sane e sicure” e “una protezione adeguata nell’ambiente digitale come nel luogo di lavoro fisico”, oltre all’“accesso a tutti i servizi pubblici principali online in tutta l’Unione”.

Il terzo capitolo della Dichiarazione, dedicato alla “libertà di scelta”, contiene l’impegno delle istituzioni europee a far sì che “ogni persona” sia “messa nelle condizioni di godere dei benefici offerti dall’intelligenza artificiale facendo le

proprie scelte informate nell’ambiente digitale, e rimanendo al contempo protetta dai rischi e dai danni alla salute, alla sicurezza e ai diritti fondamentali” e possa “essere in grado di scegliere realmente quali servizi online utilizzare, sulla base di informazioni obiettive, trasparenti e affidabili”, nonché di “competere lealmente e innovare nell’ambiente digitale”.

Alla “partecipazione allo spazio pubblico digitale” è dedicato il quarto capitolo della Dichiarazione, con cui le istituzioni si impegnano a: “sostenere lo sviluppo e l’utilizzo ottimale delle tecnologie digitali per stimolare il coinvolgimento dei cittadini e la partecipazione democratica”, “continuare a salvaguardare i diritti fondamentali online, in particolare la libertà di espressione e di informazione”, “adottare misure volte a contrastare tutte le forme di contenuti illegali proporzionatamente al danno che possono causare e nel pieno rispetto del diritto alla libertà di espressione e di informazione, senza imporre obblighi generali di sorveglianza” e “creare un ambiente online in cui le persone siano protette dalla disinformazione e da altre forme di contenuti dannosi”.

Il quinto capitolo contiene invece l’impegno istituzionale alla creazione di “un ambiente online sicuro e protetto”, alla “protezione dei propri dati personali online” nonché “alla riservatezza delle proprie comunicazioni e delle informazioni”. Esso contiene altresì alcuni impegni volti a garantire protezione, autonomia e responsabilità per “i bambini e i giovani”.

Il sesto capitolo – sulla “sostenibilità” – contiene, infine, l’impegno a “favorire lo sviluppo e l’utilizzo di tecnologie digitali sostenibili che abbiano un impatto ambientale e sociale minimo” e a “sviluppare e diffondere soluzioni digitali con ricadute positive per l’ambiente e il clima”.

L’esito dei negoziati è ora soggetto all’approvazione del Consiglio, del Parlamento europeo e della stessa Commissione. Per quanto riguarda il Consiglio, la presidenza ceca intende sottoporre l’accordo ai rappresentanti degli Stati membri (COREPER) il prima possibile per consentirne la firma da parte delle tre istituzioni cofirmatarie durante il Consiglio europeo di dicembre.

RICCARDO ALFONSI

<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/11/14/declaration-on-digital-rights-and-principles-eu-values-and-citizens-at-the-centre-of-digital-transformation/>

<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/declaration-european-digital-rights-and-principles#Declaration>

6. Il codice deontologico “rafforzato” del 2022 di buone pratiche contro la disinformazione.

Lo scorso 16 giugno 2022 è stato presentato il codice rafforzato di buone pratiche sulla disinformazione (“codice rafforzato”, in inglese *2022 Strengthened Code of Practice on Disinformation*), firmato da 34 soggetti operanti nel settore (piattaforme *online*, rappresentanti della società civile, della pubblicità, della ricerca, associazioni di categoria, etc.). Il codice rafforzato rappresenta il tentativo di aggiornare il codice di buone pratiche sulla disinformazione approvato nel 2018 (“codice 2018”, in inglese: *Code of Practice on Disinformation*) alle indicazioni provenienti dalla Commissione europea, che nel maggio 2021 aveva fornito delle linee guide (“*Guidance*”), e dal lungo processo di revisione e monitoraggio avviato autonomamente dai diversi soggetti firmatari.

Tale processo era iniziato nel gennaio del 2019, quando i firmatari avevano pubblicato una prima relazione sull’implementazione degli impegni assunti nel codice 2018. Nell’ottobre dello stesso anno, gli stessi firmatari avevano presentato un interessante report di autovalutazione che restituiva i vari progressi effettuati dalle piattaforme e dagli inserzionisti. Nel settembre 2020 la Commissione europea aveva reso pubblica la sua prima valutazione del codice 2018, riconoscendo che gli impegni assunti avevano garantito una maggiore trasparenza e partecipazione delle piattaforme nella lotta alla disinformazione. La stessa valutazione indicava diversi punti critici del codice 2018, primo fra tutti il mancato accesso ai dati per una valutazione terza e indipendente circa il fenomeno della disinformazione in rete.

Il 26 maggio 2021, anche sulla scorta di quanto emerso in relazione alla disinformazione online in tempi di pandemia Covid-19, la Commissione ha così pubblicato le *Guidance*, indicando come il codice 2018 andrebbe migliorato. Sviluppando i rilievi presentati l’anno precedente, le *Guidance* insistono sulla necessità di migliorare l’accesso ai dati, di creare un miglior monitoraggio del fenomeno e di responsabilizzare maggiormente gli utenti dei servizi dell’informazione. Grande importanza era riconosciuta alla c.d. *Demonetising disinformation*, ossia alla riduzione della diffusione di disinformazione sui servizi dei firmatari o su siti

web di terzi tramite l’impegno a non inserire della pubblicità accanto a contenuti di disinformazione o in luoghi noti per la pubblicazione ripetuta di disinformazione. Orbene, il recente codice rafforzato recepisce tutte queste indicazioni, innova il testo originario e aumenta il numero di soggetti coinvolti.

Per quanto concerne l’oggetto, il codice rafforzato fa riferimento alla disinformazione come definita dalla Commissione europea nella Comunicazione sull’*European Democracy Action Plan* del 3 dicembre 2020, COM(2020) 790 final (su cui v. la notizia n. 1 nel numero 1/2021 di questa Rubrica: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2021/03/Osservatorio.pdf>), ripetendone le varie accezioni di cattiva informazione (“contenuti falsi o fuorvianti, condivisi senza intenzione fraudolenta, anche se gli effetti possono comunque essere dannosi, ad esempio quando le persone condividono informazioni false con amici e familiari in buona fede”), disinformazione (“contenuto falso o fuorviante, diffuso con l’intento di ingannare o ottenere un guadagno economico e che può provocare danni pubblici”), influenza delle informazioni (“sforzi coordinati da parte di soggetti nazionali o esterni volti a influenzare il pubblico destinatario utilizzando una serie di mezzi ingannevoli, tra cui la soppressione di fonti di informazione indipendenti in combinazione con la disinformazione”) e di ingerenze straniere nello spazio informativo (“misure coercitive e ingannevoli impiegate da un soggetto statale straniero o dai suoi agenti per ostacolare la libertà di informazione e di espressione della volontà politica degli individui”).

Il codice rafforzato si compone di un preambolo e di sette sezioni, in cui si affermano 44 impegni (*commitment*). Rispetto a molti di questi impegni assunti dai firmatari, il codice prevede anche delle pratiche attuative (*measures*) ed offre indicazioni concrete. La sezione sul controllo delle inserzioni pubblicitarie (“*scrutiny of ad placements*”) racchiude impegni importanti come quello a evitare l’uso di sistemi pubblicitari per diffondere, sotto forma di messaggi pubblicitari, della disinformazione. La sezione successiva si occupa del tema dei messaggi pubblicitari politici e riflette le osservazioni che la Commissione e gli stessi firmatari hanno ricavato dall’osservazione delle ultime elezioni europee. È interessante notare che il codice rafforzato non offre una specifica definizione di *political advertising*, preferendo richiamare quella contenuta nella proposta di regolamento relativo alla trasparenza e al targeting della

pubblicità politica (art. 2.1, 2: “la preparazione, collocazione, promozione, pubblicazione o diffusione, con qualsiasi mezzo, di un messaggio: a) di, a favore o per conto di un attore politico, salvo se di natura meramente privata o meramente commerciale; oppure b) che possa influenzare l'esito di un'elezione o di un referendum, di un processo legislativo o regolamentare o di un comportamento di voto”) (su questa proposta v. la notizia n. 6 nel numero 1/2022 di questa Rubrica: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2022/04/Osservatorio.pdf>). Non dovesse tale proposta di regolamento sulla pubblicità politica essere approvata nel primo anno di vigenza del codice rafforzato, i firmatari del codice rafforzato si impegnano ad affidare a una task-force l'elaborazione di una definizione analoga. La sezione sull'integrità dei servizi contiene tre raccomandazioni, tra cui quella propria dei fornitori di sistemi di intelligenza artificiale e che diffondono contenuti generati e manipolati dall'IA attraverso i loro servizi (es. *deepfakes*) a prendere in considerazione gli obblighi di trasparenza e l'elenco delle pratiche manipolative di cui alla proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale (su cui v. la notizia n. 1 nel numero 1/2021 di questa Rubrica: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2021/03/Osservatorio-1.pdf>). La sezione “*empowering users*” presenta numerosi impegni, tra cui quello a ridurre al minimo i rischi di propagazione virale di contenuti di disinformazione tramite l'adozione di pratiche di progettazione sicure nello sviluppo. La sezione “*empowering the research community*” disciplina, tra le altre cose, l'accesso automatizzato (es. API) e l'utilizzo per finalità di ricerca dei dati non personali, anonimizzati, aggregati o già pubblici. Un significativo impegno a dialogare e coinvolgere specifici soggetti è previsto nella sezione “*Empowering the fact-checking community*”; qui, ad esempio al *commitment* 31, si afferma l'impegno a integrare, mettere in mostra o comunque utilizzare in modo coerente il lavoro dei *fact-checkers* nei servizi offerti dalle varie piattaforme che hanno sottoscritto il codice rafforzato. Le sezioni finali contengono impegni relativi alla trasparenza circa l'implementazione del codice rafforzato, all'istituzione di una task-force *ad hoc* e al continuo monitoraggio dello stesso codice, in vista di un suo futuro aggiornamento. Tra i firmatari figurano [Adobe](#), [Associazione europea delle agenzie di comunicazione \(EACA\)](#), [Google](#), [IAB Europe \(Interactive Advertising Bureau Europe\)](#), [Meta](#), [Microsoft](#), [Reporter senza frontiere \(RSF\)](#), [TikTok](#), [Twitch](#), [Twitter](#), [Vimeo](#) e [Federazione mondiale](#)

[degli inserzionisti \(WFA\)](#). Ciascuno di essi ha firmato gli impegni in un documento, pubblicamente accessibile, che prevede le misure pertinenti per i propri servizi.

DANIELE IMBRUGLIA

<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/2022-strengthened-code-practice-disinformation>

<https://digital-strategy.ec.europa.eu/it/library/2022-strengthened-code-practice-disinformation>

7. L'opinione del 16.9.2022 della United States Court of Appeals for the Fifth Circuit nella causa contro la legge del Texas HB20 (NetChoice LLC v. Paxton): libertà di parola versus moderazione di contenuti da parte delle piattaforme online

Il 16 settembre 2022 la *United States Court of Appeals for the Fifth Circuit* è intervenuta nel caso *NetChoice LLC v. Paxton* riguardante uno Statuto del Texas, denominato *House Bill 20* (di seguito anche “**HB20**”), che, come la stessa Corte afferma “*generally prohibits large social media platforms from censoring speech based on the viewpoint of its speaker*”.

L'*House Bill 20*, emanato il 9 settembre 2021, regola le piattaforme con oltre cinquanta milioni di utenti attivi al mese, definendole come un sito internet o un'applicazione aperta al pubblico che consente ad un utente di creare un *account* e comunicare con altri utenti allo scopo principale di pubblicare informazioni, commenti, messaggi o immagini.

HB20 è stato al centro di un dibattito che ha visto contrapporsi la posizione delle grandi piattaforme a quella dello Stato federale del Texas tra diverse vicende giudiziarie.

NetChoice LLC (NetChoice) e Computer & Communications Industry Association (CCIA), che rappresentano le aziende che operano come piattaforme digitali, hanno citato in giudizio il procuratore generale del Texas (Mr. Ken Paxton) prima che l'*House Bill 20* entrasse in vigore. A seguito di ciò, il Tribunale distrettuale ne ha disposto la sospensione temporanea sostenendo l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni ivi contenute.

La pronuncia del 16 settembre 2022 della *United States Court of Appeals for the Fifth Circuit* (di seguito anche la “**Opinion**”) ha ribaltato la decisione del Tribunale distrettuale.



NetChoice e CCIA ritengono che HB20 sia incostituzionale in quanto contrario al Primo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America, ai sensi del quale «*il Congresso non potrà porre in essere leggi per il riconoscimento ufficiale di una religione o per proibirne il libero culto, per limitare la libertà di parola o di stampa o che limitino il diritto della gente a riunirsi in forma pacifica e a presentare petizioni al governo per riparare alle ingiustizie*».

NetChoice e CCIA affermano che la libertà di parola delle piattaforme sia violata se non è consentito alle stesse di censurare i contenuti che per il loro tramite sono diffusi. La *Court of Appeals, 5th Circuit* sostiene che gli argomenti a tutela di un preteso diritto di censura delle piattaforme sono “*staggering*” e che “*the platforms offer a rather odd inversion of the First Amendment. That Amendment, of course, protects every person’s right to ‘the freedom of speech.’ But the platforms argue that buried somewhere in the person’s enumerated right to free speech lies a corporation’s unenumerated right to muzzle speech*”.

La *United States Court of Appeals for the Fifth Circuit* evidenzia che due sezioni del *Texas House Bill 20* vengono in rilievo nel caso di specie. La prima è la Sezione 7, che riguarda la censura dei post degli utenti e prevede, in via generale, che “*a social media platform may not censor a user, a user’s expression, or a user’s ability to receive the expression of another person based on the viewpoint of the user or another person; the viewpoint represented in the user’s expression or another person’s expression; or a user’s geographic location in this state or any part of this state*”.

La Sezione 7 non esclude, anzi consente espressamente che sia rimossa ogni espressione che sia “*the subject of a referral or request from an organization with the purpose of preventing the sexual exploitation of children and protecting survivors of sexual abuse from ongoing harassment*”, oppure che “*directly incites criminal activity or consists of specific threats of violence targeted against a person or group because of their race, color, disability, religion, national origin or ancestry, age, sex, or status as a peace officer or judge*”; o che sia una “*unlawful expression*”.

La *United States Court of Appeals for the Fifth Circuit* approda ad esiti completamente diversi da quelli sperati dalle grandi piattaforme ed è chiara nel rigettare l’idea che le piattaforme abbiano «*a freewheeling First Amendment right to censor what people say*». Nello specifico la Corte d’Appello afferma che non si può richiamare il Primo

Emendamento a tutela di un presunto diritto di censura da parte delle piattaforme, visto che riconoscere tale diritto significherebbe non tutelare proprio la libertà di parola garantita dal Primo Emendamento. Non si può, in altri termini, ribaltare il Primo Emendamento, consentendo alle piattaforme di invocarlo per limitare, attraverso un loro presunto diritto alla censura, la libertà di parola degli altri. Nemmeno si può temere che il rifiuto di considerare incostituzionali il *Texas House Bill 20* inibisca la libera manifestazione del proprio pensiero o scoraggi commenti su questioni di interesse pubblico.

Per la *United States Court of Appeals for the Fifth Circuit* la libertà di parola non implica il diritto di censura e, comunque, la Sezione 7 del *Texas House Bill 20* non limita la libertà di parola delle piattaforme. Tanto è vero che, sostiene la Corte, a p. 34 della *Opinion*: «*no category of Platform speech can trigger any additional duty—or obviate an existing duty—under Section 7. And Section 7 does not create a special privilege for those who disagree with the Platforms’ views (...). Rather, it gives the exact same protection to all Platform users regardless of their viewpoint*».

La Sezione 2 del *Texas House Bill 20* impone dettagliati requisiti che le piattaforme devono rispettare nello svolgere l’attività di moderazione. Segnatamente, le piattaforme devono «*disclose how they moderate and promote content and publish an “acceptable use policy”*»; descrivere come gli utenti possono notificare alle stesse piattaforme i contenuti che si pongono in contrasto con detta politica, prevedere un sistema di reclamo e ricorso per i propri utenti e pubblicare un “*biannual transparency report*”.

Il Tribunale distrettuale, sposando di fatto le ragioni delle grandi piattaforme, considera incostituzionale la Sezione 2 del *Texas House Bill 20* per diverse ragioni. Prima di tutto, ritiene che siano imposti alle piattaforme obblighi considerati eccessivamente gravosi in ragione dell’elevato numero di messaggi che transitano sui siti *web*. Inoltre, il Tribunale afferma che le «*social media platforms are not common carriers*» e che la gestione e organizzazione dei contenuti rientri nella discrezionalità editoriale delle piattaforme. In base a questa impostazione la «*prohibition on viewpoint-based censorship*» violerebbe la discrezionalità editoriale delle piattaforme. Anche quest’ultima, a detta delle piattaforme, sarebbe protetta dal Primo Emendamento. In merito, la *United States Court of Appeals for the Fifth Circuit* dimostra tutto il suo disappunto, evidenziando che è contraddittorio l’atteggiamento delle piattaforme che invocano la

discrezionalità editoriale degli editori, pur non volendo assumersi le relative responsabilità. Le piattaforme, infatti, rivendicano il loro ruolo di intermediari di contenuti riferibili ad altri e dalle stesse difficilmente controllabili, anche in ragione del numero elevato di post che consentono di pubblicare. Il dato spiega il ricorso delle piattaforme agli algoritmi per escludere determinati contenuti e la diversità del controllo effettuato rispetto al classico giudizio editoriale tipico dei giornali.

La *United States Court of Appeals for the Fifth Circuit* ribadisce che «*editorial discretion involves “selection and presentation” of content before that content is hosted, published, or disseminated. The Platforms do not choose or*

select material before transmitting it. They engage in viewpoint-based censorship with respect to a tiny fraction of the expression they have already disseminated».

La *United States Court of Appeals for the Fifth Circuit* esclude convintamente l'equiparabilità delle piattaforme ai giornali anche richiamando i termini e le condizioni del servizio di alcune tra le più grandi piattaforme (Twitter, Terms of Service, <https://twitter.com/en/tos>; Facebook, Terms of Service, <https://www.facebook.com/terms.php>). Ivi le stesse affermano che non esprimono un giudizio editoriale e non possono assumersi la responsabilità dei contenuti, ma sono soltanto canali attraverso i quali transitano discorsi di altri.

A differenza di giornali invocati dalle piattaforme per analogia, sulle piattaforme digitali sono, tra l'altro, praticamente inesistenti vincoli di spazio, così che le stesse possono ospitare il discorso degli utenti senza rinunciare al loro potere o al loro diritto di esprimere eventualmente la propria opinione in merito, anche prendendo le distanze dal messaggio che ospitano.

Altro aspetto di particolare interesse in *NetChoice, LLC, v. Paxton*, n. 21-51178 è l'attenzione ai rischi di discriminazione e ai paradossi che possono verificarsi.

Ad ulteriore sostegno dell'incostituzionalità del *Texas House Bill 20*, il Tribunale distrettuale ritiene che si tratti di una legge discriminatoria sia dal punto di vista oggettivo, sia dal punto di vista soggettivo. Quanto a quest'ultimo aspetto la discriminazione è individuata nel fatto che il *Texas House Bill 20* si applica solo alle grandi piattaforme. Dal punto di vista oggettivo, invece, il *Texas House Bill 20* è considerata una legge discriminatoria in quanto consente di censurare soltanto alcuni tipi di contenuti indicati in modo specifico.

La *United States Court of Appeals for the Fifth Circuit* dimostra che a poter essere discriminatorio

non è quanto previsto dal *Texas House Bill 20*, ma piuttosto un potere indiscriminato delle piattaforme di censurare i contenuti in base al loro punto di vista. Il *Texas House Bill 20* limita e regola il potere delle piattaforme di rimuovere i contenuti proprio per evitare la discriminazione e garantire la stessa protezione a tutti gli utenti della piattaforma, indipendentemente dal loro punto di vista.

SARA TOMMASI

<https://www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/21/21-51178-CV1.pdf>

8. La sentenza CGUE del 20.10.2022 nella causa C-77/21 sui principi di limitazione delle finalità e di limitazione della conservazione ex art. 5 lett. b) ed e) GDPR

Il 20 ottobre 2022 la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (“CGUE” o la “Corte”) si è pronunciata nella causa C-77/21 sulla portata dei principi di limitazione delle finalità e limitazione della conservazione, enunciati rispettivamente dall'art. 5, par. 1, lett. b) ed e) del Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR).

La Corte si è pronunciata sulla domanda pregiudiziale sollevata dalla Corte di Budapest nell'ambito di una controversia tra uno dei principali fornitori di servizi Internet e di telediffusione dell'Ungheria (Digi Távközlési és Szolgáltató Kft., di seguito la “Digi”) e l'autorità ungherese per la protezione dei dati e della libertà d'informazione.

La controversia nasceva dal fatto che, a seguito di un guasto tecnico che aveva interessato il funzionamento di un server, la Digi aveva creato una banca dati di test in cui aveva copiato i dati personali di circa un terzo dei clienti abbonati alla sua newsletter, dati che erano stati originariamente raccolti ai fini della conclusione e dell'esecuzione dei contratti di abbonamento. Successivamente, dopo aver effettuato i test necessari e aver corretto l'errore, la Digi non aveva soppresso la banca dati di test, per cui i dati personali erano rimasti conservati in tale banca dati per quasi 18 mesi, finché la stessa non era stata oggetto di un attacco hacker.

La Corte ungherese ha sollevato davanti alla CGUE due questioni: (i) se il principio della limitazione della finalità previsto dall'art. 5, par. 1, lett. b) GDPR impedisca la registrazione e la conservazione, in una banca dati creata al fine di effettuare test e di correggere errori, di dati



personali precedentemente raccolti e conservati in un'altra banca dati; e (ii) se sia compatibile con il principio della limitazione della conservazione di cui all'art. 5, par. 1, lett. e) GDPR il fatto che il titolare del trattamento conservi in un'altra banca dati alcuni dati personali che sono stati raccolti e conservati per una finalità legittima limitata.

Con riferimento alla prima questione, la CGUE ha rilevato che nel caso di specie i dati personali erano stati raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, ovvero la conclusione e l'esecuzione da parte della Digi di contratti di abbonamento con i suoi clienti. Pertanto, la registrazione e la conservazione di tali dati nella banca dati di test costituisce un trattamento ulteriore che, ai sensi dell'art. 5, par. 1, lett. b) GDPR in combinato disposto con l'art. 6, par. 4 GDPR, deve essere compatibile con le finalità per le quali i dati sono stati inizialmente raccolti. In particolare, quando il trattamento ulteriore non è basato sul consenso o su un atto legislativo, la valutazione di compatibilità con la finalità originaria deve tener conto, tra l'altro, dell'eventuale nesso tra le finalità, del contesto in cui i dati sono stati raccolti, della natura dei dati personali, delle possibili conseguenze dell'ulteriore trattamento per gli interessati e dell'esistenza di garanzie adeguate sia nel trattamento originario sia nell'ulteriore trattamento. Nello specifico, deve esserci un nesso concreto, logico e sufficientemente stretto tra le finalità della raccolta iniziale dei dati e l'ulteriore trattamento, tale da garantire che tale ulteriore trattamento non si discosti dalle legittime aspettative degli interessati.

Nel caso di specie, la CGUE ha rilevato che il principio di limitazione delle finalità non impedisce la realizzazione di test e la correzione di errori sulla banca dati degli abbonati, in quanto tali finalità presentano un nesso concreto con l'esecuzione dei contratti di abbonamento. Eventuali errori potrebbero infatti impedire la corretta fornitura del servizio contrattualmente previsto e per cui i dati sono stati inizialmente raccolti. Tali trattamenti, pertanto, non si discostano dalle legittime aspettative degli interessati, ferma restando la necessità di verificare in concreto l'eventuale presenza di dati sensibili, il rischio di conseguenze dannose per gli abbonati e la presenza di garanzie adeguate.

Con riferimento alla seconda questione, la CGUE ha ricordato innanzitutto che, ai sensi dell'art. 5, par. 1, lett. e) GDPR, i dati personali devono essere conservati per un periodo non superiore a quanto necessario al conseguimento delle finalità per le quali sono stati raccolti o sono stati ulteriormente trattati. Ne consegue che anche

un trattamento inizialmente lecito può diventare illecito se i dati non sono più necessari al conseguimento delle finalità previste. La Corte ha concluso, dunque, che nel caso di specie rappresenta una violazione del principio di limitazione della conservazione non aver cancellato i dati personali degli interessati dalla banca dati di test immediatamente dopo la realizzazione dei test e la correzione degli errori.

CHIARA RAUCCIO

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9FCFA1A51DE86902447C21968565D067?text=&docid=267405&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=237767>

9. La sentenza CGUE del 27.10.2022 nella causa C-129/21 Proximus (Annuaire électronique publics) sulle misure da adottarsi da parte del titolare del trattamento di dati personali per informare i motori di ricerca in Internet di una richiesta di cancellazione rivoltagli dall'interessato.

Il 27 ottobre 2022 la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) si è espressa su una vicenda che trae origine dalle operazioni di trattamento di dati personali effettuate da Proximus NV (Proximus), fornitore di servizi di telecomunicazione in Belgio il quale, in particolare, offre un servizio di accesso e trasmissione di elenchi telefonici contenenti il nome, l'indirizzo e il numero di telefono degli abbonati. Tali dati, salvo i casi in cui l'interessato non abbia esplicitato una volontà contraria (cd. *opt out*), vengono comunicati da altri operatori a Proximus, la quale, a sua volta, li trasmette a nuovi fornitori.

Il reclamante è un abbonato di uno di tali servizi, Telenet, operatore che trasmette proprio i suddetti dati di contatto a Proximus. L'interessato ha richiesto di non far comparire tali informazioni negli elenchi telefonici pubblicati da quest'ultima società, nonché da terzi. In seguito a questa richiesta Proximus ha registrato l'*opt out* e provveduto affinché i dati del reclamante non venissero più resi pubblici. Successivamente, tuttavia, Proximus ha ricevuto da Telenet una nuova comunicazione dei dati in questione e, non essendo stata riscontrata dai sistemi di Proximus l'opposizione dell'interessato, le informazioni sono state nuovamente pubblicate da Proximus.

In risposta alle successive e ripetute richieste dell'abbonato di non inserire i suoi dati, Proximus ha poi dichiarato di aver ritirato i dati in questione dagli elenchi e di aver contattato Google per far cancellare i relativi *link* al sito *web* di Proximus, informando inoltre l'abbonato di aver notificato agli altri fornitori a cui i dati erano stati comunicati la richiesta di rimozione dei dati dai registri pubblici.

L'interessato ha inoltre presentato un reclamo all'Autorità belga per la protezione dei dati (Gegevensbeschermingsautoriteit), la quale ha inflitto a Proximus una sanzione di ventimila euro per violazione degli articoli 5, par. 2, 6, 7 e 24 del Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR). L'Autorità ha inoltre ordinato a Proximus di dare immediato seguito alla revoca del consenso e di conformarsi alle richieste del reclamante volte all'esercizio del suo diritto alla cancellazione dei dati personali. Infine, ha intimato a Proximus di cessare di comunicare illecitamente tali dati ad altri fornitori di elenchi telefonici.

Proximus ha impugnato il provvedimento presso la Corte d'appello di Bruxelles che, in virtù delle questioni interpretative emergenti nel caso concreto, ha sollevato la questione pregiudiziale nei confronti della CGUE.

Nello specifico, Proximus riteneva che, sulla base dell'articolo 45, paragrafo 3 della Direttiva (UE) 2002/58 relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche ("direttiva ePrivacy"), non è necessario un consenso dell'abbonato alla pubblicazione dei suoi dati sugli elenchi telefonici, bensì sono gli abbonati stessi che devono chiedere di non figurarvi, secondo il suindicato sistema di *opt out*.

Su tale questione, la CGUE, facendo riferimento all'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva ePrivacy afferma che il consenso dell'abbonato di un operatore di servizi telefonici è necessario affinché i dati personali di tale interessato siano inclusi nei relativi elenchi, pubblicati da fornitori diversi da tale operatore. Il consenso in questione, allo stato attuale e in assenza di ulteriori e più specifiche indicazioni normative, deve rispettare i requisiti dell'articolo 4, punto 11 del GDPR e può, in ogni caso, essere raccolto da detto operatore o da uno di tali fornitori. Tale consenso, secondo la CGUE si estende a qualsiasi trattamento ulteriore dei dati da parte di imprese terze attive nel mercato dei servizi di consultazione degli elenchi telefonici accessibili al pubblico, sempre che tali trattamenti perseguano lo "stesso scopo" e, dunque, non siano effettuati per finalità non compatibili con quella originaria.

Con la seconda e la quarta questione, il giudice del rinvio si è soffermato sulla natura dell'articolo 17 del GDPR che disciplina il cd. "diritto alla cancellazione" dei dati personali.

In particolare, la Corte d'Appello ha chiesto se tale disposizione debba essere interpretata nel senso che la richiesta di un abbonato diretta all'eliminazione delle sue informazioni dagli elenchi configuri l'esercizio di tale diritto e comporti, pertanto, la cancellazione dei dati personali del richiedente e non la sola rimozione degli stessi dagli elenchi con relativa modifica dello status del reclamante a soggetto che si oppone alla pubblicazione delle proprie informazioni, così come operata da Proximus. È stato inoltre richiesto dal giudice del rinvio se l'articolo 17, paragrafo 2 del GDPR consenta a un'Autorità di controllo nazionale di ordinare a un fornitore di elenchi telefonici, al quale l'abbonato ha chiesto di non pubblicare più i dati personali che lo riguardano, di adottare «misure ragionevoli», ai sensi di tale disposizione, al fine di informare i gestori dei motori di ricerca di tale domanda di cancellazione dei dati.

Su entrambe le questioni, la CGUE ha adottato un'interpretazione non in contrasto con quella dell'Autorità di controllo belga, ritenendo che l'articolo 17 del GDPR deve essere interpretato nel senso che la richiesta di un abbonato diretta all'eliminazione dei suoi dati personali dagli elenchi telefonici costituisce un esercizio del diritto alla cancellazione e che il paragrafo 2 del medesimo articolo consente a un'autorità di controllo nazionale di ordinare a un fornitore di elenchi telefonici, in seguito a relativa richiesta dell'abbonato, di adottare le suddette «misure ragionevoli». Tale ultima posizione appare peraltro in piena coerenza con il suddetto paragrafo 2, il quale prevede che «*Il titolare del trattamento, se ha reso pubblici dati personali ed è obbligato [...] a cancellarli, tenendo conto della tecnologia disponibile e dei costi di attuazione adotta le misure ragionevoli, anche tecniche, per informare i titolari del trattamento che stanno trattando i dati personali della richiesta dell'interessato di cancellare qualsiasi link, copia o riproduzione dei suoi dati personali*».

Infine, con la terza questione, il giudice del rinvio ha richiesto se il regime di cd. *accountability* previsto dal GDPR (articoli 24 e 5, paragrafo 2) comporti per il titolare, ossia Proximus, l'implementazione di misure tecniche e organizzative adeguate per informare l'operatore di servizi telefonici che gli ha comunicato i dati personali del suo abbonato, nonché gli altri fornitori di elenchi telefonici ai quali egli stesso ha fornito



tali dati, della revoca del consenso da parte dell'interessato.

Anche in questo caso, la CGUE ritiene che la responsabilizzazione dei titolari del trattamento, sulla base del dettato del GDPR, richieda l'adozione di misure adeguate in tal senso.

La pronuncia della CGUE, a conclusione di un complesso iter processuale, ha l'importante compito di evidenziare i confini entro i quali si muove l'*accountability* del titolare del trattamento sulla base delle disposizioni del GDPR. Quest'ultimo, infatti, non è esonerato da responsabilità nei confronti degli interessati per il solo fatto di aver rimosso o cancellato i dati personali del reclamante che ne ha fatto espresso richiesta e che abbia revocato il consenso per tale trattamento, bensì è tenuto ad adottare misure ragionevoli per informare i motori di ricerca e gli altri titolari del trattamento che gli hanno fornito tali dati o che li hanno ricevuti, della volontà di tale soggetto. Ne deriva che, nel caso in cui diversi titolari del trattamento si basino sul consenso unico dell'interessato, è sufficiente che quest'ultimo si rivolga a uno qualsiasi di essi per avere riconosciuta la sua pretesa anche nei confronti degli altri.

CARMINE ANDREA TROVATO

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=B7421151106ADD2C73E29024470A42DE?text=&docid=267605&pageIndex=0&doclang=IT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=64279>

10. Verso l'Interoperable Europe Act: la proposta della Commissione di regolamento europeo sull'interoperabilità nel settore pubblico del 18.11.2022.

È del 21 novembre 2022 la notizia diffusa a mezzo stampa che la Commissione europea ha elaborato una proposta di regolamento sulla '*Europa interoperabile*' per permettere alle amministrazioni nazionali di condividere dati e soluzioni informatiche innovative (come software open-source, linee guida, liste di controllo, quadri e strumenti informatici) nel settore pubblico. Si tratta della proposta COM(2022) 720 final del 18 novembre 2022, di un regolamento che stabilisce misure per un "alto livello di interoperabilità nel settore pubblico nell'Unione" c.d. *Interoperable Europe Act*.

Il regolamento istituirà una rete di amministrazioni per migliorare i servizi resi alla cittadinanza, stimolare l'innovazione digitale anche d'intesa col mondo imprenditoriale e contenere la spesa pubblica.

A ispirarla è il concetto di "interoperabilità" intesa come capacità delle amministrazioni di cooperare e far funzionare i servizi offerti al pubblico al di là delle frontiere, dei settori e dei confini organizzativi. Il quadro di cooperazione transfrontaliera così ideato dovrebbe contribuire a rimuovere gli oneri burocratici a carico delle imprese e dei cittadini che entrano in contatto con le amministrazioni, aumentandone la fiducia reciproca.

Nel dettaglio il progetto di legge istituirà un portale a libero accesso per condividere le soluzioni informatiche tra le amministrazioni dei singoli Stati membri; prevedendo al contempo metodologie comuni per valutare l'impatto dei sistemi informatici adoperati a livello nazionale anche con misure di valutazione periodica.

Il futuro quadro di cooperazione sarà guidato dal Comitato per l'Europa interoperabile composto da rappresentanti degli Stati membri dell'Unione, della Commissione, del Comitato delle Regioni e del Comitato economico e sociale europeo dotati di comprovata professionalità ed esperienza in campo digitale.

FILIPPO D'ANGELO

https://commission.europa.eu/system/files/2022-11/com2022720_0.pdf

11. I comunicati del Garante privacy italiano del 18.10.2022, del 21.10.2022 e del 12.11.2022 di avvio di istruttorie a carico di testate editoriali online per iniziative di cookie wall e monetizzazione di dati personali

Con tre comunicati emessi nell'arco di meno di un mese, il Garante italiano per la protezione dei dati personali (di seguito solo il "Garante") ha reso noto di aver sottoposto al suo esame e poi di aver avviato una serie di istruttorie in relazione a una serie di recenti iniziative di c.d. *paywall* e *cookie wall* poste in essere da una serie di soggetti tra cui diverse testate giornalistiche *online*.

Più precisamente, con un primo comunicato del 18 ottobre 2022, il Garante informava di aver cominciato ad esaminare - alla luce del quadro normativo attuale e al fine di valutare l'adozione di

eventuali provvedimenti di sua competenza - recenti iniziative di *paywall* e *cookie wall* poste in essere da una serie di soggetti (non nominati) rispondenti a diverse testate giornalistiche *online*, siti *web* e aziende operanti su Internet nel settore televisivo. Nel comunicato in questione si specificava che le iniziative sottoposte all'esame del Garante riguardavano la messa in campo di sistemi e filtri che condizionano l'accesso ai contenuti alla sottoscrizione di un abbonamento (c.d. *paywall*) o, in alternativa, al rilascio del consenso da parte degli utenti all'installazione di *cookie* e altri strumenti di tracciamento dei dati personali (c.d. *cookie wall*).

Con il secondo comunicato di tre giorni dopo (21 ottobre), il Garante, riferendosi alle medesime iniziative, informava di aver deciso di avviare una serie di istruttorie, a ciò premettendo il rilievo che "la normativa europea sulla protezione dei dati personali non esclude in linea di principio che il titolare di un sito subordini l'accesso ai contenuti, da parte degli utenti, al consenso prestato dai medesimi per finalità di profilazione (attraverso *cookie* o altri strumenti di tracciamento) o, in alternativa, al pagamento di una somma di denaro".

Infine, con il terzo comunicato del 12 novembre 2022, il Garante si riferiva soltanto alle testate giornalistiche *online* informando della prosecuzione delle istruttorie aventi ad oggetto le iniziative di condizionare l'accesso ai loro contenuti al consenso a trattamenti di profilazione (attraverso *cookie* o altri strumenti di tracciamento) o, in alternativa, al pagamento di una somma di denaro. Il Garante specificava che le istruttorie sono finalizzate a valutare la liceità di tali iniziative, di aver rivolto alle testate giornalistiche *online* una serie di richieste di informazioni e di voler condurre una serie di approfondimenti su specifici temi. In particolare, con il terzo comunicato, il Garante informava il pubblico di aver rivolto alle testate giornalistiche *online* una serie di domande volte ad accertare le modalità di funzionamento del predetto meccanismo di condizionamento, comprese le diverse tipologie di scelte a disposizione dell'utente, e ad accertare il rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali, in particolare con riguardo alla correttezza e alla trasparenza dei trattamenti e al requisito della libertà del consenso. Quanto agli approfondimenti, il Garante informava di voler esaminare le valutazioni di impatto eventualmente effettuate dai gruppi editoriali, come pure le analisi e i criteri adottati per la determinazione del prezzo dell'abbonamento alternativo al servizio disponibile mediante prestazione del consenso.

SALVATORE ORLANDO

<https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9822601>

<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9816536>

<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9815415>

12. Il comunicato del 14.11.2022 del Garante privacy italiano di avvio di istruttorie per i sistemi di videosorveglianza dei Comuni di Lecce e Arezzo.

Il 14.11.2022, il Garante privacy ha emesso un comunicato stampa, rendendo noto l'avvio di due procedimenti istruttori nei confronti dei Comuni di Lecce ed Arezzo, entrambi prossimi all'impiego di sistemi di videosorveglianza intelligente.

Nello specifico, il Comune di Lecce ha annunciato l'imminente adozione di un sistema che prevede il ricorso a tecnologie di riconoscimento facciale.

Al riguardo, l'Autorità ha ricordato che il trattamento di dati personali da parte di soggetti pubblici mediante dispositivi video è lecito e consentito se necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri (v. art. 6, lett. e) GDPR) e, nello specifico, se svolto a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati, o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia contro e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica (cfr. artt. 1, co. 2 e 5, co. 1 d.lgs. 18 maggio 2018, n. 51 attuativo della direttiva 2016/680/UE, c.d. direttiva Law Enforcement).

Nondimeno, per i Comuni, l'impiego di impianti di videosorveglianza è consentito solo a condizione che venga stipulato un cosiddetto "patto per la sicurezza urbana tra Sindaco e Prefettura".

Inoltre, ai sensi dell'Allegato alla l. 3 dicembre 2021, n. 205, di conversione del c.d. Decreto Capienze, d.l. 8 ottobre 2021, n. 139, in assenza di una specifica legge in materia, e comunque fino al 31 dicembre 2023, sono sospesi in Italia l'installazione e l'utilizzazione di impianti di videosorveglianza con sistemi di riconoscimento facciale operanti attraverso l'uso dei dati biometrici, a meno che il trattamento non sia effettuato dalle autorità competenti a fini di prevenzione e repressione dei reati o di esecuzione di sanzioni penali, previo parere favorevole del Garante privacy reso ai sensi dell'art. 24, co. 1, lett. b) del



richiamato d.lgs. n. 51/2018, ovvero dall'autorità giudiziaria nell'esercizio delle funzioni di indagine o di prevenzione e repressione dei reati.

La moratoria nasce dall'esigenza di disciplinare requisiti di ammissibilità, condizioni e garanzie relative al riconoscimento facciale, nel rispetto del principio di proporzionalità di cui all'art. 52 par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE).

Il Comune di Lecce dovrà quindi fornire all'Autorità una descrizione dei sistemi adottati, le finalità e le basi giuridiche dei trattamenti, un elenco delle banche dati consultate dai dispositivi, nonché adottare e trasmettere la valutazione d'impatto sulla protezione dei dati che l'art. 35, par. 3, lett. c) GDPR prescrive in caso di sorveglianza sistematica su larga scala di una zona accessibile al pubblico.

Il secondo procedimento ha interessato il Comune di Arezzo, che, secondo notizie di stampa, avrebbe intenzione di dar avvio, a partire dal 1° dicembre 2022, alla sperimentazione di “superocchiali infrarossi”. Tali dispositivi, in dotazione agli agenti della Polizia locale, sarebbero in grado di rilevare in tempo reale le infrazioni facenti capo al proprietario del veicolo tramite la lettura del numero di targa delle autovetture. Inoltre, attraverso il collegamento ad alcune banche dati nazionali, sarebbe possibile verificare la validità dei documenti del guidatore e acquisire alcune informazioni quali, ad esempio, la quantità dei punti residui sulla patente o prescrizioni come l'obbligo di indossare occhiali o lenti a contatto durante la guida.

L'Autorità ha prontamente ammonito il Comune di Arezzo di tenere debitamente in conto i rischi che l'uso di siffatti dispositivi possono comportare tanto sul versante della tutela dei dati personali quanto su quello dei diritti dei lavoratori. A preoccupare è soprattutto la circostanza che tali strumenti possano comportare, anche indirettamente, un controllo a distanza sulle attività del lavoratore, ammissibile solo alle condizioni e con le cautele prescritte dall'art. 4 dello Statuto dei lavoratori (l. 300/1970, come emendata *in parte qua* dall'art. 23 d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151 e dall'art. 5, co. 2 del d.lgs. 24 settembre 2016, n. 185). A tal fine, il comma 3 della citata disposizione impone che sia fornita al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e reclama il rispetto della disciplina del Codice in materia di protezione dei dati personali.

Pertanto, il Comune di Arezzo dovrà fornire copia dell'informativa da rendere agli interessati,

cioè a dire tanto ai cittadini proprietari dei veicoli, ai sensi dell'art. 13 GDPR, quanto al personale della forza pubblica. A ciò si accompagna l'obbligo di adozione della valutazione d'impatto sulla protezione dei dati di cui all'art. 35 GDPR.

VALENTINO RAVAGNANI

| 717

<https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9823282>

13. La sentenza Cassazione Sez. 2 Penale n. 44378/2022 del 26.10.2022 sulla qualificazione della moneta virtuale e delle Initial Coin Offerings (a proposito di un sequestro penale preventivo di wallet contenente bitcoin e di una fattispecie di reato di abusivismo finanziario ai sensi dell'art. 166 co. 1 TUF)

Con sentenza del 26 ottobre 2022 la Corte di Cassazione, Sez. II Penale, si è pronunciata sul ricorso presentato dal Pubblico Ministero di Brescia avverso la decisione del Tribunale di Brescia, in funzione di giudice del riesame, sull'ordinanza del GIP di Brescia che aveva rigettato la richiesta di sequestro preventivo di un *wallet* contenente 30 Bitcoin.

Il fatto.

Nel 2017 il Sig. S. M. lanciava una *Initial Coin Offering* (c.d. ICO) la quale prevedeva l'emissione di criptoattività denominate “LWF Coin” (di seguito anche i “Coin”) a fronte dell'apporto di Bitcoin da parte degli “investitori”. L'offerta di tali criptoattività era funzionale alla costituzione di una piattaforma di logistica multi-servizio che gli investitori avrebbero potuto utilizzare servendosi degli LWF Coin. Stando a quanto riportato dalla sentenza, i token offerti sembrerebbero riconducibili alla categoria degli “utility token” i quali consentono la fruizione di un bene o servizio fornito dall'emittente del token medesimo. Non si tratterebbe, dunque, di “security token” che, invece, sostanzialmente rappresentano la proprietà di un asset da cui dipende il valore del token medesimo. L'emissione delle criptoattività, nonché i diritti amministrativi e patrimoniali dei possessori degli LWF Coin era regolata da un *white paper* pubblicato proprio per l'offerta dei Coin.

Per quanto qui interessa, siccome l'offerta al pubblico di prodotti finanziari è soggetta ad una serie di obblighi, che la Procura riteneva non rispettati dal Sig. S. M., quest'ultimo veniva

indagato per il reato di abusivo esercizio di offerta al pubblico di prodotti finanziari di cui all'art. 166 D. Lgs. 58/1998 (c.d. TUF). Al fine di stabilire se sussistessero i reati in parola la Suprema Corte, dunque, si è interrogata sulla natura delle criptovalute e, di riflesso, sulla qualificazione giuridica di un *Initial Coin Offering*.

La normativa di riferimento.

Ai fini della presente analisi, innanzitutto, occorre considerare l'art. 1 della dir. 2018/843/UE che definisce le valute virtuali come *“una rappresentazione di valore digitale che non è emessa o garantita da una banca centrale o da un ente pubblico, non è necessariamente legata a una valuta legalmente istituita, non possiede lo status giuridico di valuta o moneta, ma è accettata da persone fisiche e giuridiche come mezzo di scambio e può essere trasferita, memorizzata e scambiata elettronicamente”*.

La normativa europea è stata recepita dal Legislatore italiano con il D. Lgs. 125/2019 che ha modificato l'art. 1 D. Lgs. 231/2007 il quale così definisce le valute virtuali: *“la rappresentazione digitale di valore, non emessa né garantita da una banca centrale o da un'autorità pubblica, non necessariamente collegata a una valuta avente corso legale, utilizzata come mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi o per finalità di investimento e trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente”* (art. 1 let. qq) D. Lgs. 231/2007). Come rilevato anche dalla Suprema Corte, tale definizione aggiunge alla normativa europea la finalità di investimento quale scopo della valuta virtuale.

Nondimeno, il D. Lgs. 231/07 definisce pure:

1) i prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale come la *“persona fisica o giuridica che fornisce a terzi, a titolo professionale, anche online, servizi funzionali all'utilizzo, allo scambio, alla conservazione di valuta virtuale e alla loro conversione da ovvero in valute aventi corso legale o in rappresentazioni digitali di valore, ivi comprese quelle convertibili in altre valute virtuali nonché i servizi di emissione, offerta, trasferimento e compensazione e ogni altro servizio funzionale all'acquisizione, alla negoziazione o all'intermediazione nello scambio delle medesime valute”* (art. 1, let. ff) D. Lgs. 231/2007);

2) i prestatori di servizi di portafoglio digitale come *“ogni persona fisica o giuridica che fornisce, a terzi, a titolo professionale, anche online, servizi di salvaguardia di chiavi crittografiche private per conto dei propri clienti, al fine di detenere, memorizzare e trasferire valute virtuali”* (art. 1, let. ff bis) D. Lgs. n. 231/2007).

L'art. 17 bis, commi 8 bis e ter D. Lgs. 141/2010 impone ai suddetti prestatori di servizi di comunicare la loro operatività in Italia, nonché di iscriversi alla **sezione speciale del registro dei cambiavalute tenuto dall'Organismo Agenti e Mediatori** (su cui v. notizia n. 7 nel numero 1/2022 in questa Rubrica: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2022/04/Osservatorio.pdf>).

Ai fini della presente analisi, inoltre, sono particolarmente importanti l'art. 1, lett. u) e l'art. 1, co. 2 TUF i quali, rispettivamente, definiscono i prodotti finanziari, come *“gli strumenti finanziari e ogni altra forma di investimento di natura finanziaria”*, e gli strumenti finanziari, rinviando ad un allegato al TUF.

Nondimeno, l'art. 94 TUF assoggetta l'offerta al pubblico di prodotti finanziari a determinati adempimenti, tra cui la predisposizione del prospetto. La violazione di tali obblighi è un reato punito dall'art. 166 TUF.

I precedenti giurisprudenziali (e un cenno alla dottrina).

La Suprema Corte si è già espressa sul tema della qualificazione delle criptovalute.

In particolare, nelle sentenze n. 26807/2020 e n. 44337/2021 la Corte di Cassazione Penale ha equiparato le criptovalute ai prodotti finanziari (non agli strumenti finanziari), ritenendo applicabile la relativa disciplina, poiché tali criptoattività erano state offerte con modalità tali da essere equiparate ad un offerta al pubblico di prodotti finanziari ovvero da far sorgere l'aspettativa di un rendimento.

Nella sentenza n. 2736/2013, inoltre, la Corte di Cassazione Civile ha stabilito che la qualificazione di un asset come prodotto finanziario non può dipendere dalla motivazione (elemento soggettivo) di chi lo acquista, ossia la volontà di fare un investimento, ma dalla causa dell'operazione (elemento oggettivo).

Anche la giurisprudenza di merito si è espressa la riguardo.

In particolare, il Tribunale di Verona con una sentenza del 24 gennaio 2017, a cui si conforma anche la pronuncia in commento, ha stabilito che i caratteri di un *“investimento finanziario”* sono: i) un impiego di capitali; ii) un'aspettativa di rendimento; iii) la rischiosità dell'attività in cui si investe. Secondo il Tribunale di Verona le valute virtuali, acquistate su una piattaforma di scambio, presentano tutte le suddette caratteristiche e sono equiparabili agli *“strumenti finanziari”*.

Per quanto qui interessa, va detto, sia pur brevemente, che la dottrina si è più volte espressa sulla qualificazione di un asset (nel nostro caso le criptovalute) come prodotto o strumento finanziario.



Ora, è noto che gli strumenti finanziari sono un numero chiuso giacché sono solo quelli indicati nella sezione C dell'Allegato I al TUF. È stato rilevato, tuttavia, che, alla luce della costante evoluzione del mondo della finanza, il confine tra prodotti e strumenti finanziari è labile. Ciò che li distingue, dunque, “è la caratteristica della potenziale negoziabilità nel mercato dei capitali, condizione necessaria per ... [nds, gli strumenti] ma non per ... [nds, i prodotti]”.

Conclusioni. Il ragionamento della Corte.

Nel caso di specie la Cassazione, probabilmente animata dall'intenzione di tutelare gli investitori, ritiene che l'ICO degli LWF Coin rispetti tutti i requisiti elencati dalla pronuncia del Tribunale di Verona e pertanto “la valuta virtuale deve essere considerata strumento di investimento perché consiste in un prodotto finanziario, per cui deve essere disciplinata con le norme in materia di intermediazione finanziaria”. Di conseguenza, l'*Initial Coin Offering* svolta dal Sig. S.M. sostanzialmente consisteva in un'offerta al pubblico di valute virtuali, ma senza predisporre un vero prospetto - tranne il menzionato *white paper* - e senza che l'offerente fosse iscritto alla sezione speciale del registro dei cambiavalute. Essa, dunque, è da ritenersi abusiva e integrante il reato ex art. 166 TUF.

Se l'intenzione di tutelare gli investitori che anima la Corte è apprezzabile, bisogna però rilevare l'imprecisione terminologica della sentenza in commento che parla di “strumento di investimento” il quale, però, non è una fattispecie esistente nel nostro ordinamento. Considerata la rapida evoluzione della normativa e della prassi in materia, tale imprecisione non aiuta.

In secondo luogo, la sentenza fonda l'equiparazione tra criptovalute e prodotti finanziari su un elemento soggettivo quale l'aspettativa di un rendimento, invece che su elementi oggettivi come la causa del negozio giuridico o la funzione del rapporto giuridico. La suddetta equiparazione, peraltro, contravviene alla suddetta pronuncia n. 2736/2013 senza motivare ed analizzare la causa negoziale dell'operazione e del *white paper* che accompagnava l'ICO.

Per di più, la Consob ha rilevato che i rendimenti dei token (peraltro qui si tratterebbe di utility e non security token) di per sé “non sono chiaramente ricollegabili ai “rendimenti di natura finanziaria”” (CONSOB, *Le offerte iniziali e gli scambi di cripto-attività*, 2019). L'equiparazione tra criptovalute e strumenti finanziari, dunque, non è scontata.

Infine, va detto che la pronuncia in commento non si concilia con le previsioni della proposta di **Regolamento sui mercati delle criptovalute** (c.d. MiCAR, acronimo che sta per Markets in Crypto-Assets Regulation: su cui v. notizia n. 3 nel numero 2/2022 in questa Rubrica: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2022/08/Osservatorio-2-2022.pdf>), che, da un lato, esclude un obbligo di prospetto per l'offerta di criptovalute e, dall'altro, non assoggetta quest'ultima alle norme sull'offerta a distanza di prodotti finanziari.

EMANUELE STABILE

<https://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snpen&id=./20221122/snpen@s20@a2022@n44378@tS.clean.pdf>

14. L'ordinanza Cassazione Sez. 1 Civile n. 34658/2022 del 24.11.2022 sul diritto all'oblio e l'ordine di rimozione c.d. globale (regime Codice privacy anteriore al GDPR)

Con l'ordinanza della Prima Sez. Civile n. 34658/2022 del 24.11.2022, i giudici di legittimità si sono pronunciati nuovamente sul diritto all'oblio (sulla sentenza della Cassazione n. 3952 del 8 febbraio 2022 sul diritto all'oblio e le copie *cache*, v. la notizia n. 12 nel numero 1/2022 di questa Rubrica: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2022/04/Osservatorio.pdf>), in particolare sotto il profilo dell'estensione territoriale degli ordini di rimozione o deindicizzazione. La Suprema Corte ha accolto il ricorso proposto dal Garante per la protezione dei dati personali (di seguito anche solo il “Garante”) nei confronti di Google LLC (di seguito anche solo “Google”), affermando che, in tema di trattamento dei dati personali, la tutela spettante all'interessato, strettamente connessa ai diritti alla riservatezza e all'identità personale è preordinata a garantire la dignità personale dell'individuo, ai sensi dell'art. 3 Cost., comma 1 e dell'art. 2 Cost. Pertanto, il cosiddetto “diritto all'oblio”, consente, in conformità al diritto dell'Unione Europea, alle autorità italiane di ordinare al gestore di un motore di ricerca di effettuare una deindicizzazione su tutte le versioni, anche extraeuropee, di tale motore, previo bilanciamento tra il diritto alla tutela della vita privata e alla protezione dei dati personali e il diritto alla libertà di informazione, da operarsi

secondo gli standard di protezione dell'ordinamento italiano.

| 720

La vicenda trae origine dall'ordine dato dal Garante a Google di rimuovere, anche dalle versioni extraeuropee del motore di ricerca, gli URL oggetto della richiesta di un interessato che, avendo interessi professionali al di fuori del territorio dell'Unione, chiedeva l'applicazione extraterritoriale della misura. Contestando proprio l'estensione globale del provvedimento, Google chiedeva l'annullamento dello stesso al Tribunale di Milano, che accoglieva il ricorso e riteneva applicabile *ratione temporis* alla fattispecie la Direttiva 95/46/CEE, attuata in Italia con il d.lgs. 196 del 2003 ("Codice Privacy"), in quanto all'epoca dei fatti non era ancora entrato in vigore il Regolamento UE 2016/679 ("GDPR"). Sulla base dell'applicazione della normativa precedente, il Tribunale meneghino rilevava la mancata previsione di una norma che legittimasse l'estensione extraterritoriale del provvedimento, censurando quest'ultimo anche sotto il profilo del bilanciamento tra diritto dell'interessato e libertà di informazione.

Avverso tale sentenza ha proposto ricorso per cassazione il Garante, sulla base di tre motivi.

Con il primo motivo di ricorso, il Garante ha eccepito la violazione e falsa applicazione delle norme del previgente Codice Privacy, laddove il Tribunale ha negato la possibilità di una applicazione extraterritoriale delle stesse, già ammessa dalla CGUE in casi recenti.

Con il secondo motivo di ricorso, il Garante contestava l'interpretazione secondo cui il bilanciamento di interessi, sotteso all'applicazione di una misura di deindicizzazione, doveva essere parametrato ai diversi ordinamenti esistenti nei Paesi extra UE ove il provvedimento avrebbe dovuto spiegare i suoi effetti.

In ultimo, con il terzo motivo, il Garante eccepiva la contraddittorietà della sentenza impugnata, laddove è stato ritenuto insufficiente il materiale probatorio a supporto di un interesse ad un provvedimento extraterritoriale.

È opportuno ricordare come la Suprema Corte aveva precedentemente affermato che il diritto all'oblio consiste *"nel non rimanere esposti senza limiti di tempo ad una rappresentazione non più attuale della propria persona con pregiudizio alla reputazione ed alla riservatezza"* (Cass. Civ. sez. I, n. 9147/20).

L'oggetto della pronuncia in commento concerne quella che parte della dottrina definisce come seconda accezione del diritto all'oblio, da ricondurre alla tutela dell'identità personale. In quest'ottica, il bene giuridico tutelato è più ampio

rispetto al singolo dato personale, mirando a tutelare a tutto tondo la dignità della persona, sotto il profilo della sua identità. Ne discende la necessità di contestualizzare le informazioni, valutando l'impatto di queste ultime sull'individuo in relazione alla situazione nella quale egli si trova in quello specifico momento.

Nella medesima pronuncia, la Corte affronta il tema del difficile bilanciamento fra il diritto all'oblio e il diritto di cronaca/informazione, che rappresenta uno degli aspetti più delicati e problematici dell'attuazione di questa disposizione. A norma dell'art. 17, comma 3, lett. a) GDPR, l'esercizio della libertà di espressione e di informazione costituisce una delle eccezioni che consentono di escludere l'esercizio del diritto all'oblio, rendendo necessaria un'analisi svolta caso per caso e volta a valutare la prevalenza dell'uno o dell'altro nelle circostanze concrete (es. l'interessato è un personaggio pubblico, i fatti riportati sono inaccurati etc.). Limitare la portata del diritto all'oblio alla sola cancellazione dei dati, vorrebbe dire snaturare ingiustamente la disposizione. Questa, infatti, anche alla luce dell'interpretazione datane dalla giurisprudenza, ammette, fra le misure che ne permettono la piena attuazione, la deindicizzazione, l'anonimizzazione dei dati e la loro esatta contestualizzazione.

Ciò considerato, relativamente alle questioni rilevanti per la definizione del caso in oggetto, la Cassazione ha individuato tre precedenti della CGUE (C-131/12, C-507/20 e C-18/08) che, pur giungendo a conclusioni differenti tra loro, permettono di stabilire chiaramente come il diritto dell'Unione non imponga che la deindicizzazione accolta verta su tutte le versioni del motore di ricerca, ma neppure lo vieta. Pertanto, spetta all'autorità di controllo o all'autorità giudiziaria di uno Stato membro effettuare il bilanciamento tra, da un lato, il diritto della persona interessata alla tutela della sua vita privata e alla protezione dei suoi dati personali e, dall'altro, il diritto alla libertà d'informazione. Al termine della valutazione suesposta, sarà discrezione dell'autorità competente richiedere al motore di ricerca una deindicizzazione su tutte le versioni dello stesso o meno.

Alla luce di quanto sopra e riconoscendo il rango costituzionale assunto dal diritto alla protezione dei dati personali, tra cui rientra la riservatezza garantita dal diritto all'oblio, la Corte di Cassazione ha concluso per l'accoglimento del ricorso presentato dal Garante, ammettendo la portata extraterritoriale del provvedimento di deindicizzazione, restando impregiudicata sia la sovranità dello Stato straniero destinatario della misura sia la possibilità per quest'ultimo di non



riconoscere il provvedimento o la decisione giurisdizionale che lo ha ritenuto legittimo.

EMANUELA BURGIO

https://web.uniroma1.it/deap/sites/default/files/allegati/cass34658_22.pdf

15. La sentenza Tar Campania, sede di Napoli, Sez. III, n. 7003 del 14 novembre 2022 sull'uso di sistemi algoritmici nei procedimenti amministrativi

A proposito dell'uso di sistemi algoritmici nell'attività amministrativa (su cui v. in questa Rubrica le notizie n. 7 nel numero 4/2021 sulla sentenza del Tar Lazio n. 7589 del 24 giugno 2021 a proposito di procedure di mobilità nella pubblica amministrazione:

<http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2021/12/Osservatorio-1.pdf>; e la

notizia n. 13 nel numero 1/2022 a proposito delle *Model Rules* elaborate dallo *European Law Institute* sulla valutazione di impatto delle decisioni algoritmiche nella pubblica amministrazione:

<http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2022/04/Osservatorio.pdf>) si

segnala una interessante sentenza del 14 novembre 2022 del TAR Campania – sede di Napoli, Sez. III, n. 7003 sull'uso di sistemi algoritmici nei procedimenti amministrativi per erogare i fondi agricoli gestiti dall'Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura (AGEA) per conto della Commissione europea.

Questi i passaggi più significativi della pronuncia.

Anzitutto il giudice napoletano ha precisato che la decisione algoritmica si rivela di particolare utilità nei procedimenti amministrativi in cui “occorre gestire un numero notevole di istanze, per la cui elaborazione l'impiego dello strumento algoritmico consente una maggiore velocità, efficienza ed in astratto maggiore imparzialità”.

Secondo il Tribunale campano, il pregio del mezzo informatico è infatti la “invariabilità dell'esito: i ‘termini’ dell'algoritmo, combinati nel modo assunto dallo stesso, portano sempre e invariabilmente allo stesso risultato” con una “decisione spogliata da ogni margine di soggettività”.

Tuttavia, rileva il Giudicante, la procedura informatizzata deve essere controbilanciata dal “controllo umano del procedimento, in funzione di garanzia (cd. *human in the loop*), in modo che il

funzionario possa in qualsiasi momento intervenire per compiere interlocuzioni con il privato, per verificare a monte l'esattezza dei dati da elaborare, mantenendo il costante controllo del procedimento”.

L'uso dell'algoritmo, in altre parole, secondo questa sentenza, sta in “funzione integrativa e servente della decisione umana” e “non può mai comportare un abbassamento del livello delle tutele garantite dalla legge sul procedimento amministrativo” (in particolare la trasparenza del processo decisionale e l'obbligo di motivazione del provvedimento finale).

Significativo anche il passaggio nel quale il TAR campano dichiara che l'amministrazione procedente deve dedicare particolare attenzione ai termini di “costruzione dell'algoritmo”; al modo in cui i “para-metri dell'algoritmo vengono scelti (operazione di per sé soggettiva), e come si combinano tra loro”; alla “conoscibilità della costruzione dell'algoritmo, anche, eventualmente, in funzione del sindacato sull'atto adottato sulla base dello stesso”.

Quest'ultima, in particolare, rileva il Tribunale amministrativo, “deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti”.

Tanto, in conclusione, impone all'amministrazione di rendere comprensibile a chiunque il linguaggio informatico utilizzato dai creatori dell'algoritmo attraverso documenti esplicativi; e di revisionare, ove occorra, il sistema algoritmico attraverso “costanti test, aggiornamenti e modalità di perfezionamento”.

FILIPPO D'ANGELO

<https://www.giustizia-amministrativa.it/>

16. L'ordinanza del Tribunale di Roma del 20.7.2022 sui Non-Fungible Tokens (NFT): il caso della Juventus

Il Tribunale di Roma (Sez. XVII Imprese Civ.), con ordinanza cautelare del 20 luglio 2022 ha disposto un ordine di inibitoria dalla creazione e commercializzazione di *Non-Fungible Tokens (NFT)* in violazione di marchi registrati, oltre al ritiro dal commercio e la rimozione degli stessi NFT da ogni sito Internet.

Si tratta del primo provvedimento cautelare noto di una corte europea che stabilisce che i NFT

che riproducono senza autorizzazione i marchi di terzi costituiscono una violazione, concedendo la relativa ingiunzione al titolare dei diritti. Ad oggi, a livello internazionale, sono conosciute solo decisioni similari emesse a Singapore e in Turchia.

722 | Nonostante non sia ancora chiaro né l'inquadramento giuridico dei NFT né la loro definizione, l'Ufficio dell'Unione europea per la proprietà intellettuale (EUIPO) suggerisce di considerarli come *“certificati digitali unici, registrati in una blockchain, utilizzati come mezzo per registrare la proprietà di un oggetto, come un'opera d'arte digitale o un oggetto da collezione”* (EUIPO Draft Guidelines 2023 edition, su <https://euipo.europa.eu/ohimportal/nl/draft-guidelines-2023>).

Nel caso di specie, la società Blockeras s.r.l. (**“Blockeras”**) aveva mintato e commercializzato alcuni NFT associati a immagini di un noto calciatore con la maglia della Juventus Football Club S.p.A. (**“Juventus”**), senza aver ottenuto il consenso dalla società di calcio.

La Juventus conveniva Blockeras avanti alla Sezione Specializzata del Tribunale di Roma lamentando la violazione sia del marchio figurativo, costituito dalla maglia a strisce verticali bianche e nere con due stelle sul petto, sia dei propri marchi denominativi JUVENTUS e JUVE.

La Blockeras si era opposta alla concessione delle misure inibitorie alla luce dell'autorizzazione all'uso dell'immagine ottenuta dal calciatore, evidenziando sia che i marchi della Juventus non risultavano registrati per prodotti virtuali sia l'assenza del *“periculum in mora”*.

Il 20 luglio 2022, il Tribunale ha accolto le domande della ricorrente, ritenendo che Blockeras avesse adottato comportamenti integranti le fattispecie di concorrenza sleale (che potrebbe contribuire alla *“volgarizzazione del marchio, provocando un danno con obiettive difficoltà di quantificazione”*) e appropriazione dei pregi connessi ai marchi utilizzati, che costituiscono un pericolo di danno per la Juventus.

Il Tribunale ha confermato la notorietà dei marchi e ha respinto l'affermazione di Blockeras secondo cui i diritti di marchio della Juventus erano limitati a una classe di prodotti diversa da quella dei prodotti digitali creati e venduti dalla società, infatti, i particolari contenuti digitali in questione devono essere considerati inclusi nella Classe 9 della Classificazione di Nizza (*“inerenti anche a pubblicazioni elettroniche scaricabili”*), oggetto di registrazione da parte della Juventus: come da interpretazione di EUIPO secondo cui la classe 9 è deputata alla registrazione di marchi utilizzati per

caratterizzare determinate categorie di *“beni digitali”*.

Il Tribunale ha rilevato come l'autorizzazione concessa dal giocatore all'utilizzo della propria immagine non escludesse la necessità di chiedere l'autorizzazione anche all'uso dei marchi registrati della squadra di cui erano riprodotte le maglie e la denominazione, in quanto si trattava di beni destinati alla vendita commerciale, in relazione alle quali anche la fama delle diverse squadre in cui il calciatore ha giocato contribuiscono a dare valore all'immagine digitale da acquistare; come disposto dall'art. 97 della Legge sul Diritto d'Autore, l'uso consentito del diritto all'immagine di una persona non si estende anche all'uso dei marchi rappresentati nella medesima immagine.

In merito al *“periculum in mora”*, il Tribunale ha confermato la sussistenza del requisito in esame rilevando un *“attuale possibilità di rivendita, nel mercato secondario, delle Cards già acquistate dagli utenti”* anche considerando che i NFT, essendo già stati acquistati, non si trovavano più nella disponibilità di Blockeras.

Il Tribunale ha disposto pertanto un ordine *“nei confronti della società resistente di ritirare dal commercio e rimuovere da ogni sito internet e/o da ogni pagina di sito internet direttamente e/o indirettamente controllati dalla stessa su cui tali prodotti sono offerti in vendita e/o pubblicizzati, i NFT ed i contenuti digitali ad essi associati o prodotti in genere oggetto di inibitoria”*.

L'ordinanza cautelare, oltre a disporre l'inibitoria, è accompagnata da una penale per ogni giorno di ritardo o violazione (dalla *“ulteriore produzione, commercializzazione, promozione e offerta in vendita, diretta e/o indiretta, in qualsiasi modo e forma, dei NFT e dei contenuti digitali di cui in narrativa, nonché di ogni altro NFT, contenuto digitale o prodotto in genere recante la fotografia di cui in narrativa, anche modificata, e/o i marchi di Juventus di cui in narrativa, nonché l'uso di detti marchi in qualsiasi forma e modalità”*). Interessante evidenziare come nell'ingiunzione il Tribunale distingua tra i NFT e le immagini digitali associate agli stessi NFT (*“gli NFT e i contenuti digitali ad essi associati”*) quasi a suggerire che i NFT abbiano autonomia giuridica rispetto ai contenuti ad essi associati (e.g. fotografie, opere musicali, etc.).

La decisione in oggetto conferma, in primo luogo, la possibilità di ottenere la tutela del marchio anche per quanto riguarda gli usi non autorizzati in contesti virtuali, e, in secondo luogo, l'opportunità di estendere la registrazione del marchio alle classi della Classificazione di Nizza che consentono l'uso del marchio stesso nella sfera digitale.



In conclusione, appare evidente dal provvedimento in oggetto come chiunque abbia intenzione di creare NFT dovrebbe prima procedere a una accurata *due diligence* che verifichi l'eventuale esistenza di diritti di proprietà intellettuale e di diritti della persona gravanti sui contenuti da associarvi.

FRANCESCO GROSSI

https://web.uniroma1.it/deap/sites/default/files/allegati/Trib_Roma_2022_Juve_NFT.pdf

17. L'order del 7.11.2022 della District Court of New Hampshire (USA) sulla qualificazione di un utility token come security.

Il 7 novembre del 2022 la District Court del New Hampshire, negli Stati Uniti, si è espressa sul caso *Securities Exchange Commission v. LBRY, Inc.* in tema di *utility token* e della relativa loro qualificazione giuridica.

Nel caso di specie, la Securities Exchange Commission ("SEC") richiedeva un provvedimento cautelare (*summary judgement*) in merito alle attività svolte dalla società del New Hampshire, la LBRY, Inc. ("LBRY"), che emette e vende specifici *blockchain token*, dal nome "*LBRY Credits*" o "*LBC*" la cui natura giuridica, e specificamente la loro qualificazione come *unregistered securities* ai sensi della normativa statunitense applicabile (Sezione 5 del *Securities Act* del 1933), era affermata dalla SEC e negata da LBRY.

LBRY, fondata nel 2015, è una piattaforma digitale dotata di tecnologia blockchain che offre servizi di file sharing e dispone di una rete decentralizzata per i pagamenti online. Come illustrato nel provvedimento, gli LBC assolvono una serie di funzioni all'interno della LBRY Blockchain.

Nel caso di specie, la Corte ha voluto applicare il c.d. *Howey Test*, criterio elaborato nella storica sentenza *SEC v. W.J. Howey Co.*, 328 U.S. 293 (1946) per accertare la natura dell'operazione economica in analisi e verificare se essa possa qualificarsi come un contratto di investimento finanziario. A tal riguardo, la Corte, alla luce del suddetto test valutativo, ha ritenuto che le cripto-attività venissero offerte al pubblico e vendute in contrasto con la normativa federale in materia di *securities* in quanto l'operazione è da considerarsi come un contratto di investimento.

In relazione a questo ultimo aspetto, la Corte ha ricordato che il c.d. *Howey Test* si basa su tre principali requisiti: a) la presenza di un investimento economico e di capitale; b) la circostanza che il denaro è investito in una attività imprenditoriale specifica; c) la concreta aspettativa di un profitto rispetto al capitale investito.

Nel caso qui in analisi, la Corte ha sottolineato come soltanto l'ultimo requisito risultasse di maggiore complessità interpretativa, mentre i primi due criteri di valutazione erano da considerarsi pienamente sussistenti. A tal proposito, nella *opinion* della Corte, si è cercato di approfondire gli aspetti comunicativi connessi all'offerta di simili cripto-attività, per verificare la presenza di una legittima aspettativa in capo all'acquirente di un potenziale profitto in relazione al capitale inizialmente investito.

La Corte ha rilevato che LBRY avesse pubblicato numerose dichiarazioni che hanno portato i potenziali investitori di cripto-attività ad aspettarsi ragionevolmente che l'*utility token* così acquistato sarebbe cresciuto di valore sotto il controllo e la supervisione della società. In particolare, si mette in risalto come in alcune specifiche comunicazioni analizzate e illustrate dalla Corte nella pronuncia a titolo esemplificativo (un post all'interno del blog connesso alla piattaforma, una e-mail, una intervista sulle attività della società ed un post pubblicato su Reddit dal community manager della piattaforma) emergesse chiaramente l'intento di LBRY di ingenerare nella potenziale clientela la speranza di notevoli profitti derivanti dall'acquisto di questi particolari *utility token*. Per queste ragioni, è stato ritenuto soddisfatto anche il terzo requisito del c.d. *Howey Test* e, quindi, è stata qualificata l'intera operazione come un contratto di investimento.

In merito, inoltre, alle argomentazioni sostenute in giudizio da LBRY, la Corte ha respinto ogni posizione difensiva della società, rimarcando l'essenza effettiva delle operazioni economiche analizzate e la natura di investimento finanziario dei contratti sottesi.

La società, dal canto suo, aveva messo in risalto la natura di utilità del *token* acquistato e del consistente numero di acquirenti che aveva sottoscritto simili operazioni al fine di utilizzare le cripto-attività nell'ambito della sola piattaforma LBRY.

Sul punto, la Corte, però, ha espressamente sottolineato come risulti necessario analizzare la natura concreta del contratto in esame e che la commistione tra funzione consumeristica di utilità e funzione finanziaria di investimento non escluda la

possibilità di qualificare queste operazioni come contratti di investimento, alla luce dei precedenti applicabili al caso di specie e sulla base del c.d. *Howey Test*.

724 Dunque, la District Court del New Hampshire ha ritenuto *prima facie* che LBRY abbia immesso sul mercato prodotti che violano le regole vincolanti in materia di vendita di *securities*, celando la vera natura dei contratti sottoscritti dai singoli investitori.

In conclusione, il caso qui analizzato acuisce gli interrogativi circa la corretta applicazione della disciplina legale di riferimento in relazione a particolari tipologie di crypto-attività che, al di là delle funzioni consumeristiche o di utilità, presentano profili di rendimento finanziario o prospettive di profitto per gli investitori.

ENZO MARIA INCUTTI

<https://www.crypto-law.us/wp-content/uploads/2022/11/Court-Decision-LBRY.pdf>

18. L'Assurance of voluntary compliance tra Google e lo Stato della Pennsylvania (USA) del 14.12.2022 sui dati di localizzazione

Con “*effective date*” fissata al 14.12.2022, tra l’*Attorney General* del *First Judicial District* dello Stato della Pennsylvania Josh Shapiro (d’ora in poi “*Attorney General*”) e Google LLC (d’ora in poi “**Google**”) è intercorsa una c.d. *Assurance of voluntary compliance* (d’ora in poi “*Assurance*”), in base all’*Unfair Trade Practices and Consumer Protection Law*, 73 P.S. § 201-1, et seq.; 201-5 (d’ora in poi “**Consumer Protection Law**”). Analoghi accordi sono stati assunti nello stesso periodo tra Google e altri *Attorneys General* di numerosi altri Stati della Federazione.

L’*Assurance* è stata conclusa all’esito di un’istruttoria avviata dall’*Attorney General* in merito a talune pratiche occorse nel periodo dal 2014 al 2019, consistenti in false rappresentazioni e omissioni di informazioni, da parte di Google, relative alla raccolta, all’uso e alla conservazione di taluni tipi di dati riguardanti la posizione fisica di uno specifico utente o di uno o più dispositivi associati all’account di questi (d’ora in poi, “dati di localizzazione”). Le suddette condotte hanno riguardato, più in dettaglio, due impostazioni accessorie all’account che gli utenti di Google debbono creare per usufruire dei prodotti e servizi digitali forniti da tale società, la *Location History* e la *Web&App Activity*. La prima, quando attiva,

raccoglie e conserva automaticamente nei server di Google dati di localizzazione dell’utente; la seconda, invece, registra anche tali tipi di dati, ogni qual volta l’utente interagisca con prodotti o servizi di Google (come YouTube o Google Search).

Google raccoglie i dati di localizzazione attraverso le ricordate impostazioni e li monetizza in un duplice modo: in primo luogo, ricavandone delle inferenze (ad es. dei profili), sulla cui base vengono personalizzati gli annunci pubblicitari mostrati a ciascun utente; in secondo luogo, ottenendone uno “*store conversion index*”, un indice che misura il numero degli utenti i quali si recano presso una data attività commerciale (un “negozio fisico”, come si direbbe in gergo), dopo aver ricevuto le relative comunicazioni pubblicitarie. La capacità di Google di “tracciare” gli spostamenti degli utenti, ne accresce il potere negoziale nei confronti delle controparti (gli “*advertisers*”) con cui Google stessa stipula accordi nel mercato delle comunicazioni commerciali.

Secondo l’*Attorney General*, Google è incorsa in numerose violazioni della *Consumer Protection Law*, di seguito elencate:

- 1) *Location History* è preimpostata da Google come disabilitata ed attivabile soltanto per scelta dell’utente. Una prima pratica ingannevole tenuta da Google è consistita nell’aver dato ad intendere ai propri utenti che *Location History* costituiva l’unica impostazione deputata alla raccolta dei dati di localizzazione e che, una volta attivata, gli utenti avrebbero potuto in ogni momento decidere in senso contrario, nel qual caso i dati di localizzazione non sarebbero più stati conservati sui server della società.

Google ha omesso di informare gli utenti che, viceversa, anche una volta esclusa tale impostazione, i dati in questione potevano essere raccolti e conservati in altri modi, tra essi, attraverso *Web&App Activity* (che, ad esempio, registra e conserva il dato relativo al luogo in cui un utente compie una ricerca usando Google Search, alla località digitata su Google Maps per ottenere indicazioni stradali, etc.). *Web&App Activity* era preimpostata da Google come attiva, a meno che l’utente non si fosse adoperato per “disabilarla”. Fino al 2018, secondo le allegazioni dell’*Attorney General*, Google non ha reso nota agli utenti l’esistenza di tale ultima impostazione al momento della creazione dell’account e, soprattutto, non ha informato che anche tramite essa la società procedeva alla raccolta e immagazzinamento dei dati di localizzazione. Gli utenti venivano informati dell’esistenza di *Web&App Activity* soltanto al momento di accedere ad una separata pagina online,



dove pure, tuttavia, *Location History* veniva indicata come unico mezzo capace di raccogliere e conservare tali dati. Dopo tale data, Google ha bensì cominciato a fare menzione di *Web&App Activity* al momento della creazione dell'account, senza però svelarne la reale funzionalità (informazione, questa, acquisibile soltanto accedendo ad una apposita pagina web per mezzo di un link). Google ha dunque fuorviato i propri utenti non fornendo la ricordata informazione e dando ad intendere che questa forma di trattamento venisse svolta soltanto per mezzo di *Location History*. Inoltre, sempre Google ha falsamente suscitato negli utenti l'affidamento circa la capacità di controllare il trattamento dei dati di localizzazione attraverso l'impostazione del proprio account (con dichiarazioni del seguente tenore "Tu puoi sempre controllare come noi raccogliamo e usiamo questi dati ... Puoi sempre rettificare le tue impostazioni in un secondo momento o revocare il tuo consenso ...").

- 2) Non soltanto. Almeno fino a metà 2018, Google ha omesso di rivelare che procedeva al trattamento dei dati di localizzazione anche di utenti receduti dall'account ("*signed-out*"), quando utilizzano prodotti o servizi della società, e ciò per mezzo di un "identificativo univoco pseudonimizzato". Pertanto, Google non ha chiarito che un simile trattamento non cessava né quando l'utente faceva ricorso alle ricordate impostazioni, né con il recesso dall'account.
- 3) Google ha, infine, posto in essere una ulteriore pratica ingannevole, riguardante un altro tipo di impostazione, *Ads Personalization*, che consente agli utenti di revocare il consenso (implicitamente concesso al momento di creare l'account) a ricevere comunicazioni commerciali personalizzate in base alla loro posizione fisica. Google ha dichiarato che soltanto grazie a tale impostazione fosse in grado di inviare pubblicità personalizzata, mentre, in realtà, la società poteva ottenere altrimenti, per questa stessa finalità, dati di localizzazione, anche nel caso in cui la impostazione in parola fosse disattivata. Google ha dunque ingenerato negli utenti l'affidamento di essere in grado di controllare raccolta ed uso dei propri dati (la c.d. illusione di controllo) per fini di pubblicità personalizzata.

L'Assurance, oltre a prevedere una cospicua sanzione pecuniaria ed una serie di doveri di

documentazione e di *reporting* periodico, contempla ordini diversi di "impegni" cui Google deve attenersi per un periodo di cinque anni (qui indicati riportando il numero dei relativi capoversi di cui l'Assurance consta).

La parte più rilevante di impegni riguarda le informazioni da fornirsi agli utenti circa il trattamento dei dati di localizzazione, nonché la possibilità per gli utenti di esercitare un controllo su simili dati.

In merito, è innanzitutto prescritto che Google comunichi, con uno specifico strumento di *legal design* (la "*pop-up notification*"), che *Location History* e *Web&App Activity* consentono di raccogliere dati di localizzazione; e che istruisca gli utenti sulle modalità per disattivare tali impostazioni, per stabilire limiti alla conservazione dei suddetti dati e per cancellarli.

E, inoltre, ivi previsto - sia rispetto agli account attivi, sia in relazione a quelli per cui è stato esercitato il recesso - che:

- siano fornite, attraverso una *webpage* dedicata, informazioni sulla raccolta e conservazione dei dati di localizzazione, con indicazione delle relative finalità, precisando se tra queste ultime rientrano finalità di profilazione e pubblicità personalizzata;

- gli utenti siano resi edotti della loro reale possibilità *i)* di limitare la raccolta e conservazione di tali dati, anche una volta che le suddette impostazioni siano state disabilitate; *ii)* di impedire l'uso da parte di Google dei dati di localizzazione per finalità di pubblicità personalizzata;

- sia chiaramente indicato agli utenti per quanto tempo Google immagazzina tali tipi di dati e, in caso affermativo, se allo spirare di tale periodo tali dati vengano cancellati da Google automaticamente o dietro richiesta degli utenti ovvero se sia prevista un'apposita funzionalità con cui l'utente possa procedere alla diretta cancellazione degli stessi;

- siano fornite indicazioni sulle tecniche di anonimizzazione, pseudonimizzazione, etc., adottate da Google e sulle finalità per le quali i dati vengono usati anche una volta sottoposti a tali tecniche.

Tutte le suddette informazioni debbono essere fornite in modo *clear and conspicuous*, vale a dire in modo tale che possano essere facilmente notate e comprese dall'utente, tenuto conto di una serie di dettagliate prescrizioni di *legal design* impartite dallo stesso *Attorney General* o individuate tramite rimando ai pertinenti standard tecnici (1, d).

Sono poi introdotte prescrizioni anche con riguardo al c.d. *Account Creation Flaw*, vale a dire alla *user interface* o al processo grazie ai quali

viene creato un account: all'atto della creazione di quest'ultimo, Google, non solo deve informare se raccoglie e conserva i suddetti dati, ma deve anche adottare certe modalità di interazione con gli utenti, atte a consigliare a questi ultimi di disattivare le impostazioni che siano attive *by default*.

726 Analoga finalità rivestono le prescrizioni con cui gli utenti vanno avvertiti del fatto che tali dati sono salvati e usati da Google solo se l'utente lo consente e che il controllo dei dati può essere esercitato dall'utente stesso attraverso una consapevole gestione delle impostazioni del proprio *account*.

Un ultimo ordine di prescrizioni, l'unico di natura non procedurale, concerne: i) il divieto per Google di condividere i dati di localizzazione con terze parti, in assenza di un consenso esplicito e formale dell'utente; ii) l'obbligo di cancellare automaticamente i dati di localizzazione conservati in *Web&App Activity* entro trenta giorni dalla loro raccolta; infine, iii) l'obbligo di cancellare i dati conservati in *Location History* e concernenti i c.d. Utenti Inattivi (vale a dire quelli i cui dati di localizzazione siano stati registrati un'ultima volta da più di tre anni) entro sei mesi da quando questi ultimi vengano di ciò avvertiti da Google con apposita comunicazione e in assenza di loro opposizione.

<https://www.attorneygeneral.gov/taking-action/attorney-general-josh-shapiro-announces-391-million-settlement-with-google-over-location-tracking-practices/>

ROBERTA MONTINARO

19. Le due sentenze "gemelle diverse" del Tar Lazio, sede di Roma, Sez. I del 18.11.2022 nei casi riguardanti Apple (sentenza n.15317) e Google (sentenza n.15326) in materia di pratiche commerciali sleali e patrimonializzazione dei dati personali

Con due sentenze decise in pari data (12.10.2022) e pubblicate in pari data (18.11.2022), il TAR Lazio, Roma, Sezione Prima, si è pronunciato, con esiti opposti, sulle impugnative proposte da Apple Distribution International Limited ("Apple") e Google Ireland Limited ("Google") avverso provvedimenti emessi nei loro confronti dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM" o l' "Autorità"). Si tratta di condotte e procedimenti distinti sotto ogni rispetto, che si riassumono qui di seguito in un'unica notizia

soltanto perché le due pronunce riguardano la stessa normativa e sono state emanate in pari data dallo stesso Tribunale.

Con **sentenza n. 15317 del 18.11.2022**, il TAR Lazio, Roma, sez. I, in accoglimento del ricorso di Apple, ha annullato il provvedimento del 9.11.2021 (caso PS11150 - ICLOUD) con cui l'AGCM aveva comminato alla società del gruppo di Cupertino una sanzione di 10 milioni di euro complessivi, per due pratiche commerciali sleali limitative della libertà di scelta del consumatore medio.

La prima pratica (Condotta A), ritenuta scorretta, riguardava l'omessa informativa circa la raccolta e l'utilizzo dei dati personali degli utenti per finalità commerciali, sia durante la creazione dell'ID Apple (ossia l'identificativo che consente il riconoscimento dell'utente su più dispositivi, anche per l'accesso ai servizi iCloud) sia in fase di accesso agli Store (App Store, Libri e iTunes, dedicati rispettivamente ad app, libri e audiolibri e alla musica). La seconda pratica (Condotta B), ritenuta aggressiva, consisteva nella pre-impostazione del consenso degli utenti per acquisire i loro dati per le citate finalità commerciali, sia in fase di configurazione dell'Apple ID sia nelle pagine di accesso a ciascuno degli Store.

Dei dieci motivi di ricorso sollevati da Apple, il TAR ne ha rigettati tre di carattere procedurale, ne ha accolti cinque, incentrati sugli aspetti sostanziali relativi all'idoneità decettiva delle due pratiche, mentre due sono i motivi di ricorso rimasti assorbiti, e dunque non accolti e non rigettati.

Omettendo l'esposizione dei motivi di carattere procedurale, riassumiamo qui di seguito i motivi di carattere sostanziale.

Con i cinque motivi oggetto di accoglimento Apple aveva contestato: (1) il travisamento fattuale in cui era incorsa l'Autorità ritenendo che la configurazione dell'ID Apple implicasse la raccolta e il trattamento di dati personali degli utenti per finalità commerciali; (2) che la personalizzazione degli Store non dà luogo a cessione dei dati a terzi, né a sfruttamento economico dei dati, basandosi su un numero molto limitato di dati, ed essendo tali solo quelli strettamente necessari per fornire servizi personalizzati; (3) che il comportamento del consumatore medio negli Store non subisce alterazioni in virtù della personalizzazione, giacché, a differenza del caso in cui i servizi siano pubblicizzati come "gratuiti" (ad esempio, servizi di social media o di messaggistica istantanea), gli Store sono negozi digitali per la vendita di contenuti e, finché il consumatore non sceglie consapevolmente di effettuare un acquisto Apple non realizza alcun fatturato; (4) che l'informativa



che precede l'accesso agli Store è completa, poiché strutturata in modo tale da rendere gli utenti edotti che i loro dati di acquisto e ricerca possono essere utilizzati per la personalizzazione degli stessi Store; da ciò discende la liceità della Condotta A; (5) che il sistema opt-out di per sé non implica un indebito condizionamento dell'utente tale da porlo in una condizione coartata che ne pregiudica gli interessi; da ciò discende la liceità della Condotta B.

Analizzando i cinque motivi in questione congiuntamente, il TAR ha in primo luogo rilevato la differenza tra il caso in esame e le pratiche sanzionate dall'AGCM nei casi Facebook (Cons. Stato, sez. VI, 29 marzo 2021, n. 2631 - su cui v. la notizia n. 8 nel numero 2/2021 in questa Rubrica: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2021/03/Osservatorio-1.pdf>) e WhatsApp, avuto riguardo alla natura gratuita soltanto apparente del social network e della messaggistica istantanea con cui venivano promossi quei servizi per attrarre utenti, alla mole e alla natura dei dati acquisiti e trattati, all'assenza in quei contesti di un rapporto di stretta funzionalità tra servizio offerto (social network e messaggistica istantanea) e dati raccolti, nonché, in ultimo, allo sfruttamento economico "diretto" di tali dati mediante vendita/trasferimento a terzi.

Secondo il TAR, dalle evidenze raccolte in giudizio, emerge che il trattamento di dati a fini di personalizzazione delle email di marketing non avviene in seguito alla mera creazione di un ID Apple ma in seguito all'accesso degli utenti a ciascuno Store. Il TAR osserva inoltre che nel caso di specie manca anche il presupposto dell'uso diretto del dato fornito dall'utente, senza che questi ne sia a conoscenza, in quanto, da un lato, Apple fornisce agli utenti un'informativa di primo livello completa sulla "personalizzazione" degli Store, prima dell'accesso a tali spazi digitali; dall'altro, tale personalizzazione non comporta uno sfruttamento immediato e diretto delle informazioni raccolte: *"Apple genererà un profitto solo nel caso in cui gli utenti effettuino un successivo acquisto ovvero attraverso la vendita di pubblicità tramite la funzione "Search ads", che riguarda le app presenti nello store"*.

Il TAR critica, inoltre, l'assunto dell'Autorità secondo cui i termini adoperati da Apple nell'informativa di primo livello, quale "personalizzazione", "consigli", "raccomandazioni", sarebbero ingannevoli, in quanto non idonei a far comprendere al consumatore la finalità commerciale della profilazione e che la personalizzazione dei dati forniti costituirebbe il mezzo e non il fine della

"piattaforma". Tuttavia, osserva il TAR, *"l'Autorità non tiene conto di una circostanza di decisiva importanza, vale a dire che la piattaforma in questione è costituita da uno "store" - e quindi da un negozio virtuale - il cui accesso intrinsecamente presuppone la consapevolezza da parte dell'utente della natura commerciale delle transazioni che al suo interno possono essere eseguite"*.

Dunque, benché sia ragionevole ipotizzare che la profilazione degli utenti possa consentire ad Apple di rendere più attrattivi gli Store, in ultima analisi, per accrescere il proprio fatturato, la condotta contestata secondo il TAR non può ritenersi ingannevole perché negli Store il consumatore compie una successiva scelta consapevole realizzando un'operazione di acquisto. Sulla base di tali considerazioni il TAR ha ritenuto lecita la Condotta A.

Riguardo alla Condotta B, il TAR osserva che non risulta corretta l'affermazione dell'Autorità secondo cui *"la pre-attivazione in questione determina, già di per sé, il trasferimento e l'utilizzo dei dati da parte di Apple, una volta che questi vengano generati, senza la necessità a tal fine di ulteriori passaggi in cui l'utente possa confermare o modificare la scelta pre impostata"*. Ciò in quanto il TAR ha accertato che, all'atto della creazione dell'ID Apple e della personalizzazione degli Store, Apple non effettua alcuna attività di sfruttamento diretto dei dati personali degli utenti, i quali restano liberi di decidere se acquistare o meno.

In ultima analisi, secondo il TAR, nel caso di specie mancano gli elementi per considerare la pratica commerciale ingannevole e aggressiva, non avendo la Condotta A portata decettiva e non essendo la Condotta B in grado di produrre un "indebito condizionamento" del consumatore.

ANDREA MAREGA

Con **sentenza n. 15326 del 18.11.2022**, il TAR Lazio, Roma, sez. I, ha rigettato il ricorso di Google, confermando la legittimità del provvedimento del 16.11.2021 (caso PS11147) con cui l'AGCM aveva comminato alla società una sanzione di 10 milioni di euro complessivi, per due pratiche commerciali sleali limitative della libertà di scelta del consumatore medio.

La prima pratica (Condotta A), ritenuta scorretta, riguardava l'omessa informativa circa la raccolta e l'utilizzo dei dati personali degli utenti per finalità commerciali, sia nella fase di creazione dell'account Google (indispensabile per l'utilizzo di tutti i servizi offerti), sia durante l'utilizzo dei

servizi offerti da Google (ossia, Google Drive, Google Store, Google Play Store, Google Payments, Google Play Edicola, Google Play Musica, Google Maps, Google Search, Google Traduttore e YouTube).

728 La seconda pratica (Condotta B), ritenuta aggressiva, consisteva nella pre-impostazione del consenso degli utenti per acquisire i loro dati per le citate finalità commerciali nella fase di creazione dell'account Google. Questa pre-attivazione, secondo l'Autorità, consentiva il trasferimento e l'uso dei dati da parte di Google, una volta generati, senza la necessità di altri passaggi in cui l'utente potesse di volta in volta confermare o modificare la scelta pre-impostata dall'azienda.

Google ha impugnato il provvedimento dell'AGCM davanti al TAR, sollevando i seguenti motivi sostanziali:

1. assenza di una pratica ingannevole (Condotta A) in quanto, secondo Google, gli utenti sono stati adeguatamente informati della possibilità che i loro dati potessero essere utilizzati a fini commerciali;

2. mancanza dei presupposti per poter definire aggressiva la pratica consistente nella pre-impostazione del consenso degli utenti per acquisire i loro dati per le finalità commerciali nella fase di creazione dell'account Google (Condotta B), perché, secondo Google, gli utenti sono stati adeguatamente informati circa le finalità dell'utilizzo dei loro dati;

2. quantificazione errata della sanzione in quanto, secondo Google, (i) l'AGCM non ha considerato come circostanza attenuante il fatto che Google avesse presentato impegni (respinti dalla stessa Autorità) e (ii) le due pratiche avrebbero dovuto essere qualificate come un'unica pratica.

Il TAR ha respinto tutti i motivi di ricorso promossi da Google.

Con riferimento al primo e al secondo motivo, il TAR ha ritenuto che Google avesse effettivamente utilizzato i dati degli utenti per fini commerciali senza che questi fossero stati adeguatamente informati.

In particolare, con riferimento alla Condotta A, secondo il TAR, le informazioni rese sia in sede di creazione dell'account Google, sia con riferimento all'accesso ai servizi di Google, non erano di immediata evidenza, in quanto posizionate in pagine raggiungibili attraverso link di consultazione meramente eventuali, come tali non idonei ad informare adeguatamente il consumatore sulla raccolta e sull'utilizzo a fini commerciali dei suoi dati.

Il TAR ha, inoltre, confermato la valutazione di aggressività della Condotta B, considerando che la

pre-attivazione del consenso determinava di per sé il trasferimento e l'uso dei dati per scopi commerciali (una volta generati), senza che gli utenti ne fossero informati e senza la necessità di ulteriori passaggi da parte degli utenti. Inoltre, ad avviso del TAR, il processo di de-selezione del consenso pre-attivato non era né semplice né immediato.

Per quanto riguarda il terzo motivo, il TAR ha confermato la sanzione di 10 milioni di euro, tenuto conto della notevole dimensione economica del professionista quale leader mondiale nel settore, dell'ampia diffusione delle pratiche tramite internet, nonché del rifiuto dell'AGCM degli impegni presentati da Google e della necessità di mantenere le due pratiche (Condotta A e Condotta B) separate da un punto di vista strutturale e funzionale.

GIORGIA DIOTALLEVI

<https://www.giustizia-amministrativa.it/>



