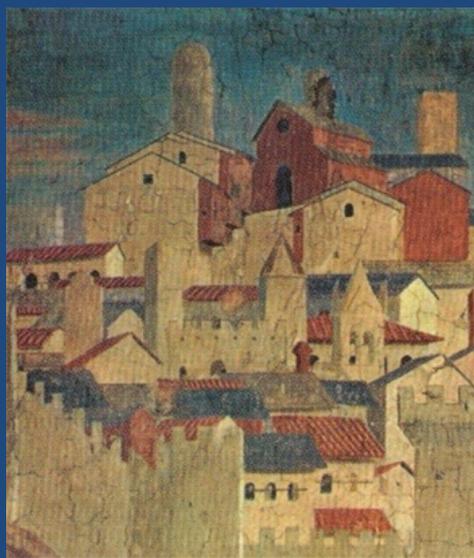


PERSONA E MERCATO



Rivista periodica on-line

www.personaemercato.it

Anno 2023 – Numero 2

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 Barengi; 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 Salanitro; Gabriele Salvi; Giovanna Savorani; Martin Schmidt-Kessel; Anna Scotti; Tommaso Oberdan Scozzafava; Roberto Senigaglia; Anna Maria Siniscalchi; Umberto Stefini; Giovanni Stella; Chiara Tenella Sillani; Giulia Terlizzi; Mauro Tescaro; Stefano Troiano; Alberto Venturelli; Vincenzo Verdicchio; Pietro Virgadamo; Sandra Winkler.

Responsabili della 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

| | |
|---|--------|
| Il dialogo delle intelligenze tra umanesimo e tecnoscienza, di Antonio Punzi | p. 161 |
| Fenomenologia della verità in diritto civile e la «verità in pittura», di Antonio Rizzi | p. 169 |
| L'uso sostenibile delle risorse idriche: ripensare l'acqua come "bene comune", di Mauro Pennasilico | p. 198 |
| Il coordinamento tra la direttiva 2019/770 e il GDPR. L'interessato-consumatore, di Salvatore Orlando | p. 222 |
| Autodeterminazione, dignità e vita nel suicidio assistito e nell'eutanasia, di Antonio Gorgoni | p. 242 |

Commenti

| | |
|--|--------|
| La riparazione impossibile e l'importanza del difetto, di Francesca Bertelli | p. 263 |
| Digital services act e artificial intelligence act: tentativi di futuro da armonizzare, di Sara Tommasi | p. 279 |
| La <i>condicio iuris</i> : il <i>trait d'union</i> tra momento privatistico e pubblicistico nella circolazione dei diritti edificatori, di Pietro Coppini | p. 297 |
| Disabilità e diritto allo sport: tutele civilistiche e libertà costituzionali, di Giangabriele Agrifoglio | p. 318 |
| Il senso ed il tempo dell'apporto ermeneutico nell'attuale fenomenologia contrattuale, di Gerardo Villanacci | p. 340 |
| Il diritto di uso <i>esclusivo</i> e <i>perpetuo</i> del bene condominiale: <i>realità</i> e <i>personalità</i> del diritto tra <i>conformazione</i> e <i>regolamentazione</i> della proprietà comune, di Domenico Giurato | p. 355 |

Osservatorio

| | |
|---|--------|
| Diritto e nuove tecnologie. Rubrica di aggiornamento dell'OGID* | p. 373 |
|---|--------|

Saggi

IL DIALOGO DELLE INTELLIGENZE TRA UMANESIMO E TECNOSCENZA

Di Antonio Punzi

| 161

SOMMARIO: *1. Le incertezze del tempo e il compito di diventare ciò che siamo. - 2. La rivoluzione digitale: promesse, dubbi, diritti. - 3. Pensare la tecnica senza dimenticare la lezione della scienza. - 4. La costituzione tecnica della persona. - 5. La persona incarnata, l'orizzonte della storia e la bussola dei principi.*

ABSTRACT. Nel dibattito degli ultimi anni, a seguito dell'esplosione delle neuroscienze e poi dell'avvento dell'intelligenza artificiale, gli studiosi hanno rivolto maggiore attenzione alla questione dell'intelligenza che non al tema della persona. Il presente contributo intende riflettere sulla possibilità di restituire un ruolo centrale al concetto di persona, non prima o al di fuori, ma all'interno della riflessione sull'intelligenza che caratterizza la nostra epoca.

In the last years' debate, following the explosion of neuroscience and the advent of artificial intelligence, scholars have paid more attention to the question of intelligence than the person. This contribution aims to reflect on the possibility of restoring a central role to the concept of person, not before or outside, but within the reflection on the intelligence that characterizes our age.

1. Le incertezze del tempo e il compito di diventare ciò che siamo.

162

Pensare, oggi, il nostro essere ‘persona’ risulta estremamente problematico. Stiamo entrando in una nuova era, assaliti da dubbi e incertezze e non possiamo fare affidamento su un orizzonte filosofico che dia per certa la qualificazione dell’uomo come individuo e persona¹. È possibile tornare a pensare il concetto di persona in assenza di un’ontologia?

C’è un messaggio che non va disperso e proviene dalla storia remota del concetto di persona, celandosi nella sua radice etimologica, giusta la lezione heideggeriana, spesso richiamata da Giuseppe Benedetti, secondo cui “il linguaggio è la casa dell’Essere”². Il termine persona deriva forse dal greco *πρόσωπον*, forse dall’etrusco *persu* o forse ancora dall’indi *persuna*: in ogni caso, essa evoca la dimensione del teatro³. Qui non interessa tanto la tradizionale contrapposizione tra il volto e la maschera che lo copre. La maschera è piuttosto ciò che fa risuonare (*per-sonare*) la voce dell’attore. A prescindere dall’esattezza della ricostruzione etimologica, si tratta di una traccia interessante: il nostro essere-persona fa risuonare la voce dell’individuo, dà profondità al suo *flatus vocis*⁴. Non a caso, come

¹ Tra le molte trattazioni filosofiche del tema, mi limito a segnalare R. SPAEMANN, *Personen. Versuche über den Unterschied zwischen ‘etwas’ und ‘jemand’*, Cotta, Stuttgart, 1996 e S. COTTA, *Diritto persona mondo umano*, Giappichelli, Torino, 1989.

² M. HEIDEGGER, *Lettera sull’umanesimo*, in *Segnavia*, Adelphi, Milano, 1987, p. 312.

³ A partire dal *De origine vocabulorum* di Gavio Basso (I secolo a.C.) si è ipotizzata un’origine etimologica di persona da *personare*, ovvero cioè ‘far risuonare’, caratteristica attribuita alle maschere del teatro antico. Di tale ipotesi diede conto Aulo Gellio: “Gustosa davvero, e dotta, l’interpretazione della parola persona «maschera da teatro», data da Gavio Basso nei libri da lui composti Sull’origine dei nomi; egli congetta che la parola derivi dal verbo personare «risuonare». Testa e volto, coperti da ogni lato dall’involucro della maschera e accessibili solo per l’unica via — non instabile né dispersiva — che consente l’emissione della voce, raccolgono e costringono la voce dirigendola verso un unico sbocco e così rendono il suono più squillante e armonioso. Quell’indumento del volto, dunque, fa diventare la voce chiara e risonante: perciò è detto persona, con allungamento della vocale o provocato dalla forma della parola” (Aulo Gellio, *Le notti attiche*, UTET, Torino 2007, p. 487). Sulla questione etimologica rimane classico lo studio di A. Trendelenburg, *Zur geschichte der wotertes Person*, in “Kant Studien”, 1908, pp. 1-17. V. ora A. LOLORDO (ed. by), *Person. A History*, Oxford University Press, Oxford 2019, che peraltro riconosce come “nowadays Gavius Bassus’s etymology of the word persona is generally rejected” (p. 27).

⁴ C. BOLOGNA, *Flatus vocis. Metafisica e antropologia della voce*, Il Mulino, Bologna, 1992, il quale tra l’altro scrive: “Prima ancora che il linguaggio abbia inizio e si articoli in parole per trasmettere messaggi in forma di enunciati, la voce ha già

scrive Carlo Sini, il nostro essere viene al mondo proprio mediante un gesto vocale⁵.

Oltre a quelle dell’ontologia classica, oggi ci ritroviamo orfani anche delle certezze del pensiero moderno, che aveva posto al centro dell’attenzione non la persona, bensì il soggetto. Il soggetto moderno non rivolge più lo sguardo verso l’Essere in senso metafisico né sull’essenza del proprio essere-persona: dopo aver conquistato la coscienza di sé, egli si concentra sull’osservazione della natura per individuarne le leggi, misurarla, trasformarla. E questa transizione moderna dalla persona al soggetto ha un duplice volto. Da un lato, essa esprime la fiducia nell’*ipsa scientia potestas est*, nella conoscenza che, sulla scia di Bacone⁶, libera dalla sofferenza, dal disordine, dall’ingiustizia. Da un altro lato, lo slittamento dalla persona al soggetto inaugura il progetto scientifico e tecnico di dominio sul mondo.

Questo progetto – di cui la Rivoluzione industriale è la prima grande esemplificazione – nel corso del XIX secolo comincia ad essere percepito come fonte di inquietudine. L’uomo ha il sospetto di essere finito in quella che Max Weber chiamava la “gabbia d’acciaio”⁷. E proprio qui viene in soccorso il concetto di persona, utilizzato dalla filosofia e dalle dottrine sociali di ispirazione personalista come limite alla potenza della tecnica e all’arbitrio del potere, in nome della dignità di cui ogni essere umano è portatore. Non a caso nel corso del XX secolo, dalle correnti fenomenologiche in poi, il pensiero filosofico scopre il tema dell’intersoggettività: allo sguardo, tipicamente moderno, del soggetto che osserva la natura per dominarla, si affianca lo sguardo della persona che incontra l’altro e lo scopre simile a sé e consorte necessario del proprio cammino alla ricerca della libertà⁸. E nel rivolgersi al proprio simile, questo sguardo si imbatte anche nel povero, nel malato, nella vittima delle disuguaglianze. Di qui la vocazione personalista e solidaristica di molte Costituzioni del XX secolo, che nel farsi carico della persona – da qualunque luogo pro-

da sempre origine, c’è come potenzialità di significazione e vibra quale indistinto flusso di vitalità” (ivi, p. 23).

⁵ C. SINI, *Il silenzio e la parola. Luoghi e confini del sapere per l’uomo planetario*, IPOC, Milano, 2012, p. 46.

⁶ F. BACON, *Meditationes sacrae*, in *The Works of Francis Bacon*, London, 1826, p. 308.

⁷ M. WEBER, *Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, Routledge, London-New York, 2001, pp. 123-124.

⁸ Sul tema, v. la pionieristica riflessione di M. THEUNISSEN, *Der Andere: Studien zur Sozialontologie der Gegenwart*, De Gruyter, Berlin, 1965. Una fine riscotruzione del contributo di Theunissen al dibattito sul tema dell’intersoggettività può trovarsi in C. AMADIO, *Intersoggettività e libertà comunicativa in M. Theunissen*, ESI, Napoli, 1986.





venga e qualunque sia il suo orientamento politico, religioso, oggi anche sessuale - prendono le distanze tanto dall'egoismo proprietario quanto dal collettivismo totalitario.

I tempi più recenti, però, hanno rimesso in discussione questo approccio teoretico, etico, politico. È vero che, nel corso del xx secolo, il valore inviolabile della persona ha ottenuto riconoscimento e protezione sempre maggiori. Ciò è avvenuto da parte del legislatore nazionale ed europeo e dalle stesse Corti di giustizia, anche grazie al superamento del metodo formalistico e ad un uso dell'interpretazione che guarda ai principi, fa uso di clausole generali, sente la responsabilità di garantire rimedi effettivi⁹. All'alba del nuovo millennio, però, ci troviamo in un orizzonte caratterizzato da molte incertezze e qualche insidia. Si pensi alla rivoluzione digitale: la tecnica non è più solo la gabbia d'acciaio, che minaccia ma è pur sempre esterna all'uomo, ma si presenta come insieme di dispositivi materiali e immateriali che si innestano sulla sua costituzione organica e comunque impattano sui suoi processi cognitivi e decisionali. L'incertezza sul futuro della persona è accresciuta dalla consapevolezza che lo sguardo che oggi si posa sull'uomo non è più solo quello del proprio simile che lo chiama alla responsabilità¹⁰, ma è lo sguardo dell'invisibile macchina dell'informazione che raccoglie dati, sorveglia movimenti, costruisce profili digitali così da condizionarne scelte economiche e politiche.

Eppure, come si avrà modo di sottolineare nel corso del presente contributo, a dispetto delle preoccupazioni di tanti studiosi che leggono nella storia più recente la crescente affermazione della tecnocrazia, il νόμος non è rimasto inerme di fronte alla prepotenza della τέχνη. Memore anche della lezione del personalismo, il diritto ha svolto e conti-

nua a svolgere una funzione sociale e civile, così da impedire che la civiltà digitale spalanchi le porte al capitalismo della sorveglianza¹¹. Lette dal punto di vista della filosofia del diritto, le regolamentazioni – non solo di *hard law*, ma anche di *soft law* – sulla protezione dei dati personali, sulla tutela del consumatore, sul contrasto alla disinformazione, sui discorsi di odio, sembrano intese non solo a tutelare in astratto i diritti dell'individuo, ma a custodire quel suo essere-persona la cui voce, come nell'origine etimologica, risuona attraverso la maschera.

Certo, le insidie sono numerose e l'intreccio tra l'uomo e le macchine che caratterizza il nostro tempo potrebbe anche condurre alla dissoluzione della persona nel flusso di informazioni dell'intelligenza collettiva. Si pensi al nuovo orizzonte del Metaverso, in cui lo sguardo dell'utente non sarà più rivolto alla natura da dominare né al proprio simile, ma verrà interamente assorbito da un mondo che somiglia più a un videogioco. La persona rischia addirittura di veder dissolto il proprio costitutivo legame con la dimensione corporea per trasformarsi in un avatar.

Bisogna però chiedersi se non abbia ragione Heidegger quando, riprendendo il poeta Hölderlin, afferma “dov'è il pericolo cresce ciò che salva”¹². Proprio quando i confini tra naturale e artificiale sembrano confondersi, potrebbero intravedersi i presupposti per un recupero del valore della persona. Perché ciò avvenga, è però necessario un atto di coraggio intellettuale e civile: anzitutto il coraggio di abbandonare la dicotomia tra naturale e artificiale e assumere consapevolezza dell'intrinseca costituzione tecnica della natura umana. Dobbiamo poi ripensare il nostro dizionario filosofico e antropologico e iniziare a pensare il nostro essere-persona non come qualcosa che ci appartiene, come una qualità ontologica, bensì come qualcosa che dobbiamo costruire quotidianamente grazie alla nostra azione libera e responsabile.

Pensare il nostro essere-persona come *dover essere*¹³ anziché come *essere*, come compito anziché come dato ontologico, non significa, evidentemente,

⁹ Per tutti H.-W. MICKLITZ, *Constitutionalization, Regulation and Private Law*, in S. Grundmann-H.-W. Micklitz e M. Renner, *New Private Law. A Pluralistic Approach*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021 e G. VETTORI, *Effettività tra legge e diritto*, Giuffrè, Milano, 2020.

¹⁰ E. LÉVINAS, *Humanisme de l'autre homme*, Fata Morgana, Montpellier 1972, il quale scrive “il faut aussi penser l'homme à partir de la responsabilité plus ancienne que le conatus de la substance ou que l'identification intérieure; à partir de la responsabilité qui, appelant toujours au-dehors dérange précisément cette intériorité; il faut penser l'homme à partir du soi se mettant malgré soi à la place de tous, substitué à tous de par sa non-interchangeabilité même; il faut penser l'homme à partir de la condition ou de l'incondition d'otage — d'otage de tous les autres qui précisément, autres, n'appartiennent pas au même genre que moi, puisque je suis responsable d'eux, sans me reposer sur leur responsabilité à mon égard qui leur permettrait de se substituer à moi, car même de leur responsabilité je suis, en fin de compte, et de l'abord, responsable. C'est par cette responsabilité supplémentaire que la subjectivité n'est pas le Moi, mais moi” (pp. 110-111).

¹¹ S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Public Affairs-Hachette, New York, 2019, spec. cap. 18.

¹² M. HEIDEGGER, *Die Frage nach der Technik*, in *Vorträge und Aufsätze*, Gesamtausgabe, Band 7, Klostermann, Frankfurt am Main, 2000, p. 29.

¹³ “Il dover-essere si rivela come dovere di essere, ossia il dovere, fondato sulla conoscenza, di mantenere o richiamare la possibilità esistenziale (e quindi l'attività pratica) entro i confini segnati dalla sintesi duale che costituisce l'essere dell'uomo e ne determina la coesistenza” (S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 65).

che si debba competere con le macchine o inseguire il sogno di potenziare tecnologicamente la nostra natura difettiva¹⁴. All'opposto: è proprio la nostra difettività la radice inestirpabile del nostro essere uomini e al tempo stesso la ragione della sua non riproducibilità. Ciò che manca all'intelligenza delle macchine e alla sua straordinaria velocità di calcolo è proprio quella intelligenza emotiva che in noi risuona attraverso la maschera del nostro essere-persona.

In tal senso, il compito cui siamo chiamati nell'età del tecnoumanesimo è duplice. Da un lato, *diventare diversi rispetto a ciò che siamo sempre stati*: esplorare nuovi orizzonti dell'intelligenza mediante un radicale processo di alfabetizzazione emotiva e cognitiva e di addestramento alla co-determinazione tra intelligenza umana e intelligenza artificiale. Dall'altro, *diventare davvero ciò che siamo*, riprendere familiarità con la nostra difettività, riscoprire in essa la radice della nostra dignità e la ragione per cui non siamo riproducibili artificialmente.

2. La rivoluzione digitale: promesse, dubbi, diritti.

Ma cosa significa diventare diversi da ciò che siamo? Come dobbiamo intendere la co-determinazione tra intelligenza umana e intelligenza artificiale? Dobbiamo forse ibridare la nostra intelligenza? Non c'è il rischio di snaturarla, fino a mettere a rischio il nostro essere-persona? I possibili benefici giustificano davvero l'assunzione dei rischi? E, volendo fissare dei limiti, chi avrà titolo per farlo?

Si tratta di domande che interrogano il giurista nel terzo stadio della società dell'informazione¹⁵.

¹⁴ In termini critici sulla mitologia dell'*enhancement*, v. ad es. M. HAUSKELLER, *Mythologies of Transhumanism*, Palgrave Macmillan, Hampshire, New York 2016. Con specifico riferimento alle implicazioni bioetiche v. ad es. L. D'AVACK, *Il dominio delle biotecnologie. L'opportunità e i limiti dell'intervento del diritto*, parte I nonché L. PALAZZANI, *Dalla bio-etica alla techno-etica: nuove sfide al diritto*, Giappichelli, Torino, 2017.

¹⁵ Il primo stadio può essere infatti collocato nel corso degli anni Ottanta, quando la diffusione su larga scala dei personal computer aveva cominciato a modificare l'ambiente e gli strumenti di lavoro, in particolare il modo di elaborare e organizzare ed archiviare documenti. Il secondo stadio segue sul finire del millennio, quando l'esplosione della rete telematica ha avuto poi un impatto sui processi di acquisizione delle conoscenze, di interazione sociale e di rappresentazione del sé. Oggi, la posta in gioco è più alta: l'irruzione dell'intelligenza artificiale sembra incidere sull'uso stesso dell'intelligenza umana. Sul tema, v. ad es. L. FLORIDI, *The Fourth Revolution. How the In-*

Questo ingresso in una nuova era dell'intelligenza avviene in una congiuntura in cui l'uomo, almeno nel primo mondo, vive una condizione di disorientamento: non ha fatto in tempo ad acquisire piena familiarità con il nuovo status di navigatore dell'infospazio, che è stato assalito dal dubbio di essere finiti in un grande videogioco di cui non possiede il controllo¹⁶.

L'uomo contemporaneo si sente assoggettato ad una sorta di controllo permanente: avverte che informazioni, servizi e divertimenti, a dispetto della promessa di gratuità, sono stati pagati con i suoi dati personali; che questi dati sono serviti per profilare interessi, preferenze e decisioni di acquisto; che le tracce della sua navigazione telematica, rielaborate e indicizzate dall'algoritmo, consentono, con la sola digitazione dei suoi dati identificativi sui motori di ricerca, di esporre al pubblico il mosaico della sua identità; che una parte della sua vita passata è diventata una sorta di bene comune, perché, mentre gli umani disimparano l'uso della memoria, la rete tutto ricorda e fa resistenza all'idea stessa di oblio, persino di fatti assai risalenti¹⁷.

Ma v'è di più: egli prende atto che i processi di gestione e controllo dei suoi dati sono governati da attori privati e che le istituzioni pubbliche, nazionali e sovranazionali, hanno difficoltà a regolamentare le scelte strategiche dei padroni del capitale digitale. E la speranza che le istituzioni riescano ad incidere sulla governance del mondo digitale è ulteriormente affievolita dalla crisi che attanaglia le odierne democrazie.

Ecco che la promessa di rinnovata libertà, annunciata dal mare aperto della navigazione telematica, sembra rovesciarsi nel suo contrario: lo spettro di una nuova e più subdola forma di dominio. E non è certo un caso il successo editoriale delle teorie del capitalismo della sorveglianza¹⁸.

fosphere is reshaping human reality, Oxford University Press, Oxford, 2014.

¹⁶ Tra le molte, una delle ricostruzioni più lucide è fornita da D. CARDON, *À quoi rêvent les algorithmes. Nos vies à l'heure del big data*, Éditions du Seuil et La République des Idées, Paris, 2015, spec. cap. 3.

¹⁷ Un'interessante ricostruzione dell'evoluzione della rete basata su un'analisi delle evidenze empiriche può trovarsi in J. CURRAN-N. FENTON-D. FREEDMAN, *Misunderstanding the Internet*, 2nd. ed., Routledge, New York, 2016, spec. cap. 1 "The Internet of Dreams. Reinterpreting the Internet", pp. 1 ss., cap. 3 "The Internet of Capital: concentration and commodification in a world of abundance", pp. 85 ss. e cap. 5 "The Internet of me (and my 'friends')", pp. 145 ss.

¹⁸ S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism*, cit. Invero, alcune criticità della società dell'informazione erano state individuate con largo anticipo e con ben altro equilibrio da Stefano Rodotà, del quale v. già *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Laterza, Roma-Bari, 1997.

Eppure, l'odierno sentimento di disorientamento e le stesse posizioni teoriche che lo giustificano, sollevano qualche perplessità.

Va anzitutto segnalato un deficit di consapevolezza dei diritti e dei relativi meccanismi di tutela previsti dagli ordinamenti giuridici a livello nazionale e sovranazionale¹⁹. Si registra una diffusa preoccupazione circa il fatto che i dati vengano utilizzati in modo abusivo; che le scelte di consumo siano condizionate da una profilazione capillare o dal marketing non sempre trasparente degli influencer; che l'indicizzazione dei risultati operata dai motori di ricerca distorca la conoscenza dei fatti; che la rete telematica sia nelle mani di pochi player privati, la cui azione è votata solo al profitto, ecc. Il tutto, nel quadro di una valutazione critica della presunta inefficacia delle azioni di contrasto svolte dalle istituzioni pubbliche. Tali doglianze, pur suffragate buone ragioni, sembrano però non prendere in adeguata considerazione la dialettica tra *vóμος* e *τέχνη* che caratterizza l'era della rivoluzione digitale. Si pensi anzitutto al GDPR e ai connessi processi di aggiornamento delle discipline nazionali o alla disciplina consumeristica coordinata a livello europeo nonché a codici di condotta, linee guida e best practices (si pensi all'intreccio tra azioni messe in campo da autorità di regolazione ed organismi autodisciplinari in materia di influencer marketing) ispirate dalla consapevolezza del valore incoercibile della persona umana e che possono costituire la premessa per applicare sanzioni e/o esigere un'adeguata tutela dei suoi diritti (si pensi alla cancellazione dei dati o comunque, sulla scia della sentenza Google Spain della Corte di Giustizia, alla deindicizzazione delle pagine web).

Non è questa la sede per interrogarsi sulle molte cause di tale insufficiente *senso del diritto*, di questa inadeguata valorizzazione delle normative in vigore a difesa del nostro essere-persone. È però interessante osservare come un tale antiggiuridismo si sia spesso accompagnato ad una forte ideologizzazione della politica, nella convinzione che spettasse allo Stato, anzitutto al Parlamento, fornire la soluzione per ogni problema²⁰.

È un fatto che tale ideologizzazione ha dominato a lungo il dibattito pubblico - almeno nell'Europa

continentale dal Secondo dopoguerra fino alla caduta del Muro di Berlino ed oltre - creando aspre contrapposizioni e conferendo all'impegno politico una valenza identitaria non priva di fascino sulle masse. Di certo un tale ideologismo è manifestamente inidoneo a governare l'era della rivoluzione digitale, che esige apertura della mente e soluzioni responsabili per problemi fino a ieri sconosciuti. L'ideologismo²¹, infatti, è una disposizione dello spirito che connota chiunque si senta in possesso di risposte giuste più che avvertire l'esigenza di porsi le giuste domande. E poco rileva che le risposte siano mutate dal partito, dalla chiesa o dalla tradizione: sono risposte per definizione esatte e si ritiene che le istituzioni pubbliche debbano limitarsi a recepirle come premesse per la soluzione di ogni problema.

Non mancano studiosi i quali, oggi, nel mettere in guardia dagli esiti apocalittici della governamentalità algoritmica, rimpiangono l'epoca in cui lo spazio pubblico era il terreno di scontro tra opposte visioni della vita. Costoro sembrano però dimenticare che l'uso ideologico dell'intelligenza umana ha comportato un serio rallentamento della sua evoluzione.

3. Pensare la tecnica senza dimenticare la lezione della scienza.

Lo spaesamento al cospetto della rivoluzione digitale appare connotato da una scarsa attitudine a formulare le giuste domande. Ciò, d'altronde, non è a caso, se solo si considera l'evoluzione del dibattito interno alle discipline umanistiche: passato di moda l'ideologismo, con le sue incrollabili certezze, il postmodernismo filosofico e letterario che ne è seguito ha riempito le università e le riviste scientifiche di fini disquisizioni sulla decostruzione dei grandi racconti, ma in ultima istanza ha saputo solo

²¹ Si sottrae naturalmente a tale ideologismo la difesa dell'ideologia tessuta da Natalino IRTI in *La tenaglia*, Laterza, Roma-Bari, 2008. Non a caso egli contrappone l'approccio dell'ideologo a quello del dottrinario. "L'ideologo muove da una filosofia o concezione della vita verso la realtà, e ad essa la applica e commisura; il dottrinario ripudia la realtà, e, dove le cose siano diverse e discordi, le dice erronee e le rifiuta nella loro effettualità. Il dottrinario giudica la realtà dall'esterno, come conforme o difforme; l'ideologo sta all'interno della realtà, e vi esprime il proprio pensiero e la propria azione". Nella prospettiva di Irti, dunque, mentre il dottrinario non ha bisogno di interrogare il reale e rifiuta la realtà che non si lascia plasmare dalla forma ideale, l'ideologo, per converso, ambisce sì a dar forma al reale, ma, stando all'interno del reale, è indotto a sottoporre le proprie idee ad una pratica costante di prova e confutazione, verificandone fattibilità e adeguatezza rispetto all'oggetto (p. 16).

¹⁹ V. ad es. L. DENARDIS, D.L. COGBURN, N.S. LEVINSON, F. MUSIANI, *Researching Internet Governance. Methods, Frameworks, Futures*, The MIT Press, Cambridge Mass., 2020, spec. cap. 5 "A legal lens to internet governance", pp. 105 ss.

²⁰ Utili spunti nel *Dialogo sulla filosofia a venire* tra Jean Luc Nancy e Roberto Esposito che apre la traduzione italiana di J.-L. NANCY, *Être singulier pluriel*, Galilée, Paris, 1996 (*Essere singolare plurale* Einaudi, Torino, 2001, spec. p. 16 dove si legge "Forse bisogna smettere di pensare che tutto è politico").



sostituire, alle superbe illusioni collettive, un triste e un po' salottiero disincanto. Certo, la globalizzazione e l'avvento della società dell'informazione hanno inserito in agenda nuove tematiche. Di fronte alle quali, però, avvertiamo una difficoltà nel riconoscere i fenomeni, in specie quelli connessi alla più recente innovazione tecnologica, e nel decidere come qualificarli.

In tal senso il confronto con l'intelligenza artificiale può essere l'occasione per porci in una rinnovata disposizione di ricerca, per chiederci cosa significhi essere persone in un mondo sempre più abitato da entità non umane, ma pensanti e parlanti. Ciò esige, però, un cambio di passo: non basta più segnalare l'insufficienza della dicotomia – geniale nella originaria intuizione di Umberto Eco²², ma oggi decettiva – tra apocalittici e integrati. Si tratta piuttosto di rimuovere i fattori che ancora frenano la formazione di un nuovo sapere, di una cultura insieme tecnica ed autenticamente umanistica.

Tra di essi un ruolo di primo piano ha certamente giocato la separazione tra le scienze dure e il pensiero umanistico. Si tratta di una separazione che ha una lunga storia (eppure di essa non vi è traccia nel Rinascimento né in epoca illuministica) e che tra i suoi effetti devastanti ci ha lasciato la perdurante dicotomia tra umanesimo e tecnoscienze²³. Sono molteplici, invero, i fattori che hanno scatenato, specie nell'Europa continentale, il divorzio tra metodi quantitativi e qualitativi, tra scienze dure e scienze umane, tra il ricercatore che sperimenta in laboratorio e l'intellettuale che specula nella sua torre d'avorio²⁴. Sugli effetti, però, si può ragionare. Si pensi, ad esempio, al largo credito di cui gode oggi una meditazione sulla tecnica che, in nome della difesa della dignità e centralità dell'uomo, assume posizioni di retroguardia nei confronti dell'innovazione tecnologica. Ad avviso di chi scri-

ve, si tratta di posizioni che appaiono ispirate da una resistenza, ancora una volta ideologica, a comprendere l'innovazione, per esaminarne potenzialità e rischi. Una fuga dall'ignoto che, ripiegando su risposte già note e rassicuranti, esonera dal compito di porre nuove domande e, così, dal peso del dubbio.

Un simile approccio appare teoreticamente regressivo, anzitutto perché la lezione della storia secondo cui l'arte del dubbio è il presupposto di ogni autentica conoscenza (e, invero, di ogni civile convivenza). Si tratta, certo, di una lezione legata al metodo scientifico²⁵ e non sempre valorizzata dalle discipline umanistiche, i cui interpreti hanno spesso assunto un ruolo militante, leggendo la storia con lenti ideologicamente deformate ed osservando la realtà nel suo dover essere anziché per come effettivamente è. E così dimenticando il messaggio epistemico e civile del migliore metodo scientifico, un messaggio che addestra all'umiltà, induce a trasformare le convinzioni in ipotesi, a metterle alla prova dei fatti, ripetendo gli esperimenti e condividendone i risultati con la comunità scientifica. Un messaggio, dunque, che immunizza dal pregiudizio, educa al dubbio prima che alla costruzione di teorie, apre all'ascolto dell'altro e alla ponderazione dei suoi argomenti, tanto più se di dissenso o confutazione. A ben vedere, la fisica newtoniana corretta dalla teoria della relatività di Einstein vale anche come lezione di etica, perché rammenta che nessun approdo della ricerca può assurgere a certezza indiscutibile. Parimenti, il falsificazionismo di Popper rimesso in discussione dai paradigmi di Kuhn invita alla vigilanza verso lo stesso metodo scientifico, evitandone ogni assolutizzazione.

Ciò che talora sembra difettare in certa odierna riflessione sulla rivoluzione digitale è proprio il coraggio di confrontarsi con fenomeni sconosciuti, liberandosi dai pregiudizi e andando alla ricerca delle giuste domande. Una cultura umanistica priva di dubbi rischia così di corrodere le fondamenta su cui poggia e di pregiudicare il proprio contributo allo sviluppo di una civiltà più intelligente ed insieme più giusta. L'odierna critica della società digitale, d'altronde, sembra dimenticare che la formidabile potenza computazionale dell'intelligenza artificiale

²² U. Eco, *Apocalittici e integrati. Comunicazione di massa e teorie della cultura di massa* [1964], Bompiani, Milano, 2008.

²³ In tal senso, può ritenersi condizione imprescindibile per una riflessione sulla tecnica che sia all'altezza delle sfide che ci attendono l'educazione delle giovani generazioni al dialogo tra scienze dure e tecnologiche da un lato e discipline umanistiche dall'altro. Spunti interessanti in A. DE LA GARZA-C. TRAVIS, *The STEAM Revolution. Transdisciplinary Approach to Science, Technology, Engineering, Arts, Humanities and Mathematics*, Springer, Cham, 2019. V. anche H. VAZIRI-N.M. BRADBURN, *Flourishing Effects of Integrating the Arts and Humanities in STEM Education. A Review of Past Studies and an Agenda for Future Research*, in L. Tay-J.O. Pawelsky, *The Oxford Handbook of the Positive Humanities*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2021, p. 71 ss.

²⁴ Un'interessante proposta di riattivazione del dialogo tra scienze dure e filosofia fu già formulata da P. FRANK, in *Philosophy of Science. The link between science and Philosophy* [1957], Dover, Mineola, N.Y., 2004.

²⁵ Scrive Feynman: "I think that when we know that we actually do live in uncertainty, then we ought to admit it; it is of great value to realize that we do not know the answers to different questions. This attitude of mind – this attitude of uncertainty – is vital to the scientist, and it is this attitude of mind which the student must first acquire. It becomes a habit of thought. Once acquired, one cannot retreat from it any more" (R. P. FEYNMAN, *The Relation of Science and Religion* [1956], in *The Pleasure of Finding Things Out. The best short works of Richard P. Feynman*, Basic Books, New York, 1999, p. 248).

è una delle forme in cui oggi si manifesta l'azione poetica dell'uomo, quell'azione che si oggettiva nell'attualità e continuamente trascende le proprie concrezioni, che si apre all'ulteriore produzione di realtà e di senso, così proseguendo l'opera misteriosa della creazione e/o dell'evoluzione, comunque esse siano avvenute²⁶.

Eccoci tornati alle domande iniziali: che ruolo svolge il nostro essere-persone nell'orizzonte del techno-umanesimo? In quali termini e con quali limiti può pensarsi ad una codeterminazione tra intelligenza umana ed intelligenza artificiale?

4. La costituzione tecnica della persona.

Per valutare le possibili risposte, bisogna anzitutto prendere consapevolezza che – giusta la lezione ermeneutica – quelle domande possono essere formulate a partire da un orizzonte temporale in cui i nostri processi cognitivi e decisionali sono già ibridati grazie alla quotidiana interazione con le macchine intelligenti. Bisogna poi fare i conti con la nostra intrinseca costituzione tecnica, liberarci dalla dicotomia naturale/artificiale e ritrovare nell'artificio l'espressione della nostra natura inventiva. L'uomo, d'altronde, è un animale tecnico non meno di quanto sia un animale sociale: egli trascende l'insufficienza del proprio apparato organico mediante l'azione tecnica su di sé e sull'ambiente circostante²⁷.

Questa, com'è noto, è la lezione di pensatori come Arnold Gehlen e Helmut Plessner. Eppure, al fine di comprenderne appieno il significato e soprattutto di evidenziarne la piena compatibilità con una lettura veracemente umanistica dell'esperienza umana dobbiamo far ricorso al pensiero di Henri Bergson. E ciò tanto più in considerazione del fatto che il filosofo francese è noto come critico del positivismo scienziato, come teorico del tempo vissuto, protagonista addirittura di un dibattito polemico con Einstein sul tema della simultaneità svoltosi presso la Société française de Philosophie a Parigi. Ebbero, in una delle più significative opere, "L'evoluzione creatrice", egli scrive: "Per quanto riguarda l'intelligenza umana, non si è sottolineato abbastanza che l'invenzione meccanica è stata, all'i-

nizio, la sua principale manifestazione, che ancora oggi la nostra vita sociale gravita intorno alla fabbricazione e all'utilizzo di strumenti artificiali, che le invenzioni che segnano la strada del progresso ne hanno anche tracciato la direzione. (...) Se sapessimo spogliarci di ogni orgoglio, se, per definire la nostra specie, ci attenessimo strettamente a quello che la storia e la preistoria ci presentano come la caratteristica costante dell'uomo e dell'intelligenza, forse non diremmo *Homo sapiens*, ma *Homo faber*. Alla fin fine, *l'intelligenza considerata in ciò che sembra esserne il significato originario, è la facoltà di fabbricare oggetti artificiali, in particolare utensili atti a fare altri utensili, e di variarne la fabbricazione indefinitamente*"²⁸.

Il vero è che, se l'esistenza dell'uomo, come insegna la psicoanalisi, è connotata da una mancanza originaria²⁹, questa si esprime tanto nella domanda di senso³⁰ quanto nella ricerca di soluzioni tecniche che impattano sulla vita della persona. In tal senso, anche la creazione di macchine intelligenti rappresenta una risposta alla nostra costitutiva incompletezza. Si pensi al fatto che il nostro mondo si sta riempiendo di macchine parlanti: se è vero che il parlare dell'uomo si esprime anzitutto mediante la voce, e solo successivamente tramite la scrittura, si direbbe che egli stia escogitando dispositivi tecnici che si pongono al suo cospetto nel modo che gli è più congeniale: facendosi parola che può essere udita.

Il che non significa, evidentemente, che si possa confondere un *voicebot* con una voce umana e, soprattutto, non esclude che sulla contaminazione con l'intelligenza artificiale si debba ragionare con prudenza. Si pensi, ad esempio, alle teorie del transumanesimo, che auspicano che l'uomo raggiunga performance simili a quelle delle macchine pensanti, implementando artificialmente la propria costituzione biologica³¹. Simili progetti di ibridazione biotecnologica lasciano perplessi sul piano teoretico, prima che etico: essi, infatti, misurano l'intelligenza con il metro della capacità di calcolo, così riducendo la difettività a difettosità, a deficit performativo di una macchina umana troppo naturale e troppo

²⁸ H. BERGSON, *L'evoluzione creatrice*, Rizzoli, Milano, 2012, p. 138.

²⁹ J. LACAN, *Le Séminaire de Jacques Lacan. Livre XI. Les quatre concepts fondamentaux de la psychanalyse* (1964), Seuil, Paris 1973, II e III, p. 21 ss.

³⁰ Una fine indagine in chiave giusfilosofica sul tema della domanda di senso è offerta da B. ROMANO, *Forma del senso. Legalità e giustizia*, Giappichelli, Torino, 2010.

³¹ Per tutti, v. R. KURZWEIL, *The Singularity is Near. When Humans transcend Biology*, Penguin Books, New York, 2005, ma già *The Age of Spiritual Machines. When Computers exceed Human Intelligence*, Penguin Books, New York, 2000.

²⁶ Una lettura originale ed equilibrata della costituzione tecnica dell'uomo può leggersi in M. MAGATTI, *Oltre l'infinito. Storia della potenza dal sacro alla tecnica*, Feltrinelli, Milano 2018.

²⁷ V. ad es. A. GEHLEN, *Der Mensch. Seine Natur und seine Stellung in der Welt* [1940-1959], Klostermann, Frankfurt am Main, 2016; H. PLESSNER, *Die Stufen des Organischen und der Mensch: Einleitung in die philosophische Anthropologie* [1928], de Gruyter, Berlin Boston, 1975.



poco implementata tecnicamente. In tal modo, essi svalutano quelle caratteristiche tipiche della persona umana – la sua fisicità, la sua intelligenza emotiva, le molte espressioni della sua ontologica difettività – di cui l'intelligenza artificiale è priva³².

È dunque la disincarnata funzionalità della macchina pensante ad esaltare il pregio della difettività della persona e ad indurci a contemplare senza timore la possibilità di una contaminazione tra l'intelligenza naturale e quella artificiale.

5. La persona incarnata, l'orizzonte della storia e la bussola dei principi.

Il superamento di sbarramenti dottrinari e pregiudizi ideologici e l'apertura all'idea di una tale contaminazione certo non garantisce che si facciano scelte prudenti ed appropriate. E certo il diritto è chiamato a svolgere una funzione essenziale, prevenendo, a livello nazionale e soprattutto sovranazionale, regole, limiti, sanzioni. L'esperienza giuridica del nostro tempo fornisce un utile suggerimento: prima di discutere sul contenuto delle regole, bisogna forse imparare un nuovo modo di regolare.

Esemplare, in tal senso, risulta l'esperienza della nostra Costituzione, la cui ispirazione personalista è stata già richiamata. Si pensi al ruolo in essa assunto dai principi: diversamente dal legislatore moderno, convinto di poter azzerare l'incertezza del futuro grazie ad un corpus di leggi pronto a fornire soluzioni per ogni caso, il nostro costituente fa professione di realismo, prende atto della varietà e mai definitiva anticipabilità dell'esperienza, in un certo senso si riconcilia con l'idea dell'incertezza, che il diritto moderno aveva rifiutato³³. Nella società complessa, poi, il nuovo finisce per sottrarsi ad ogni capacità previsionale, fino a far sfumare la stessa linea di separazione tra l'astratto e il concreto, su cui si regge il classico ordine logico del diritto. Di qui la lezione dei Padri della nostra Costituzione: i principi offrono una bussola per garantire la dignità della persona orientandosi nel mare dell'incertezza.

Alla lezione dei nostri costituenti va ad affiancarsi la visione della regolazione che sembra ispirare di recente il legislatore europeo. Si pensi alla Bozza di Regolamento europeo in materia di intelligenza artificiale, attualmente all'esame del Parlamento europeo. In parte del testo, il legislatore preferisce individuare obiettivi di *compliance*, lascian-

do agli operatori una discrezionalità nella scelta delle più idonee modalità per raggiungerli. Viene così adottato un approccio legislativo flessibile e aperto alla condivisione, con tutti gli attori coinvolti, delle soluzioni tecnologiche più idonee a raggiungere quegli obiettivi, anche alla luce dell'evoluzione delle conoscenze e della diffusione di buone pratiche. Il diritto assume così un'attitudine realistica, dandosi modo e tempo di osservare i fenomeni, registrarne i cambiamenti, costantemente adeguare la disciplina, sempre tenendo lo sguardo orientato ai principi. Tale preferenza per una regolazione flessibile e dinamica si coglie in particolar modo nella previsione di spazi di sperimentazione normativa (*regulatory sandboxes*) che consentono lo sviluppo e il testing di nuovi sistemi di intelligenza artificiale in un'area protetta, in cui gli organi di controllo possano monitorare l'impatto delle innovazioni sugli interessi meritevoli di tutela³⁴.

Ebbene, la lezione consegnataci dal diritto contemporaneo può risultare utile per chi oggi si interroghi su potenzialità e rischi per la nostra persona nella prospettiva di una codeterminazione tra la nostra intelligenza e quella artificiale. Assumere un atteggiamento ideologico di chiusura nei confronti dell'innovazione significa negare la nostra stessa costituzione tecnica. Limitarsi a lanciare l'allarme circa il fatale destino della presunta governamentalità algoritmica significa ignorare gli strumenti a disposizione per esigere la tutela dei nostri diritti. Siamo piuttosto chiamati, come giuristi e come cittadini, a recuperare la migliore lezione della scienza moderna: mettere da parte i nostri pregiudizi, trasformare le nostre certezze in ipotesi ed avere l'umiltà di metterle alla prova. Senza mai dimenticare, naturalmente, che anche lo scienziato ha una responsabilità e che in ogni suo esperimento ne va del destino dell'animale tecnico che noi siamo.

In tal senso, spetta proprio al diritto introdurre principi e regole per questi 'tempi nuovi', avendo sempre cura della nostra difettività: nel regolare l'intelligenza artificiale come nel garantire condizioni di vita dignitose, nell'impedire che l'uomo venga consegnato a decisioni algoritmiche come nel farsi carico dell'indigenza di chi soffre e che non ha neanche la forza di far risuonare la propria voce attraverso la maschera. Pur mantenendo lo sguardo aperto al futuro, è anzitutto a questa voce muta che il diritto deve porgere l'orecchio, se, anche in tempi che cambiano velocemente, vuole continuare a prendere la persona sul serio.

³² Sull'essere-corpo come esperienza propriamente umana, fini riflessioni in J.-L. NANCY, *Corpus*, Métailié, Paris, 2000, ad es. p. 97 ss.

³³ Sul punto v. per tutti P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Laterza, Roma-Bari, 2020, p. 14 ss.

³⁴ S. RANCHORDAS, *Experimental Regulations for AI: Sandboxes for Morals and Mores*, in "Moral+Machines", 2021, p. 86 ss.



FENOMENOLOGIA DELLA VERITÀ IN DIRITTO CIVILE E LA «VERITÀ IN PITTURA»*

Di Antonio Rizzi

| 169

SOMMARIO: 1. *Alla ricerca della «verità».* - 2. *Un algoritmo euristico.* - 3. *Esperienze (pseudo)atletiche nel diritto civile.* - 3.1. *Il processo.* - 3.2. *L'interpretazione del contratto.* - 3.3. *Il negozio di accertamento.* - 4. *La delusione atletica.* - 5. *Rilevanze del «vero» in pittura.* - 6. *Il ritratto.* - 7. *La verità sull'esecutore.* - 7.1. *Irrilevanza dell'art. 64 cbc.* - 7.2. *L'errore comune delle parti nel trasferimento dell'opera.* - 7.3. *La garanzia di autenticità: identità e verità.* - 8. *La «funzione oracolare».* - 8.1. *Le emersioni giurisprudenziali.* - 8.2. *La titolarità.* - 8.3. *L'oggettività giuridica e trasferibilità.* - 9. *I gestori di archivi.* - 9.1. *La contestazione sulla archiviazione.* - 10. *Ceneri di verità.*

ABSTRACT. Il saggio analizza, anche alla luce di altri istituti di diritto civile, la rilevanza della verità nella disciplina della pittura. In tale prospettiva vengono studiate le norme sul ritratto, e, soprattutto, le regole concernenti l'autenticazione, sia se realizzata dall'autore dell'opera d'arte che da terzi. Infine, nella stessa prospettiva, si analizzano i problemi, studiati dalla dottrina e affrontati dalla giurisprudenza sorti intorno ai cosiddetti «archivi d'artista», fermando l'attenzione sulla possibilità, per i terzi, di contestare in giudizio gli esiti della attività di tali enti.

The paper analyzes the relevance of truth in the discipline of painting, drawing insights from other experiences in civil law. It examines the rules surrounding portraiture and places particular emphasis on the rules concerning authentication, whether conducted by the artist or by third parties. Additionally, it delves into scholarly debates and case law related to "artist archives", with a specific focus on the possibility of challenging the findings of these entities in a judicial context.



1. Alla ricerca della «verità».

Gli studi degli aspetti giuridici della pittura, dall'atto creativo sino alla commercializzazione dell'opera realizzata, lasciano intravedere, per molti profili e in varie prospettive, lo speciale ruolo che la «verità» finisce per avere nella disciplina dei conflitti di interessi che nascono intorno all'arte figurativa. Basti pensare alla ricca dottrina che si interroga sulla «autenticità» e sulla «autenticazione» del dipinto, temi che egualmente sembrano ruotare intorno ad un attributo veritativo, per avere la sensazione della centralità del *topos* e della sua rilevanza nel dibattito scientifico. E ciò senza dire della ricca esperienza giurisprudenziale che è germinata esattamente dalle stesse radici problematiche.

Naturalmente, gli approcci ad un tema tanto vasto ed impegnativo possono essere molti: la riflessione può, infatti, muovere dall'analisi casistica, deviare per i territori della teoria generale, toccare le vette alte della Cultura dei sapienti; e persino sfociare in conversazioni che si vorrebbero da salotto, non inusuali anche tra molti studiosi di diritto, quando prendono a discorrere di profili giuridici dell'arte.

Sicuramente, però, v'è un profilo, tra quelli astrattamente possibili, che potrebbe prestarsi a fare di questa area tematica, che fruisce così spesso delle luci di discussioni *à la mode*, una frazione di un epifenomeno di più vasta dimensione e di più severo ingaggio: quello della fenomenologia della «verità» nelle regole del diritto civile.

L'inatteso dono della riflessione sull'arte, infatti, è costituito dalla possibilità di offrire una prospettiva e una sollecitazione che, in ogni altro campo, parrebbero sommerse da stratificazioni secolari che oscurano i dati, e che, invece, nelle regole che disciplinano la produzione e la commercializzazione delle opere d'arte, si presentano con scarnificata nudità e ineludibile crudezza.

Come emergerà dallo sviluppo del discorso, la riflessione sulla «verità in pittura» mette direttamente a contatto con un concetto – quello della «verità», appunto – che sembrerebbe appartenere all'esperienza più comune del giurista e, dunque, accompagnarne l'educazione e la vita in modo costante.

Ma nessuna impressione sarebbe più sbagliata e frutto di un pregiudizio più condizionante.

Nella realtà, quel concetto pare stare riposto in certi armadi nei quali vengono collocati quegli oggetti difficili e pericolosi da maneggiare: quelli che sarebbe bene saper usare, ma che è troppo rischioso persino spolverare e, comunque, *mostrare* il coraggio di affrontare.

Facilita questo atteggiamento di sfuggente cautela la circostanza che la riflessione appartiene da sempre al dominio delle scienze filosofiche, con percorsi, esiti e contrapposizioni che sarebbe difficile persino catalogare grossolanamente. Di qui, l'esercizio di «pattinaggio» che si trova sperimentato in molti commenti e studi di carattere giuridico, che spesso trascurano anche solo di porre il problema.

Ma la forza della questione torna a proporsi spesso nelle discussioni sui casi concreti e sugli esiti dei giudizi: a differenza del filosofo, che si interroga senza una immediata necessità di misurarsi, se non epistemologicamente, con il mondo reale, il giurista subisce il supplizio della concretezza. Ogni sua conclusione sfocia (*rectius*: deve sfociare) in una regola di decisione, che segna il displuvio tra il torto e la ragione, tra il primato e la soccombenza. E quando l'analisi tematica difetta di fondazione, quello che accade è esattamente ciò che si vedrà manifestarsi: il prevalere della ricerca dell'equilibrio occasionale nel caso concreto, con l'accumularsi di una produzione alluvionale, slegata e fragile, che finisce non di rado per alimentare il catalogo delle opinioni, per quanto autorevoli, mere, senza restituire l'ordine di un paradigma e la coesione di un criterio.

Ecco perché l'esperienza della riflessione sulla pittura costituisce un luogo nel quale la tematizzazione è felicemente alla portata di mano e, nello stesso tempo, necessaria. L'urgenza del caso sollecita, infatti, una presa di posizione di sistema e richiede di costruire una prospettiva più ampia. Senza di questo, l'esperienza che matura è catalogo, rassegna, collezione. Al limite, cronaca. Persino pettegolezzo.

Occorre qualcosa di più per inquadrare e comprendere. E l'esercizio che si è costretti a svolgere restituisce alla riflessione generale un contributo che, anche ove risultasse demitizzante, permetterebbe, nei termini che si vedranno, di rifluire nella ormai negletta – e, invece, sempre più, indispensabile – costruzione delle categorie civilistiche della modernità.

2. Un algoritmo euristico.

Prima di avviare il discorso ai suoi svolgimenti, conviene premettere che il tema della «verità» viene qui affrontato in chiave puramente tecnica e con una metodologia essenzialmente orientata all'esperienza giuridica.

Restano dunque estranei al discorso i concetti di verità, come pure le sue «disavventure» nel pensiero



postmoderno¹. Si tratta, insomma, di una scelta dichiaratamente «regionale»², se con tale aggettivo si vuole intendere una riflessione che, senza ignorare ciò che si trova al di là di essi, segna i propri confini epistemologici secondo un criterio di stretta pertinenza all'esperienza giuridica e, perciò, alle questioni pratiche che si tratta di risolvere.

Non si vuole, perciò, discorrere della «Verità» e del suo valore per la vita morale, religiosa, politica o, *lato sensu*, spirituale; né si vuole aderire a certe tentazioni nichilistiche che, con troppo ampia generalizzazione e sospettosa inclinazione all'applauso delle moltitudini, pur disprezzate, dichiarano morta l'istanza aletica nell'epoca nostra³.

Il compito è più circoscritto ed umile, ma anche più concreto. Si tratta di svolgere qualche considerazione attribuendo alla «verità» il ruolo di criterio applicativo per la soluzione di conflitti di interessi.

Troppo spesso, nell'esperienza giuridica, quando si maneggiano concetti che – almeno nella denominazione – alludono a prospettive più ampie, si rinuncia a ritrovarne una identità che sia appropriata al settore e alle esigenze funzionali particolari che, in quell'ambito, si manifestano. Si dà per scontato il contenuto del concetto, negandosi alle specificità della dimensione più circoscritta. Si parte con interrogativi troppo ampi che sconfinano in aree tematiche ancora più vaste, fatalmente lontane dalle esigenze sottese ai problemi concreti cui occorre dare risposta.

Per converso, quando si affronta la ricerca in una dimensione dichiaratamente più limitata e specifica, e si traggono alcune conclusioni nel settore particolare, c'è chi vi scorge un pericolo destinato a propa-

garsi in una più lata dimensione⁴: laddove, invece, proprio la generalizzazione diventa inautenticità offuscante.

Questa diffusa dinamica finisce, in realtà, per sottrarre concretezza e per avviare i discorsi su un binario che conduce a perdere focalizzazione e, in definitiva, precisione applicativa.

L'unico modo per portare a termine un discorso che voglia sperimentare il concetto di «verità» nella pittura, *rectius* nelle regole che disciplinano i fenomeni giuridici legati alla pittura, è costituito dall'adozione di un preciso posizionamento gnoseologico, sicuramente arbitrario e dichiaratamente parziale. Ma questa scelta costituisce l'unico rimedio atto ad alimentare un dato di concretezza e a proteggere dal pericolo della palude, attraente e pericolosa, dell'enciclopedia. È, insomma, il prezzo da pagare se si vuole sfuggire al pericolo dell'afasia oppure del «parlar straniero».

Orbene, nella ricerca di una definizione stipulativa di «verità» da porre a fondamento, sia pure euristico, della riflessione che va avviandosi, non bisogna perdere di vista la circostanza, dirimente, che il concetto del quale si vuole provare a costruire una definizione, per quanto provvisoria, per il luogo in cui viene impiegato e per la funzione cui è chiamato, ha un carattere essenzialmente tecnico.

Nel mondo del diritto, anche quando si discorre di «verità», non ci si riferisce ad una categoria dello spirito o ad un canone deontico della ricerca, ma si fa riferimento ad un valore che, sebbene declinato in luoghi diversi e attraverso occorrenze variegiate, deve distinguersi per la sua attitudine funzionale a risolvere conflitti di interessi.

Dunque, se si vuole discorrere di «verità» in una prospettiva giuridica occorre sforzarsi di descrivere un algoritmo, che permetta di distinguere il «vero» dal «non vero», giungendo ad un esito che assegni prevalenza al primo sul secondo.

Una difficoltà significativa di questa ricerca è data dalla circostanza che ben difficilmente si trova la stessa parola «verità» nei testi normativi sui quali si esercita l'ufficio del giurista⁵. E meno che mai,

* Il testo riproduce, con l'aggiunta di note e integrazioni, la relazione svolta in occasione dell'incontro di studio su «Verità in pittura», organizzato a Firenze il 23 marzo 2023.

¹ Trasparente il riferimento al saggio, bello ed impegnativo, di F. D'AGOSTINI, *Disavventure della verità*, Torino, 2002, cui si deve un'agile sintesi di un percorso millenario su un concetto assai difficile. Più di recente, v. pure, ID., *Introduzione alla verità*, Torino, 2011.

² L'espressione risale, come è noto, ad E. HUSSERL, *Erfahrung und Urteil, Untersuchungen zur Genealogie der Logik*, a cura di L. Landgrebe, trad. it., *Esperienza e giudizio*, a cura di F. Costa e L. Samonà, Milano, 1995. Sul carattere necessariamente regionale dell'ermeneutica giuridica cfr., tra gli altri, G. ZACCARIA, *Introduzione a «Arte e limiti dell'interpretazione: dal diritto all'ermeneutica, dall'ermeneutica al diritto»*, in *Ars Interpretandi*, 1996, pp. 157-158 e F. VIOLA, *Il diritto come arte della convivenza civile*, in *Riv. fil. dir.*, 2015, p. 57 ss., spec. p. 63.

³ Per tutti, v., per es., G. VATTIMO, *Addio alla verità*, Roma, 2009, spec. pp. 11, 22, 25, 27, secondo il quale che «la verità come assoluta, corrispondenza oggettiva, intesa come ultima istanza e valore di base, è un pericolo più che un valore», perché si staglia su «uno sfondo di violenza», minaccia «la nostra esistenza di soggetti liberi», esprime «una pretesa di dominio».

⁴ Cfr., sul punto, G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, Torino, 2014, p. 255.

⁵ La parola «verità» compare sette volte nel corpo del codice civile: all'art. 602, in materia di testamento olografo («La data deve contenere l'indicazione del giorno, mese e anno. La prova della non verità della data è ammessa soltanto quando si tratta di giudicare della capacità del testatore, della priorità di data tra più testamenti o di altra questione da decidersi in base al tempo del testamento»); all'art. 2016, in materia di ammortamento dei titoli («Il presidente del tribunale, premessi gli opportuni accertamenti sulla verità dei fatti e sul diritto del possessore, pronunzia con decreto l'ammortamento...»); all'art. 2217, in materia di libri inventario («L'inventario si chiude con il bilancio e con il conto dei profitti e delle perdite il quale deve dimostrare con evidenza e verità gli utili conseguiti o le perdite subite»);

dunque, il concetto si giova di un nucleo preciso di norme che consenta di identificarne i connotati con costanza e invariabilità, almeno relativa.

Insomma, si deve comunque rinunciare a muovere da un concetto costruito con statuaria impenetrabilità pandettistica: piuttosto, è facile prevedere che l'algoritmo del quale si diceva, troverà, nelle diverse sedi, declinazioni differenti, che sono accomunate dalla (almeno apparente) identità della *ratio* ad esse sottesa e dalla comunanza della cornice entro la quale si iscrivono le diverse articolazioni.

È anche vero che la ricerca non deve necessariamente affrontare istituti che esplicitamente si riferiscono direttamente ed esplicitamente al dato della «verità», ma è, o può essere, sufficiente, ai nostri fini, studiare alcuni fenomeni nei quali la «verità» parrebbe entrare comunque nell'orizzonte disciplinare e che, proprio intorno a canoni di carattere aletico, sembrano essere stati costruiti dalla tradizione del pensiero dottrinale.

Alcuni degli istituti che saranno considerati non sempre costituiscono uno strumento atto a valorizzare, ad indirizzarsi o a promuovere la verità. In essi, la «verità» costituisce un problema, a volte risolto prescindendone, a volte risolto (almeno *prima facie*) perseguendolo.

È chiaro, però, che un primato della verità si realizza solo nell'ultimo caso; e solo se la verità costi-

all'art. 2407, in materia di responsabilità dei sindaci («I sindaci devono adempiere i loro doveri con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico; sono responsabili della verità delle loro attestazioni e devono conservare il segreto sui fatti e sui documenti di cui hanno conoscenza per ragione del loro ufficio»); all'art. 2662, in materia di Trascrizione di acquisti a causa di morte in luogo di altri chiamati («Se invece l'acquisto dipende da altra ragione che impedisce ad alcuno dei chiamati di succedere, non è necessario esibire un documento che giustifichi la ragione stessa, ma il richiedente risponde dei danni, quando le sue dichiarazioni non corrispondono a verità»); 2727, in materia di definizione della confessione («La confessione è la dichiarazione che una parte fa della verità di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli all'altra parte»); all'art. 2734 in materia di dichiarazioni aggiunte alla confessione («Quando alla dichiarazione indicata dall'articolo 2730 si accompagna quella di altri fatti o circostanze tendenti a infirmare l'efficacia del fatto confessato ovvero a modificarne o a estinguerne gli effetti, le dichiarazioni fanno piena prova nella loro integrità se l'altra parte non contesta la verità dei fatti o delle circostanze aggiunte. In caso di contestazione, è rimesso al giudice di apprezzare, secondo le circostanze, l'efficacia probatoria delle dichiarazioni»). A questi plessi disciplinari vanno aggiunte, però, anche le disposizioni che riguardano l'impugnazione del riconoscimento di figlio naturale per difetto di veridicità (artt. 263 e 264). La parola «veridicità» compare anche a proposito della responsabilità dei promotori della costituzione di una società (art. 2339). È significativo osservare che proprio in materia di confessione e di riconoscimento del figlio naturale si concentra l'uso del termine riferito all'attività dei privati: su tali istituti si è concentrata l'attenzione della dottrina che si è interrogata sul negozio «di accertamento». Sul punto, per ulteriori rife. V. *infra*, nt. (49) e testo corrispondente.

tuisce il criterio che porta a privilegiare la soluzione che realizza un dato veritativo (salvo ad intendere più esattamente cosa effettivamente significhi).

È bene anche dire in esplicito che la collezione di queste esperienze ha l'unica finalità di comprendere se il concetto di «verità in pittura» sia coerente con altre possibili esperienze della «verità» in altri campi giuridici.

Con queste cautele, con queste avvertenze e con queste limitazioni, per il civilista, in breve, la verità suppone:

- a) Un dato obiettivo, come tale autonomo ed indipendente dagli agenti che lo scrutano, ma conchiuso nella sua dimensione di estraneità⁶;
- b) Un'attività conoscitiva realizzata attraverso una metodica di verifica indipendente ed estrinseca rispetto al dato, ma concentrata nella necessità di acquisire un risultato tendenzialmente «genuino» (per tale intendendosi un risultato che è conseguito solo a condizione di realizzare l'aderenza al dato ed ottenuto con strumenti che non manifestino autosufficienza epistemologica o condizionamento soggettivo⁷);

⁶ Tale autonomia spiega la ragione (sulla quale *infra*, nel testo) per la quale un problema di verità in senso giuridico può porsi esclusivamente ove si supponga l'esistenza di un dato materiale estrinseco all'agente, e, in quanto tale, dotato di una dimensione propria. Sulla ineliminabilità di una «forma rappresentativa» come dato ineliminabile di ogni processo giuridico in cui sia implicata un'alteità, cfr. la magistrale lezione di E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1948, 34-92, ora in *Id.*, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, II ed. a cura di G. Crifò, Milano, 1971, spec. pp. 5 ss., 7, 9.

⁷ Tale profilo costituisce il dato centrale per l'impostazione in chiave aletica: la dimensione veritativa suppone, infatti, che l'agente non esaurisca il suo compito attraverso l'applicazione di una metodica, ma che questa sia, in realtà, considerata come strumento conoscitivo, inadeguato ed insufficiente se non a condizione di realizzare l'aderenza al dato empirico, nel quale è collocato il valore da proteggere e da valorizzare, con l'assunzione di una centralità assoluta e assorbente. Insomma, in una dimensione aletica, conta la corrispondenza con il dato empirico, comunque realizzata e comunque conseguita. È evidente che, in questa prospettiva, da un lato, si manifesta una forte valorizzazione dell'impostazione «corrispondentista» della valutazione veritativa (per la quale è d'obbligo il riferimento a A. TARSKI, *The Semantic Conception of Truth and the Foundation of Semantics*, in *Phil. Phen. Res.*, 1944, trad. it. di Meotti, *La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica*, in *Semantica e filosofia del linguaggio*, a cura di Linski, Milano, 1969, p. 30. Più in generale, sul tema D. DAVIDSON, *Inquiries into Truth and Interpretation*², Oxford, UK, 2001; R. KIRKHAM, *Theories of Truth: A Critical Introduction*, Cambridge, MA, 1992); dall'altro, si considera la metodica come un mero strumento con funzione gnoseologica, finalizzato al conseguimento «della» verità. È perciò evidente che si discosta da questa impostazione ogni disciplina che concepisca la metodica disciplinata dalla legge come del tutto auto-

- c) La prescrizione deontica della necessità della corrispondenza tra gli esiti del processo gnoseologico e la fisionomia giuridicamente rilevante del dato.

Nel mondo del diritto, ciascuno dei punti sui quali si articola la ricostruzione trova una sua disciplina, diretta od indiretta, più o meno estesa, e, tuttavia, mai mancante.

Si tratta di un paradigma ridotto all'essenziale, che serve solo per avviare il discorso e consentire di raccogliere le idee.

Naturalmente, costituirebbe un fuor d'opera pretendere di analizzare con completezza ed approfonditamente tutti i fenomeni nei quali la dimensione aletica emerge ed è coinvolta.

Quella che segue è solo una raccolta con finalità euristica di alcune esperienze giuridiche tradizionalmente legate al tema della verità, che serve a porre in evidenza alcuni aspetti, utili per la comprensione, anche per via di contrasto, con la dimensione veritativa che si manifesta nella pittura.

Un dato accomuna queste esperienze e conviene sottolinearlo. Le esperienze selezionate (ma, in realtà il discorso potrebbe estendersi) si riferiscono ad una declinazione veritativa che assume come termine di *relatio* il fatto: non il fatto storico, naturalmente, ma il fatto dotato di quella speciale rilevanza che lo porta ad assumere un ruolo entro la cornice giuridica e, perciò, a quel fatto che la norma seleziona ed individua entro un definito orizzonte epistemico⁸.

Non constano fenomeni veritativi che si declinino assumendo come termine di conformità situazioni giuridiche o interpretazioni. Queste sono, tipicamente, il regno del libero convincimento⁹: se il frutto di questo entri in contrasto con il frutto di un'altra ricostruzione, il dissidio viene risolto sulla base di una scelta di carattere organizzativo, quando è indispensabile dare prevalenza ad una interpretazione

sufficiente e disancorata da un controllo esterno di corrispondenza.

⁸ Il concetto di rilevanza è approfondito dal magistrale ed insuperato saggio di N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967, p. 55 ss., ora in *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, p. 3 ss.

⁹ Discorso a parte dovrebbe farsi per l'interpretazione autentica originante da norme di legge: il tema, certamente estraneo alla economia del lavoro qui svolto, è stato affrontato da un'ampia messe di letteratura e di giurisprudenza, anche costituzionale (per questa, anche se non aggiornatissima, vale la raccolta curata dal Servizio Studi della Corte Costituzionale: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_283.pdf). Tra gli studi più attenti al tema, muovendo da una prospettiva civilistica, v. P. VIRGADAMO, « *Interpretazione autentica* » e *diritto civile intertemporale*, Napoli, 2012, spec. p. 19 ss. (sul quale, le considerazioni di apprezzamento di G. FREZZA, « *Interpretazione autentica* » e *diritto civile: considerazioni a margine di un recente contributo*, in *Dir. Fam.*, 2013, pag. 376 s.): a quel saggio sia consentito rinviare anche per gli opportuni approfondimenti.

rispetto ad un'altra eventualmente confliggente. In quel caso, l'ordinamento assegna prevalenza ad una certa espressione proveniente da una certa articolazione organizzativa, giudicata la più idonea (sulla base di dati estrinseci e strutturali) a dirimere il punto. Non è un caso se l'interpretazione della legge finisca, nel nostro sistema, per prevalere sulla risoluzione del conflitto particolare nel quale la norma ha avuto applicazione: il giudizio di fatto viene cristallizzato, al più, entro il secondo grado di giudizio¹⁰, laddove il tema della interpretazione del diritto costituisce la materia di un ulteriore ed esclusivo momento di verifica, peraltro condensato in un unico organo, posto al centro, se non al vertice, dell'intero sistema.

3. Esperienze (pseudo)aletiche nel diritto civile.

Fatte queste premesse, si può scendere a svolgere qualche considerazione su alcuni, selezionati, fenomeni nei quali il tema della verità emerge con sicuro spicco.

3.1. Il processo.

Il primo tra questi fenomeni è certamente costituito dal *processo*, regno ideologicamente (ma non attualmente) indiscusso della verità, o, quantomeno, arena che, ancora di recente, ha conosciuto un ricco dibattito sul tema¹¹.

¹⁰ Resta vero quanto Franco Cordero affermava in un saggio del 1963: «per controllare un giudizio, ne occorre un altro, a cui commisurare il primo» (F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Id.*, *Tre studi sulle prove penali*, Milano 1963, pp. 1-144, a p. 6).

¹¹ Trasparente è il riferimento all'inesausta propulsione svolta da Taruffo, da ultimo con un saggio che può essere considerato centrale nella riflessione più recente. Ci si riferisce a M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009. Si tratta di un tema costantemente presente nella riflessione dello stesso A., del quale si veda, *inter alia*, *Id.*, *La prova dei fatti giuridici - Nozioni generali*, Milano, 1992, spec. cap. III (p. 143 ss.) non casualmente intitolato *Verità, verosimiglianza, probabilità*; *Id.*, *Note sulla verità dei fatti nel processo civile*, in *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, a cura di L. Gianformaggio, Torino, 1993, p. 340 ss. Il saggio più recente ha aperto un dibattito davvero ampio ed interessante. V., in particolare: B. CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 1-26; M. TARUFFO, *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, *ivi*, 2010, pp. 995-1011; e poi ancora M. TARUFFO, *La verità nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 1117. Ricostruisce con accuratezza i termini del dibattito E. ANCONA, *La verità nel processo: quale corrispondenza? La prospettiva del dibattito italiano*, *ivi*, 2019, p. 23 ss.



Si è giunti a prospettare quella che è stata esplicitamente definita come «*veriphobia*», per indicare la tendenza in atto, da parte di alcuni, di sganciare l'accertamento processuale dalla istanza aletica¹².

Si tratta di un confronto assai ampio e profondo, che viene alimentato da studiosi colti e che sarebbe solo mortificato ove se ne tentasse una sintesi. Sintesi che, peraltro, servirebbe poco all'impostazione del discorso che qui si sta conducendo. Ai fini che qui contano, val la pena mettere in evidenza che la verità gioca, nella costruzione del fenomeno processuale, in modo affatto specifico. La verità è sempre «processuale», nel senso che la struttura formale delle attività processuali genera una verità auto-proiettiva: il dato esterno è sempre filtrato dalla rilevanza in astratto dei fatti addotti¹³ e dalla allegazione in concreto operata dalle parti¹⁴; e condizionato in modo decisivo dall'assolvimento dell'onere probatorio¹⁵, secondo i riti che disciplinano

¹² Come spiega E. ANCONA, *op. loc. cit.*, il termine «*veriphobia*» non è stato coniato dai processualisti: è comparso nel contesto delle ricerche nordamericane sull'epistemologia sociale, dove si può notare — osservava Alvin Goldman — che «constructivism, postmodernism, pragmatism, cultural studies and critical legal studies [...] share a deep skepticism or utter repudiation of truth as a viable criterion for studying epistemic phenomena» (così A. I. GOLDMAN, *Knowledge in a social World*, Oxford, 1999, p. 7). «I think» — egli conclude — «they suffer from an affliction that may be called *veriphobia*» (*ibidem*). In Italia, spiega ancora E. ANCONA, *op. loc. cit.*, il termine sembra essere stato utilizzato per la prima volta in maniera significativa da N. VASSALLO, *Contro la verofobia: sulla necessità epistemologica della nozione di verità*, in *Conoscenza e verità*, a cura di M. C. Amoretti e M. Marsonet, Milano, 2007, pp. 1-22, riferendosi alle tesi del postmodernismo e del costruzionismo sociale.

¹³ Cfr., ancora, N. IRTI, *op. cit.*, spec. p. 44 ss.

¹⁴ Sul tema, in generale, da ultimo D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001. Nella prospettiva del rilievo dell'allegazione e del suo rapporto con la verità dei fatti, rileva con particolare spicco, lo studio della relazione tra allegazione e principio di contestazione: sul tema, la letteratura è sconfinata. Tra gli altri, cfr., in particolare, L. P. COMOGLIO, *Allegazione*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, I, Torino, 1987, pp. 274 e ss.; A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995; A. PROTO PISANI, *Allegazioni di fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *Foro it.*, I, 2003, p. 606 ss.; ID., *Ancora sulle allegazioni di fatti e sul principio di non contestazione nel processo civile nei processi a cognizione piena*, in *Foro it.*, 2006, c. 3146; M. TARUFFO, *Verità negoziata?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, *Suppl.* n. 3/2008, p. 71 e ss..

¹⁵ Cfr., tra gli altri, G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Camerino, 1974, ora in *Rist.* a cura della Scuola spec. Univ. Camerino, Napoli, 1983; ID., voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 579 ss.; M. TARUFFO, voce *Onere della prova*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1996, p. 65 ss.; ID., *L'onere come figura processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 425 ss.; L. P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, p. 249 ss. (del quale bisogna ricordare l'affermazione secondo la quale limite al diritto alla prova sarebbe «il dovere di verità delle parti» nonché «la ricerca tendenziale della verità materiale» da parte del giudice, p. 44); S. PATTI, *Le prove, parte generale*, Milano, 2010, p. 47 ss.; G.F.

l'esperimento dei mezzi di prova e che ne limitano l'introduzione.

La verifica di corrispondenza tra le risultanze processuali e il piano dell'accertamento è comunque mediato dalla motivazione del provvedimento terminativo¹⁶: luogo nel quale la ricostruzione fattuale si misura con i dati costituiti dall'istruzione probatoria¹⁷, facendoli confluire, attraverso la ponderazione del contributo (anche fissato in via legale, in qualche caso¹⁸ di ciascuna fonte di prova, nella ricostruzione di un contesto che costituisce la base di appoggio della applicazione delle norme¹⁹.

Ora, senza voler approfondire il tema del rapporto tra processo e verità, ai fini che interessano lo studio che qui viene condotto, giova rilevare che questa relazione è comunque costantemente mediata, nel processo, dalla struttura degli atti del procedimento²⁰.

RICCI, *Questioni controverse in tema di onere della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 321 ss.. Va ricordato che la giurisprudenza, costantemente attribuisce all'incremento dei poteri attribuiti al giudice, anche in appello, in materia di prova, il privilegio per l'esigenza della ricerca della verità materiale in situazioni di debolezza di una delle due parti: così, per il rito del lavoro cfr., da ultimo, *ex multis*, Cass. Sez. L., Ord. n. 22371 del 05/08/2021; Ord. n. 23605 del 27/10/2020; Ord. n. 17683 del 25/08/2020; Ord. n. 11845 del 15/05/2018.

¹⁶ Per il ruolo della motivazione considerata specialmente nella prospettiva del processo penale (ove la centralità del fatto, l'assenza di prove legali e la natura della decisione esalta il problema) v., spec., P. COMANDUCCI, *La motivazione in fatto*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, Milano, 1992, pp. 215-244, spec. p. 238. Ma sul tema cfr., soprattutto, M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975; ID., *Motivazione della sentenza civile (controllo della)*, in *Enc. dir.*, *Agg. III*, Milano 1999, p. 772 ss..

¹⁷ Cfr. M. TARUFFO, *Considerazioni su prova e verità*, in ID., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, p. 323 ss. e J. FERRER BELTRÁN, *La valutazione razionale della prova*, Milano, 2012; ID., *Prova e verità nel diritto*, Bologna, 2004.

¹⁸ Sul tema, per tutti, C. FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940 e, più di recente, J. FERRER BELTRÁN, *Prova e verità nel diritto*, cit., pp. 29-30, 46-56.

¹⁹ Tra gli altri: M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit.; ID., *Motivazione della sentenza civile (controllo della)*, cit., p. 773. Il tema del ruolo della motivazione appartiene al pensiero dell'A., sul cui pensiero si veda l'agile ed informata sintesi svolta da L. PASSANANTE, *Motivazione della sentenza e accertamento della verità nel pensiero di Michele Taruffo*, in *Rev. Italo-Española de Der. Proc.*, 2021, p. 76 ss., ma spec. pp. 80 s., 84 s.

²⁰ Cfr. G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, p. 129; FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 34; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 54 ss.; PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica*, cit., p. 269. Sull'idea che nell'attività giurisdizionale vive la tensione tra il principio della certezza del diritto e la pretesa di prendere decisioni giuste v. J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), trad. it. di L. Ceppa, Milano, 1996, pp. 234-236



La verità del fatto non entra con la sua storicità, né incondizionatamente²¹: subisce numerosi filtri, in corrispondenza dei momenti della sequenza processuale che si susseguono tempo per tempo, nella varietà degli attori coinvolti e con le limitazioni conaturate alla natura di ciascun atto e alla sua specifica disciplina.

Se ne ricava l'impressione, per parlare in senso generale e sintetico, che l'istanza veritativa costituisca al più una finalità di politica legislativa, piuttosto che un connotato ricorrente e costante del fenomeno processuale.

Gli strumenti processuali disciplinano e controllano il materiale «in ingresso» nel processo, ponendo a base della selezione la soddisfazione di esigenze che non sono necessariamente correlate alla genuinità del materiale introdotto rispetto al dato di realtà. La formalizzazione dei sistemi e dei metodi di prova, i limiti di ammissibilità dei mezzi di prova rispetto ad alcuni fatti²², lo speciale rango delle prove legali, il sistema delle preclusioni processuali²³ costituiscono fattori che escludono che l'osservanza dell'imperativo della fedeltà al dato reale come preoccupazione esclusiva²⁴.

E, una volta disancorata la prova dall'esigenza puramente aletica, la disciplina processuale converge solo sulla verifica degli esiti del giudizio rispetto a questo materiale, selezionato, ridotto, modificato.

Insomma, per farsi brevi, il processo, che pure appare, nell'immaginario pregiuridico²⁵, lo strumento elettivo per la ricerca della verità e per la sua valorizzazione pare essere assai lontano dal costituire

quel fenomeno in diretto contatto con la funzione aletica che si vorrebbe²⁶.

3.2. L'interpretazione del contratto.

Un altro luogo in cui il regno della verità viene considerato indisturbato nel mondo giuridico è costituito dalla disciplina della interpretazione dell'atto di autonomia privata.

È affermazione costante della dottrina, anche più recente, che la finalità delle norme della interpretazione consista nella ricostruzione della volontà dei contraenti²⁷, in vista della cui captazione esse appresterebbero un procedimento²⁸ di carattere conoscitivo.

Le disposizioni di legge sul tema, peraltro, sono numerose e di contenuto non omogeneo: proprio per questo vengono ordinate – almeno in teoria – secondo una linea di applicazione ordinata che si costruisce secondo il dato numerico, cui corrisponde l'applicazione, iniziale, di norme aventi un connotato «soggettivo», cui si accompagnerebbe, successivamente, l'applicazione delle norme di carattere «oggettivo»²⁹.

²⁶ Il carattere netto delle affermazioni qui svolte ha ovviamente a riferimento privilegiato i fenomeni di matrice civilistica. La corrispondente riflessione svolta nell'ambito del diritto penale avrebbe, probabilmente, contorni diversi. Si noti, tuttavia, che anche in quell'ambito il rapporto tra verità e processo non è materia di soluzioni scontate ed agevoli. Per tutti, nella particolare ma concreta prospettiva della ritrattazione e del suo regime, v. le efficaci pagine di G. AMARELLI, *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Torino, 2006, pp. 19-54

²⁷ Cfr., da ultimo, R. CALVO, *Interpretazione del contratto (Art. 1362-1371)*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna, 2021, pp. 1-2, che ripete stancamente le giaculatorie di una tradizione recepita acriticamente. Tuttavia, si avverte da tempo (G. DE NOVA, *L'elaborazione degli effetti contrattuali*, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*⁴, Torino, 2016, pp. 1331) che «L'equazione posta a priori fra interpretazione e ricostruzione del volere corrisponde ad una concezione che, a dire poco, non esiste più da un secolo; e forse non è mai esistita».

²⁸ Così, per limitarsi alla trattatistica comunemente ricevuta, G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 1330.

²⁹ È unanimemente riconosciuto a C. GRASSETTI, *Interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, rist. anast. con appendici, Padova, 1983, p. 225 ss. (ma v. pure ID., *Intorno al principio di gerarchia delle norme di interpretazione*, in *Foro it.*, 1941, I, c. 512 ss., ora in *Appendici alla ristampa dell'op. cit.*, p. 254 ss.), il merito di avere teorizzato il principio di gerarchia tra le diverse regole d'interpretazione. Nella teorizzazione dell'A. si tratterebbe di «un rapporto rispettivo in cui dette regole devono venire in applicazione» (C. GRASSETTI, *Interpretazione del negozio*, cit., p. 225). Si tratta di una impostazione che, per il tempo in cui fu formulata, si presentava con il tratto della più assoluta novità, per l'ampiezza con la quale veniva teorizzata. Va osservato che il principio non si può considerare indiscusso: V., tra gli altri, A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 140; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, p. 178 ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano,

²¹ Cfr., per tutti, F. CARNELUTTI, *La prova civile*, rist., Milano, 1992, spec. §§ 3-9, secondo cui l'attività del giudice è diretta «non alla conoscenza della realtà, ma a una sua determinazione o fissazione formale ad opera delle parti».

²² Per tutti, F. DE SANTIS, *Poteri istruttori d'ufficio, effetti della non contestazione e verità nel processo*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2005, II, 155 e ss.

²³ Cfr., in chiave sistematica, F. DE SANTIS, *Riforme processuali e "disponibilità" del regime preclusivo*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2004, p. 1257 ss.

²⁴ Bisogna ricordare, al riguardo, la lezione di S. PUGLIATTI, voce *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 50 e ss., dove l'A. «non si pone neppure la pretesa di conseguire una "verità totale" o "assoluta", che è fuori dalle reali e concrete possibilità umane e può essere concepita o come realtà divina, oppure come estremo limite tendenziale, astratta creazione dell'intelletto o stimolo operativo (come l'infinito matematico)» ... con la conclusione (p. 106) che quella formalmente accertata nel processo «possa divergere naturalmente da quella c.d. materiale o effettiva, essendo ciò giustificato in ragione della (asserita) specificità della c.d. verità giuridica».

²⁵ Non a caso Capograssi definiva ingenua, sebbene razionale, la convinzione degli antichi giuristi classici secondo la quale «la ipsa ratio iudicii è la lex veritatis»: G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, p. 21, pubblicato anche in ID., *Opere*, V, Milano, 1959, pp. 56 e 74.

Dal punto di vista dogmatico, il senso genuino della tradizionale teorizzazione di una forma di gradualismo nell'applicazione delle norme è nella conservazione il più possibile estesa e prorogata della sostanza della manifestazione dell'autonomia privata³⁰. Proprio attraverso il contenimento del grado di allontanamento prospettico dall'oggetto si dovrebbe garantire che il senso della espressione venga effettivamente salvaguardato: l'esegesi è ritenuta tanto più affidabile, sicura, genuina, desiderabile e *legittima*, quanto maggiormente colga il dato sostanziale della manifestazione della autonomia privata; e ciò tanto nel caso che la sostanza del mezzo materiale in cui si identifica sia costituita dalla volontà privata, quanto se coincida con una manifestazione socialmente adeguata di un impegno. In altri termini, il gradualismo sottende ad un dogma inespresso, ma assolutamente invitto nella storia della dottrina sulla interpretazione dell'atto di autonomia: la *funzione aletica dell'interpretazione* dell'atto di autonomia privata³¹.

Con tale espressione, meramente sintetica, si vuole indicare la funzione che è stata attribuita alle norme sull'interpretazione dell'atto di autonomia privata. Quella, cioè, di avvicinare una sostanza – ritenuta propria dell'atto di autonomia privata in

1969, p. 91 ss.; F. GAZZONI, *Equità ed autonomia privata*, Milano, 1970, p. 221 ss.; G. ALPA, *Unità del negozio e principi di ermeneutica contrattuale*, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, c. 1507 ss.; ID., *Volontà delle parti ed ermeneutica contrattuale. Casi e questioni*, in *Vita not.*, 1983, p. 1453 ss.; V. RIZZO, *Interpretazione del contratto e relatività delle sue regole*, Napoli, 1996, rist., pp. 187, 252 ss., 316 ss., 496 ss.; L. BIGLIAZZI-GERI, *L'interpretazione del contratto. Artt 1362-1371*, in *Il codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991, pp. 41-42; M. COSTANZA, *Interpretazione dei negozi di diritto privato*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, X, Torino, 1993, p. 27 (ma v. ID., *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1989, p. 8 ss.). Ma è sicuramente vero che è stato diffusamente recepito. Più diffuse sono le dispute che hanno riguardato, da un lato, la classificazione di alcune norme tra quelle di interpretazione soggettiva piuttosto che di interpretazione oggettiva; dall'altro, le dispute sul ruolo da assegnare ad alcune di queste ultime. Ad esempio, sono particolarmente note le dispute intorno all'art. 1367 e all'art. 1371, nonché ai rapporti tra queste norme e gli artt. 1368 e 1370. Sul punto v., tra gli altri, in vario senso, C. GRASSETTI, *Interpretazione del negozio giuridico*, cit., p. 232 s.; G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, ora in *Obbligazioni e negozio giuridico*, III, *Scritti giuridici*, Padova, 1992, p. 121; A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Padova, 1949, p. 90 ss.; ID., *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954, p. 405 ss.; G. DE NOVA, *op. loc. ult. cit.*; P. PERLINGIERI, *Appunti di «teoria dell'interpretazione» (lezioni lit.)*, Camerino, 1970, p. 92 s.; M. CASELLA, *Il contratto e l'interpretazione Contributo a una ricerca di diritto positivo*, Milano, 1961, p. 205, nota 129.

³⁰ *Amplius*, sia permesso rinviare ad A. RIZZI, *Interpretazione del contratto e dello statuto societario*, Milano 2002, p. 42 ss.

³¹ *Amplius*, cfr. ancora A. RIZZI, *Interpretazione del contratto e dello statuto societario*, cit. p. 42 ss.

quanto tale – che si situa nel mondo reale, svolgendo una ricerca che consenta di ricostruire il senso giuridicamente rilevante dell'atto su quello oggettivamente proprio dell'ente su cui l'interpretazione cade³².

³² Un chiarimento terminologico si impone. Come è noto, M. HEIDEGGER, affrontando il problema della natura della verità, in un'opera rimasta celebre (*Von Wesen der Wahrheit. Zu Platons Höhlengleichnis und Theätet*, ora in *Gesamtausgabe*, vol. 34, Frankfurt a.M., 1988, trad. it. *L'essenza della verità. Sul mito della caverna e sul Teeteto di Platone*, a cura di F. Volpi, Milano 1997) nell'esaminare alcuni miti platonici, dopo aver commentato il «mito della caverna» Heidegger, con una forte apertura alla fenomenologia, affronta il Teeteto. Secondo Heidegger ci sarebbero due modi, almeno, di intendere la verità: l'una più antica e autentica, l'altra più tardiva e secondaria. Con un argomento che si richiama anzitutto a una ipotesi storiografica, connessa allo svolgimento del pensiero greco e alla sua influenza sulla filosofia successiva, Heidegger distingue perciò tra *adaequatio* e *alètheia*.

La prima, la più corrente e in apparenza naturale, è la conformità tra la proposizione e la cosa. La seconda, che si colloca ad un livello più profondo, è *alètheia*, il «non-nascondimento» dell'ente, cioè della cosa: prima di percepire il dato, l'ente in questione si offrirebbe in un presente temporale e in una presenza spaziale, sicché diverrebbe evidente perché collocato qui e ora.

L'*adaequatio* patirebbe di una immanente circolarità: in base a che argomento possiamo dire che la verità è la conformità della proposizione alla cosa? Sembra che per dirlo sia necessaria *alètheia*, ma, in questo caso, *alètheia* costituirebbe, piuttosto che un criterio della verità, un requisito o una proprietà dell'apparire delle cose, che devono essere presenti nello spazio e nel tempo per poter essere apprese da una proposizione che si rivelerà vera o falsa (ossia adeguata o meno). Detto altrimenti, mentre *alètheia* può esserci o non esserci, l'*adaequatio* può essere giusta o sbagliata, il che attesta però che solo quest'ultima è una dottrina della verità. L'*alètheia*, infatti, non può ingannarsi, ma richiama al fatto che la natura ama nascondersi, e che questo oblio ha avuto luogo nella storia in coincidenza con l'elaborazione del pensiero di platonico.

Senza poter, ovviamente discutere, di un tema tanto delicato ed ampio, certo eccedente la materia dello studio che si svolge, non vi è dubbio che il modo di intendere l'interpretazione dell'atto di autonomia nella dottrina tradizionale, sembrerebbe essere più simile al modello dell'*adaequatio*, che al modello dell'*alètheia*. E proprio per questo, ove si volesse seguire una terminologia heideggeriana si dovrebbe forse tradurre in termini di *adaequatio* anche l'espressione del preconcetto di cui la dottrina tradizionale sembra portatrice.

Tuttavia, tale scelta non sarebbe apparsa coerente: l'*adaequatio* di cui discorre Heidegger richiede un continuo riposizionamento dell'interprete, probabilmente incompatibile con la natura precettiva delle norme; e, soprattutto, non riesce a tradurre la funzione di disvelamento che sembra accompagnare l'opera dell'interprete che si pone di fronte allo spirito oggettivo nell'atto di autonomia, con l'intento di realizzare una fusione affettiva eteropatica (per tutti, così E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, ed. a cura di G. Crifò, Milano, 1990, I, *passim*. Sul problema della matrice idealistica del pensiero bettiano, v., ora, H. G. GADAMER, *Emilio Betti und das idealistische Erbe*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1978, pp. 5-12). Di qui, dunque la scelta anche terminologica intesa a favorire il riferimento al modo di intendere la verità come «disvelamento».

Gli *apriori* dai quali muove tale concezione dell'interpretazione dell'atto di autonomia coincidono con una concezione naturalistica del negozio, cui viene attribuita esistenza autonoma e consistenza materiale di *Sinn*. Ancora, coincidono con una concezione piuttosto ingenua del significato, la cui esistenza si dà come per assioma, e che si suppone possa essere determinato in modo assolutamente univoco, dissipando le brume della percezione che ne impediscono momentaneamente o provvisoriamente la completa descrizione: questa, però, comunque non potrà – di regola – mancare, ove si faccia applicazione corretta di canoni che la tradizione ha consegnato alla legge come ad un notaio che ne certifichi l'esistenza, peraltro indubitabile.

L'interpretazione, dunque, muove dalla struttura giuridica ma corre verso un fatto cui è attribuita valenza ontologica. Una volta fissato il criterio di rilevanza del fatto negoziale, il suo significato è solo riconosciuto ed accolto³³.

E, dunque, è indispensabile che l'interprete sappia quale sia la verità di cui deve determinare il contenuto, ma non si può dubitare che vi sia una verità

da conoscere³⁴. La legittimità dell'interpretazione accolta diviene, così, funzione derivata di una relazione di corrispondenza che viene posta con un'entità che assume consistenza ed aspetto di ipotesi³⁵.

Si tratta di un'impostazione della quale, se ben si riflette, sono assolutamente chiare le origini e il legame con certe concezioni oggettive della filosofia dell'ultimo scorcio del secolo XIX³⁶. Ed è anche

³⁴ C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio*, cit., p. 33, a proposito della interpretazione della legge scrive: «vi è certo una verità da conoscere, ma occorre che l'interprete sappia quale sia la verità di cui deve determinare il contenuto».

³⁵ Sarebbe utile, ma fuor d'opera in questa sede, studiare il legame culturale e concettuale che si instaura, a questo proposito, consapevolmente o meno consapevolmente, tra le concezioni dell'interpretazione che animano le impostazioni classiche e le teorie della verità come corrispondenza. Sul punto v., per una prima indicazione sui fondamenti filosofici di tale concezione della verità, v. i saggi di A.N. PRIOR, *Correspondence theory of truth*, in *Encyclopedia of Philosophy*, a cura di P. Edwards, II, New York-London, 1967, p. 223 ss., nonché ID., *Objects of Thought*, 1971, trad. it., *Oggetti di pensiero*, Milano, 1981; P. HOROWICH, *Truth*, 1990, trad. it., *Verità*, Roma-Bari, 1994; W. JAMES, *The meaning of truth*, New York, 1909. Sulla storia della concezione: A. GHISALBERTI, *Introduzione ad Ockham*, Roma-Bari, 1976; A. PACCHI, *Introduzione a Hobbes*, Roma-Bari, 1979; C. A. VIANO, *John Locke. Dal razionalismo all'illuminismo*, Torino, 1960, spec. pp. 421-505, nonché PH. BÖHNER, *Ockham's Theory of Supposition and the Notion of Truth*, in *Franciscan Studies*, 1946, pp. 261-292. In generale, anche per la ripresa della concezione in tempi recenti M. DUMMETT, *Ursprünge der analytischen Philosophie*, trad. it., *Alle origini della filosofia analitica*, Bologna, 1990 (ma v. anche ID., *Truth*, 1959, trad. it., *La verità e altri enigmi*, Milano, 1986); J. O. URMSON, *Philosophical Analysis*, trad. it., *L'analisi filosofica*, Milano, 1966. Soprattutto: B. RUSSELL, *An inquiry into meaning and truth*, trad. it., *Significato e verità*, Milano, 1963; ID., *Problems of Philosophy*, trad. it., *Problemi della filosofia*, Milano, 1980; A. TARSKI, *The semantic Conception of Truth and the Foundations of Semantics*, trad. it., *La concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica*, in *Semantica e filosofia del linguaggio*, a cura di L. Linsky, Milano, 1969; L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, trad. it., *Ricerche filosofiche*, Torino, 1967; ID., *Tractatus logicus-philosophicus*, trad. it. in *Tractatus logicus-philosophicus e Quaderni 1914-1916*, Torino, 1999, rist.; ID., *Über Gewissheit*, trad. it., *Della certezza*, Torino, 1990. Per la concezione coerentista della verità, v., invece, per tutti, A. R. WITHE, *Coherence Theory of Truth*, in *Encyclopaedia of Philosophy*, cit., pp. 130-133. Per la critica nietzscheana dell'idea di verità, v. G. VATTIMO, *Il soggetto e la maschera*, Milano, 1974. V. poi il fondamentale H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit. e M. HEIDDEGER, *Vom Wesen der Wahrheit*, 1943, trad. it., *Sull'essenza della verità*, Brescia, 1973. Per una sintesi efficace, v., infine, M. MESSERI, *Verità*, Firenze, 1997, ove ulteriori rife.

³⁶ Può osservarsi che la valutazione critica di questa visione, che viene altrimenti detta «anagogica» del testo, è presente negli studiosi più raffinati della teoria della critica letteraria: tra gli altri R. BARTHES, *Critique et vérité*, Parigi, 1966, trad. it., a cura di C. Lusignoli e A. Bonomi, Torino, 1969, rist., p. 7 scrive che nella partica letteraria interpretare vuol sempre dire «penetrare un preteso segreto dell'opera, raggiungerne la base, scoprirne (liberare dai veli) il senso profondo o finale e insieme

³³ L'osservazione formulata nel testo può servire a superare la possibile obiezione che può provenire dalla precisazione, spesso contenuta negli autori che impostano la costruzione della disciplina dell'interpretazione in termini oggettivi, secondo la quale questa non coincide con il significato «vero» (v., per tutti, E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1948, 34-92, ora in *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica* (seconda edizione riveduta e ampliata a cura di G. Crifò), Milano, 1971, pp. 3-4; ID., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., *passim* e spec. pp. 389-391). L'obiezione è spesso formulata con riferimento alla polemica, tradizionale e, ormai da tempo, conclusa, tra i fautori di posizione volontaristiche e coloro che privilegiano l'impostazione obiettiva del negozio e della sua interpretazione (sul tema, di recente, v. l'informata indagine di V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti*, Napoli, 1985, p. 59 ss.). Non vi è dubbio che gli autori che propendono per questa seconda impostazione hanno cura di distinguersi dai primi, ponendo in luce l'assenza di una volontà psichica da ricostruire (per tutti, v. ancora E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., pp. 384, 394 ss., 401, 403). E tuttavia, non sembra dubitabile che, una volta definito una stregua di rilevanza del fatto negoziale secondo indici oggettivi, essi assumono, peraltro legittimamente, il fatto così definito a termine di riferimento e di indagine. Ne risulta che anche coloro che possono considerarsi portatori di una concezione rigidamente oggettiva, considerano comunque il negozio un «prodotto dello spirito» (v., sempre in esemplificando, E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, cit., pp. 10-11), e il suo significato un'entificazione di una sostanza che, seppure sconta precise condizioni di rilevanza, è comunque collocata nel negozio, anzi, di cui il negozio consiste. (v., le chiare espressioni usate, al riguardo da E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 381). La modalità oggettiva di rilevanza, in altri termini, non impedisce di considerare la missione dell'interprete in termini di corrispondenza con una sostanza) sia pure diversamente identificata ed entificata.

chiaro, per scendere ad un confronto con mondi filosoficamente più vicini, che il *dogma aletico* dell'interpretazione dell'atto di autonomia privata si fonda su un apparato concettuale assai lontano ed arcaico, se considerato con riferimento alle correnti concezioni semiotiche e alla più moderne teorie della interpretazione.

Più di recente, si è posto in evidenza come l'impostazione tradizionale non regge al confronto con il la struttura del sistema, nel quale, a partire dall'esempio eclatante delle cc. dd. norme interpretative speciali e dell'art. 1371 cod. civ., emergono preoccupazioni di politica legislativa diverse e un fondamento diverso delle norme sull'interpretazione³⁷.

Come altrove si è dimostrato³⁸, anche nelle norme sulla interpretazione del contratto ciò che rileva è solo la risoluzione di un conflitto di interessi, anzi di un catalogo di conflitti di interessi dotati di specifica identità e morfologia. Rispetto a tale funzione di disciplina, la *verità* non costituisce un valore assoluto: ciò che conta, in altri termini, non è l'instaurazione di una necessaria corrispondenza tra ciò che le parti hanno divisato in un dato momento e la successiva ricostruzione di un certo regolamento di interessi che in un tempo logicamente diverso altri faccia. *Interest rei publicae* che il conflitto di interessi che si focalizza sull'interpretazione sia risolto in modo da rispettare alcune fondamentali esigenze che sono delle parti solo nella misura in cui coincidono con l'interesse generale orientato nella medesima direzione ed apprezzato come meritevole di tutela da parte dell'ordine giuridico; non certo che la ricostruzione effettuata secondo i canoni che il sistema detta sia la più fedele possibile ad una entità che in molti casi è illusorio immaginare dotata di consistenza da un punto di vista naturalistico³⁹.

una verità, in una parola, dotarlo di un significato ultimo (cioè: al di là del quale non è possibile risalire); questo significato oggi non è più, come accadeva nella critica universitaria, d'ordine letterale filologico, storico, oppure estetico, umanistico; può risultare da una visione marxista, psicanalitica, esistenziale dell'opera culturale; e tuttavia rimane, anche così, un senso privilegiato, fondamentale, una voce; ma la voce, nella sua stessa univocità (termine appropriato), manca – come sappiamo dalle ricerche di Jacques Derrida – di quel che chiamiamo la *scrittura*, che è puro spazio significante, volume d'iscrizioni, di citazioni, indubitabilmente struttura, ma struttura decentrata, in fuga.»

³⁷ La norma è tra le meno studiate dell'intero corpo delle norme in materia di interpretazione. Non colma la lacuna l'indagine di F. MOLLO, *Regole finali di interpretazione del contratto*, Milano, 2020, che si limita ad un riepilogo della modesta storia della dottrina, senza alcun apporto critico.

³⁸ *Amplius* A. RIZZI, *Interpretazione del contratto e dello statuto societario*, cit., p. 118 ss.

³⁹ Va osservato che i concetti espressi nel testo si ritrovano in molta parte della produzione scientifica che si è occupata di interpretazione, specie a partire dall'opera di M. CASELLA, *Il*

Ciò non esclude, naturalmente, che la fedeltà ad un certo parametro, che si può assumere – per convenzione – destinato a rappresentare una certa assenza dell'atto di autonomia, venga scelto come canone per discriminare tra un'interpretazione legittima ed un'altra che legittima non è. Ma si tratta di una legittimità assolutamente diversa da quella, ad esempio, propria della interpretazione della legge: non si tratta, infatti, di valutare l'*esito* della ricerca ermeneutica, ma di valutare la *corretta applicazione dei criteri di risoluzione dei conflitti* di interessi che il legislatore ha imposto di utilizzare⁴⁰.

La scelta di avvicinare quanto più possibile un criterio *lato sensu* veritativo, dunque, diviene più che fondamento del sistema dell'interpretazione dell'atto di autonomia, *ratio legis occasionale* di alcune norme. E, comunque, è scelta che può essere effettivamente praticata dall'ordine giuridico, ma a determinate condizioni: quando, cioè, essa si dimostri coerente con le altre esigenze valutate dal sistema e non determini il sacrificio di altre e contrapposte necessità che il sistema non ignora.

Si tratta, peraltro, come poi dimostrerebbe l'analisi anche delle norme ritenute più vicine alla dimensione concreta dell'accadimento pattizio, di una «verità» che tale, poi, effettivamente non è e, comunque, non può essere in alcun modo avvicinata alle forme di determinazione del senso che caratterizzano saperi diversi, ovvero la quotidianità dell'esperienza⁴¹.

contratto e l'interpretazione. V., infatti, V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti*, cit., *passim*. In termini particolarmente netti, N. IRTI, *Principi e problemi*, cit., p. 611. Va anche osservato, tuttavia, che la precisazione viene, di solito, svolta in chiave meramente antivolontaristica: utilizzando, cioè, l'affermazione della non riconducibilità delle norme alla ricerca di un dato empirico per dimostrare che tale dato non coincide con la «volontà vera», intesa in senso psicologico. Sull'affermazione, naturalmente, non si può che concordare. E tuttavia, il senso delle affermazioni svolte nel testo non sta soltanto nel senso di eliminare la coincidenza della volontà psicologica dall'orizzonte empirico sul quale le norme di interpretazione sono proiettate, ma, con maggiore ampiezza, di «staccare» completamente – ciò che non sempre si realizza nella dottrina più recente – l'interpretazione dal fenomeno conoscitivo. In definitiva, si tratta di rendere le norme sull'interpretazione, in senso pieno, non già espressione di metodo epistemico, ma *solo* tecnica di individuazione e risoluzione di un conflitto di interessi. Va osservato che ciò consente anche di superare la possibilità che, mutata la concezione del negozio, definito l'oggetto secondo schemi di rilevanza rinnovati, non muti, in realtà, l'approccio alle norme sull'interpretazione: utilizzate solo per conoscere un oggetto diverso, in modo diverso, ma senza rappresentare una *funzione normativa* diversa.

⁴⁰ Magistralmente sintetiche e particolarmente efficaci le espressioni utilizzate da N. IRTI, *Principi e problemi*, cit., p. 611: «Il significato non è né «vero» né «falso», ma soltanto «conforme» o «difforme» dai canoni legislativi. La sua verità è la sua legale conformità».

⁴¹ V., ancora, A. RIZZI, *Interpretazione del contratto e dello statuto societario*, cit., p. 57 ss., 67 ss., 118 ss.



Anche la sola mediazione della fattispecie costituisce, già di per sé, elemento di selezione e riduzione del dato reale⁴²: correlativamente, questo importa un distacco, più o meno significativo, del dato di partenza da quello naturalistico; e corrispondentemente, uno snaturamento della funzione e della finalità dell'interpretazione rispetto ad un canone propriamente aletico.

Tutto considerato, allora, appare evidente che la scelta che, per comodità espressiva, possiamo definire «veritativa», seppur praticata, *non* assume un rango assiologicamente primario: costituisce solo una delle possibili tecniche di risoluzione dei conflitti di interessi che, in una determinata configurazione di una lite che muove dall'attribuzione di un significato al contratto⁴³ e nei limiti di una configurazione eteronoma della catena di ricostruzione dei significati, si presentano come astrattamente praticabili.

Questo significa, insomma, che anche quest'area, alla quale sicuramente si sarebbe tentati di accostarsi nella ricerca di forme di emersione del valore veritativo, restituisce un risultato sicuramente deludente: la verità non ha un rilievo primario; anzi, la sua contemplazione costituisce il fondamento di un dogma aletico che offusca la struttura delle singole norme e la loro destinazione funzionale alla definizione di diverse morfologie di lite interpretativa.

3.3. Il negozio di accertamento.

Una terza area nella quale il fenomeno giuridico pare essere messo a contatto con il mondo della verità è il c.d. negozio di accertamento.

Si tratta di una figura che, almeno nelle promesse e nelle premesse, parrebbe costituire un terreno di caccia assai ricco e fecondo. Cosa potrebbe esservi di più significativo di una esperienza di verità che le parti si propongono di accertare insieme e di fissare nei loro reciproci rapporti?

Ma, a dispetto delle aspettative, come è noto, il negozio di accertamento costituisce una figura che ha generato una bizzarra situazione: «può sembrare un'ironia della sorte per un negozio destinato a rimuovere l'incertezza. Eppure, nessun altro istituto

appare fonte di incertezze come il negozio di accertamento»⁴⁴.

La sua stessa collocazione è incerta. Basti considerare che in un'ormai classica opera di teoria generale, il contratto di accertamento viene accostato senz'altro al riconoscimento del debito e alla promessa di pagamento⁴⁵, per poi giungere ad affermare l'identità di effetti delle tre figure, a fronte di una differenza unicamente strutturale (bilateralità e unilaterale⁴⁶). Promessa di pagamento, ricognizione del debito e contratto di accertamento determinerebbero, in particolare, una «presunzione circa l'esistenza della posizione, come accertata e riconosciuta», nell'ottica di una «semplificazione probatoria di una posizione soggettiva preesistente, e non una causa che implichi spostamenti patrimoniali sostanziali»⁴⁷, con la conseguenza che se la situazione giuridica originaria, in realtà, non esistesse o avesse contenuti diversi da quelli accertati, il contratto sarebbe nullo per mancanza di causa, analogamente a quanto avviene per promessa e ricognizione, inefficaci in conformità all'art. 1988 cod. civ.⁴⁸.

Ma questa è solo l'ultima manifestazione di un dibattito che si è sviluppato, senza giungere a risultati conclusivi, per un tempo davvero assai lungo⁴⁹.

Sono note le possibili qualificazioni dell'effetto giuridico del negozio di accertamento, proposte in dottrina nel tentativo di superare, in un modo o

⁴⁴ L. PUCCINI, *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milano, 1958, p. 125.

⁴⁵ E. ROPPO, *Il contratto*², in *Trattato dir. priv.*, diretto da Iudica e Zatti, Milano, 2011, p. 494 ss.

⁴⁶ E. ROPPO, *op. cit.*, p. 495.

⁴⁷ E. ROPPO, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁸ M. FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, in *I contratti di composizione delle liti*, *, a cura di E. Gabrielli e F.P. Luiso, Torino, 2005, p. 6 s.

⁴⁹ Tra i classici, senza pretesa di completezza, cfr., tra gli altri, AUR. CANDIAN, *Documento e negozio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, I, p. 3 ss.; F. CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, *ivi*, 1926, p. 180 ss., nonché, soprattutto, ID., *Note sull'accertamento negoziale*, *ivi*, 1940, p. 3 ss.; G. STOLFI, *Natura giuridica del negozio di accertamento*, *ivi*, 1933, I, p. 132 ss.; R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel fenomeno della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Ann. Univ. Messina*, 1932-1933, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1980, p. 389 ss.; G. MESSINA, *Contributo alla dottrina della confessione*, in *Foro sardo*, 1902, ora in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, 1948, p. 1 ss.; M. GIORGIANNI, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939; ID., voce Accertamento (negozio di), in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 235 ss.; R. CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1942; F. CARRESI, *Note critiche in tema di accertamento negoziale*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, II, p. 62 ss.; C. FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale* (1948), rist. an., 1993; A. FALZEA, voce *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 205 ss., ora in ID., *Voci di teoria generale del diritto*³, Milano, 1985, p. 57 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, p. 5 ss.; ID., *Negozio e giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 1159 ss. e, poi, ID., *La transazione*, Napoli, 1975.

⁴² Per tutti, v. N. IRTI, *Rilevanza*, cit., p. 5 ss.

⁴³ Per la centralità epistemologica della «lite interpretativa» nella ricostruzione dei contenuti normativi delle regole sulla interpretazione dei contratti, in considerazione della posizione di termine funzionale cui riferire ciascuna norma, cfr., ancora, *amplius*, A. RIZZI, *Interpretazione del contratto e dello statuto societario*, cit., p. 125 ss.

nell'altro, una contraddizione apparentemente insanabile tra accertamento come giudizio, e negozio come comando⁵⁰. E ciò per tacere del problema, correlato, che nasce dalla circostanza che l'attribuzione di efficacia costitutiva al negozio di accertamento⁵¹, se combinata con la preclusione di qualsivoglia possibilità di attribuire rilevanza alla sua difformità rispetto al rapporto costituito (ovvero alla inesistenza di questo), conduce inevitabilmente in direzione del negozio astratto per volontà delle parti⁵².

La dottrina non ha mancato di declinare la funzione dichiarativa in modi diversi, realizzandola per mezzo di un negozio a contenuto costitutivo (obbligatorio). La funzione dichiarativa, in questa costruzione, sarebbe analoga a quella della sentenza: l'obiettivo porterebbe a conferire al rapporto già sorto, e interamente regolato dal proprio titolo, certezza tra le parti. Ma questa certezza si conseguirebbe per il tramite del vincolo obbligatorio (a non far valere in giudizio un rapporto difforme) che, se inadempito, esporrebbe unicamente a responsabilità⁵³.

Non sono mancati, poi, tentativi di distinguere l'efficacia dichiarativa dalla c.d. efficacia preclusiva: il fatto preclusivo non renderebbe totalmente irrilevante il passato giuridico; renderebbe irrilevante l'alternativa possibile, della conformità o della difformità, del senso positivo o negativo, di quella determinata realtà giuridica alla quale l'effetto fa riferimento. Insomma, l'accertamento precluderebbe solo una diversa cognizione del rapporto⁵⁴.

Ma, per quanti sforzi dialettici si facciano, l'accertamento preclusivo e, al contempo, modificativo è una petizione di principio, come sono inconciliabili giudizio e negozio⁵⁵.

In definitiva, anche nell'esperienza del negozio di accertamento, il valore della conformità del vero, più che costituire un valore perseguito, è un pericolo costantemente scansato nella ricostruzione che ne viene proposta da varie parti. Il problema, nel negozio di accertamento, è esattamente dato dall'eventualità di attribuire rilevanza alla confor-

mità al vero: nella misura in cui l'istanza aletica dovesse trovare soddisfazione, si vanificherebbe comunque il senso della negozialità dell'atto.

Non è un caso, perciò, che, proprio nel negozio di accertamento, emergono soluzioni che finiscono tutte per (prendere atto o) tentare di aggirare il rilievo del vero ai fini della costruzione del negozio che, per la sua specifica funzione, dovrebbe accoglierlo.

4. La delusione aletica.

Se, dunque, si dovesse trarre una impressione complessiva del cammino sinora svolto, si dovrebbe probabilmente concludere che, nei fenomeni giuridici pur tradizionalmente considerati come luoghi elettivi nei quali si manifesta la coltivazione del valore della verità, tale valore non possiede alcuna centralità assiologica.

La prevalenza deontica di una corrispondenza è condizionata, e si misura, con dati diversi, che, nell'interferenza, generano significative eterogenesi.

In realtà, il dato veritativo costituisce uno sfondo prospettico né necessario né costante: anzi, in alcuni casi, la coltivazione di una ambizione veritativa impedisce di ricostruire il contenuto delle norme e finisce per determinare vere e proprie distorsioni.

In alcuni casi, tra quelli esaminati, la distorsione si manifesta in forma di conflitto tra l'esigenza veritativa e l'esigenza di funzionalità delle norme: nelle norme sull'interpretazione e nelle norme processuali, il vero diviene l'antagonista del pratico. Il costo della verità, sempre che una verità sia possibile davvero ricostruire, pare essere troppo alto per il sistema ordinamentale, che assesta la propria ambizione a livelli più coerenti con le esigenze pratiche che intende soddisfare.

In altri casi, la verità finisce per fare entrare in crisi il sistema, che non sembra poter reggere l'intrinseco dissidio tra la presenza autogena del vero e l'ingerenza imperativa dell'artificiale giuridico. È il caso del negozio di accertamento.

Insomma, l'impressione di poter contare su un bagaglio ricco d'esperienza, nell'avvicinarsi ai temi della verità in pittura è, assai probabilmente, fallace.

5. Rilevanze del «vero» in pittura.

È ora il momento nel quale tornare al tema che più particolarmente ha costituito la sollecitazione a raccogliere le considerazioni appena tratteggiate.

Nel campo della pittura, il dato veritativo viene in evidenza sotto due profili distinti e largamente

⁵⁰ Accurata e puntuale è la sintesi curata da L. BOZZI, *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, Padova, 2000, p. 24 ss.

⁵¹ R. CORRADO, *Il negozio di accertamento*, cit., pp. 38 e 94; e ID., voce *Negozio di accertamento*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 201; A. SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova, 1972, p. 357.

⁵² Al problema è dedicato, da ultimo, il saggio di M. MARTINO, *Vincolo e astrazione nella teoria del negozio di accertamento* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 523 ss.

⁵³ È la nota tesi di R. NICOLÒ, *op. cit.*, pp. 390, 393, 396, 399, 402 s.

⁵⁴ Anche in questo caso è trasparente il riferimento: A. FALZEA, *op. cit.*, spec. p. 76 ss.

⁵⁵ È questo il rigoroso insegnamento di F. Santoro Passarelli, il cui pensiero è compiutamente ed ampiamente espresso in F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit..

autonomi, che non hanno tardato ad emergere nella pratica esperienziale.

In via di estrema sintesi, pare di poter dire che la verità, nell'esercizio della raffigurazione pittorica, si manifesta sia quando la verità riguardi il rapporto tra «raffigurazione» e «raffiguratore», sia quando riguardi il rapporto tra «raffiguratore» dichiarato o apparente, e «raffiguratore» reale.

In sostanza, il tema veritativo si manifesta in due momenti, a seconda che l'opera pittorica venga considerata una raffigurazione o un'attività.

Nel primo caso, il dato veritativo si concentra sul confronto tra l'oggetto raffigurato e la sua icona pittorica: in questa prospettiva, può emergere (e come si vedrà, si presenta) un profilo che attiene alla relazione raffigurativa. In sostanza, in questo caso, il problema della «verità» emerge con riguardo all'attitudine della rappresentazione pittorica a porgere un risultato suscettibile di essere sovrapposto al dato reale e ad incarnarlo, inducendo un giudizio di equivalenza, che, se viene comunque mediato da una relazione simbolica, comunque conduce ad istituire una relazione biunivoca tra raffigurazione ed oggetto. Il vero, in questo caso, è un «vero equivalente»: si suppone che la rappresentazione indotta nell'osservatore dalla percezione del dipinto, sia in grado di associarsi ad un dato reale, e di permettere una aggregazione univoca, tanto che il dipinto possa stare in luogo di quanto rappresentato.

Nel secondo caso, invece, il punto che assume rilevanza è costituito dall'autore cui è riconducibile il risultato dell'attività pittorica. In sostanza, qui il «vero» consiste nella identificazione univoca di un determinato soggetto come quello cui risale la realizzazione del dipinto o, meglio, cui risale la combinazione di fattori raffigurativi che identificano l'oggetto e gli attribuiscono una specifica identità⁵⁶. Il rilievo di tale profilo è direttamente correlato alla circostanza che l'opera dell'artista, nella dimensio-

ne della pittura, assume un ruolo determinante, giacché l'oggetto presenta due aspetti che esaltano la dimensione autorale: il primo è costituito dalla circostanza che il dipinto assume una propria identità solo in quanto provenga da un determinato artista, di cui costituisce l'espressione⁵⁷; il secondo è che, almeno per tradizione⁵⁸, l'opera pittorica costituisce un *unicum*, un oggetto che intercetta il particolare momento creativo e lo cristallizza in modo da racchiudere l'irripetibile esperienza emozionale di quel momento. Di qui, dunque, il legame indissolubile tra l'opera e l'autore, e, correlativamente, il rilievo che l'attribuzione dell'opera ad un determinato artista può assumere per l'identità e la sorte dell'opera.

6. Il ritratto.

Il primo aspetto merita una menzione molto contenuta⁵⁹.

L'art. 96 della legge sul diritto d'autore (L. 22 aprile 1941, n. 633, in breve «LDA») richiede per la riproduzione del ritratto o messa in commercio il consenso della persona ritratta.

Come è noto, l'art. 97 LDA stabilisce, poi, che non occorre il consenso della persona ritratta quando la riproduzione dell'immagine è giustificata dalla notorietà o dall'ufficio pubblico coperto, da necessità di giustizia o di polizia, da scopi scientifici, didattici o culturali, quando la riproduzione è collegata a fatti, avvenimenti, cerimonie di interesse pubblico o svoltisi in pubblico.

Il ritratto non può, tuttavia, essere esposto o messo in commercio, quando l'esposizione o messa in commercio rechi pregiudizio all'onore, alla riputazione od anche al decoro nella persona ritrattata.

La legge parla genericamente di ritratto, senza specificare il tipo di opera nel quale esso è contenuto, lasciando intendere l'irrelevanza del modo e del mezzo di diffusione⁶⁰.

⁵⁶ La precisazione si rende necessaria per distinguere l'autore dell'opera nel caso di concorso di materiali o di tecniche che utilizzano apporti individuali che possono aspirare ad avere un ruolo creativo e partecipe. Il tema non ha mancato di approdare alle aule giudiziarie, peraltro non da poco: cfr., infatti, La questione è sperimentata anche nella giurisprudenza di altri paesi. Cfr., ad esempio, il c.d. caso Spoerri, deciso, in Francia da Cass., 1^{re} civ., 5 févr. 2002, n° 99-21.444, *Bull.* 2002, I, n. 46, p. 36. Sul tema, cfr. A. DONATI, *Autenticità, authenticité, authenticity dell'opera d'arte. Diritto, mercato, prassi virtuose*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1013. Ovviamente, i problemi della autoorialità si moltiplicano esponenzialmente con il contatto con l'intelligenza artificiale: per un primo censimento, ancora molto descrittivo, cfr. A. MUSSO, *L'impatto dell'ambiente digitale su modelli e categorie dei diritti d'autore o connessi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 504 ss.; G. SPEDICATO, *Creatività artificiale, mercato e proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2019, pp. 253 – 307; e S. LAVAGNINI, *Intelligenza artificiale e proprietà intellettuale: proteggibilità delle opere e titolarità dei diritti*, in *Riv. dir. aut.*, 2018, p. 360 e ss.

⁵⁷ Cfr. la giurisprudenza citata alla nota (93).

⁵⁸ Il tema della riproduzione seriale dell'opera d'arte si è sviluppata *pari passu* alla utilizzazione di tecniche che sono strutturalmente idonee a consentire la riproduzione del risultato dell'effetto creativo, rendendo iterabile senza limiti la creazione artistica. Sarebbe impossibile anche solo riferire della latitudine del dibattito e della profondità dei problemi. Cfr., per tutti, il saggio, fondamentale nella storia delle idee, di W. BENJAMIN, *Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit*, in *Id.*, *Schriften*, 1955, Frankfurt am Main, trad. it., *L'opera d'arte nell'epoca della sua riproducibilità tecnica. Arte e società di massa*, a cura di E. Filippini, Torino, 1998.

⁵⁹ Al tema è dedicato il saggio di M. PROTO, *Il diritto e l'immagine*, Milano, 2012, spec. pp. 20 ss. e 28, cui si può far riferimento anche per la bibliografia.

⁶⁰ La tradizione equipara «ritratto» e «immagine» (P. VERCELLONE, *Il diritto sul proprio ritratto*, Torino, 1959, p. 7;



Il fotografo o il pittore che nelle loro opere abbiano ripreso o raffigurato una persona realmente esistente, devono ottenerne il consenso se vogliono lecitamente mettere in circolazione la fotografia o il quadro.

Da ciò emerge come, accanto al diritto dell'autore sull'opera d'arte da lui creata, la legge riconosca il diritto alla riservatezza e all'immagine della persona ritratta, subordinando l'esercizio del primo diritto al consenso del titolare del diritto connesso. Il ritratto è considerato, quindi, un bene a sé, diverso dall'opera d'arte che lo contiene, la cui tutela è affidata unicamente alla persona raffigurata.

Come è noto, questo apparato normativo ha dato luogo ad una copiosa giurisprudenza, che si è sviluppata, però, tutta nel senso della tutela dell'identità personale⁶¹.

È anche vero che questo complesso normativo è stato utilizzato, nella stragrande maggioranza dei casi, con riguardo a tecniche di raffigurazione «meccanica», quali la cinematografia e la fotografia.

Decisamente più rara è stata l'utilizzazione della tutela del ritratto con riguardo alla pittura. E ciò anche perché le tendenze artistiche, ormai non da poco tempo, inclinano sempre di più per il distacco dalla realtà come canone pittorico: canone nel quale sono decisamente più rare le riproduzioni del dato reale, per trascendere, quando non nell'astrazione, in una dimensione almeno metafisica⁶².

Perciò, ove si assuma un parametro coerente con l'interesse che ha sollecitato la considerazione di tali aspetti, non sembra arduo affermare che qui la verità della raffigurazione trascende nel problema dell'identità della persona ritratta. In altri termini, la speciale tutela del ritratto è accordata non già in ragione del mezzo espressivo utilizzato, ma solo in ragione delle *sembianze riprodotte*.

Certo, può discutersi se la rappresentazione corrisponda alle sembianze di un determinato soggetto che invochi la tutela: ma ciò avviene non perché la

rappresentazione sia «vera», ma solo perché i segni consentano una *identificazione*. E non è un caso se nella giurisprudenza non sia mancata neppure la tutela della immagine di un noto artista, senza che vi fosse la raffigurazione delle sue sembianze, ma solo accessori e caratteri che il pubblico associava a quella figura e sulla base dei quali era facile identificarlo anche senza la riproduzione delle fattezze fisiche⁶³.

7. La verità sull'esecutore.

Il secondo aspetto è, invece, sicuramente quello più studiato e analizzato.

Si tratta di un profilo che finisce per incidere sensibilmente sul posizionamento di mercato del dipinto e sul valore che gli viene riconosciuto.

L'autore del dipinto, in realtà, finisce per essere il vero valore intrinseco del dipinto stesso: la relazione di appartenenza di un quadro ad un determinato autore, o, addirittura, l'identificazione con una sua fase artistica, costituiscono fattori decisivi per fissare il pregio dell'opera.

In questa prospettiva, finisce per essere vero che l'autore del dipinto prevale sull'oggetto raffigurato e sulle tecniche utilizzate: quello che conta, pressoché in tutti i casi, non è «che cosa» viene rappresentato, ma chi è l'autore di quella rappresentazione. Ne deriva che la provenienza di un certo dipinto finisce per assumere un ruolo effettivamente centrale, sia per la sua identificazione oggettiva⁶⁴, sia per il valore economico e commerciale del quale è accreditato.

Il problema di ricostruire la disciplina che assume come punto di rilevanza la figura dell'autore, in particolare nella circolazione del dipinto, non si può giovare di norme specifiche: il rilievo del difetto di autenticità o di veridicità dell'attribuzione deve es-

A. DE VITA, sub Art. 10, *Delle persone fisiche*, in *Commentario Scialoja-Branca*, diretto da A. Pizzorusso, R. Romboli, U. Breccia, A. De Vita, Bologna-Roma, 1988, p. 523 ss.).

⁶¹ Al tema si indirizza la più gran parte della riflessione sviluppata dalla dottrina: per tutti cfr. M. PROTO, *Il diritto e l'immagine*, cit., spec. 39 ss.

⁶² Per primi spunti sulla storia del ritratto v., per tutti, E. GIGANTE, *Il ritratto*, Milano, 2011; E. CASTELNUOVO, *Il significato del ritratto pittorico nella società*, in *I documenti*, 1973, pp. 1031-2172; E. POMMIER, *Il ritratto: storia e teorie dal Rinascimento all'età dei lumi*, Torino, 2003; R. TERROSI, *Filosofia e antropologia del ritratto. Ritratto, identità, individuazione*, Sesto S. Giovanni, 2012; AA. VV., *La fantasia e la storia. Studi di Storia dell'arte sul ritratto dal Medioevo al Contemporaneo*, a cura di G. Brevetti, Palermo 2019 (ove ampia bibliografia di sintesi alle p. 27 ss.); J.W. POPE-HENNESSY, *The Portrait in the Renaissance*, Princeton, 2023.

⁶³ È il celebre ma assai lontano nel tempo caso risolto dalla ordinanza Pret. Roma, 18 aprile 1984, in *Foro it.*, 1984, c. 2030 ss., con nota di R. PARDOLESI, nel quale fu accolta la richiesta di provvedimenti urgenti avanzata da chi (nel caso di specie: il cantante Lucio Dalla) lamentava una utilizzazione non autorizzata, in manifesti e pagine pubblicitarie, di elementi differenziatori (nella specie uno zucchetto di lana a maglia grossa e occhietti "a binocolo") peculiari della sua attività pubblica e, perciò, idonei a far inequivoco riferimento alla sua figura fisica, professionale e morale.

⁶⁴ Sul rilievo dell'autore concepito come elemento specifico di identificazione, di carattere sostanziale, dell'opera converge la giurisprudenza (che la utilizza, soprattutto, nell'ambito di quell'orientamento che inclina ad applicare lo schema della consegna di *aliud pro alio* nel caso di trasferimento di un'opera proveniente da un autore diverso da quello dichiarato. Sul punto, cfr. le affermazioni contenute nelle sentenze: sul tema anche per ulteriori riff., cfr. G. FREZZA, *Arte e diritto*, cit., p. 143 n. 28.

sere accertato alla luce della disciplina generale del contratto.

Anzi, potrebbe essere facilmente verificabile che la drammatizzazione dell'esito epistemologico che si realizza con riguardo alla circolazione di opere d'arte ha costituito un laboratorio di analisi assai interessante nel quale è stato verificato il funzionamento e i limiti rimediali di alcuni strumenti tradizionali di tutela⁶⁵. Di più: si è sperimentato il rapporto, certe volte complesso e spesso dimenticato, tra la disciplina generale del contratto e disciplina relativa ai contratti che hanno una disciplina particolare⁶⁶.

Ma, indipendentemente dalle prospettive di studio e di approfondimento che pure potrebbero schiudersi, non vi è dubbio che il corredo normativo del quale valersi per inquadrare il rilievo della vendita di un dipinto successivamente risultato attribuito falsamente ad un autore, è fondamentalmente costituito dalle norme in materia di contratti.

⁶⁵ La vendita di opere d'arte costituisce il caso che tipicamente esemplifica l'alternativa tra diversi rimedi che potrebbero astrattamente concorrere in certe fattispecie. Tra gli altri contributi: cfr. R. SACCO, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, I, Torino, 2016, pp. 511-512 ss., e nt. 1; C. ROSSELLO, *L'errore nel contratto*, nel *Commentario Schlesinger*, Milano, 2004, sub art. 1429, p. 89 s.. L'esemplificazione ha una risalente tradizione alle proprie spalle: v., ad es., D. RUBINO, *La compravendita*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, XXIII, Milano, 1962, p. 906 s.; G. AMORTH, *Errore e inadempimento nel contratto*, Milano, 1967, p. 12 ss.; P. GRECO-G. COTTINO, *Della compravendita*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 1968, sub art. 1490, p. 196; F. CARNELUTTI, *Errore o inadempimento?*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, II, p. 259; C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, nel *Trattato Vassalli*, VII, I, Torino, 1972, p. 265 ss.; Id., *Diritto civile*, 3, *Il contratto*², Milano, 2000, p. 614. Il problema trova eco assai vasta praticamente in tutti gli scritti sul tema più particolare: V. M. DE SANCTIS-M. FABIANI, *I contratti di diritto di autore*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, XXXI, I, Milano, 2007, p. 319; A. CACCIA, *L'errore e l'inadempimento nella compravendita dei dipinti antichi*, in *Vita not.*, 1985, p. 1017 ss.; F. VOLPE, *In tema di errore sull'autenticità dell'opera d'arte*, in *Contratti*, 1998, p. 445 ss.; A. CAVALIERI, *Note in tema di compravendita d'opera d'arte*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, II, p. 777 ss. F. DI RUZZA, *Vendita d'opera d'arte non autentica e risarcimento del danno*, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, p. 520; M. FABIANI, *Riproduzione di opera d'arte non autenticata dall'autore e diritto di paternità intellettuale*, *ivi*, I, 2, p. 81; G. CALABI – R. ZOLLINO, *Caveat emptor: come si tutelano l'acquirente e il venditore nel caso di vendita di opera d'arte non autentica*, in *Aedon*, 2004, §. 2.

⁶⁶ Non possono essere dimenticate le considerazioni critiche svolte, al riguardo da G. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. impr.* 1988, p. 333 ss., sulla cui impostazione cfr. l'impostazione critica di G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Il contratto, Studi in onore di Giorgio Oppo*, Padova, 1992, p. 51 ss. nonché in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 649, ora in Id., *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*², Milano, 1997, spec. p. 56 ss.

7.1. Irrilevanza dell'art. 64 cbc.

Invero, tale quadro non può certamente essere considerato arricchito dall'art. 64 del c.d. Codice dei beni culturali (D. Lgs. 22 gennaio 2004 n° 42, di seguito «CBC»).

Tale disposizione, come è noto, stabilisce che «chiunque esercita l'attività di vendita al pubblico, di esposizione a fini di commercio o di intermediazione finalizzata alla vendita di opere di pittura di scultura, di grafica ovvero di oggetti di antichità, o di interesse storico od archeologico, o comunque abitualmente vende le opere o gli oggetti medesimi, ha l'obbligo di consegnare all'acquirente la documentazione attestante la autenticità o, almeno, la probabile attribuzione e la provenienza delle opere medesime; ovvero, in mancanza, di rilasciare, con le modalità previste dalle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, una dichiarazione recante tutte le informazioni disponibili sull'autenticità o la probabile attribuzione e la provenienza. Tale dichiarazione, ove possibile in relazione alla natura dell'opera e dell'oggetto, è apposta su copia fotografica degli stessi».

La norma sembrerebbe, per la prima volta, aver disciplinato l'attestazione di autenticità o comunque l'attribuzione dell'opera d'arte⁶⁷.

Ma questa impressione sarebbe ingannevole e infondata. In realtà si tratta di una norma completamente priva di significato, sia sotto il profilo dei principi che delle conseguenze; e, in ogni caso, si tratta di una disposizione che ha un rilievo del tutto parziale.

Va, infatti, in primo luogo, considerato che la norma è completamente priva di sanzione: essa si limita ad enunciare un obbligo (sui cui evanescenti contenuti si dirà tra un attimo) la cui inosservanza non genera alcuna conseguenza sfavorevole, anche solo legata al profilo di carattere civilistico⁶⁸.

⁶⁷ La dottrina che si è occupata della disposizione spiega che la disposizione ha lo scopo di tutelare gli interessi degli acquirenti di opere d'arte, assicurando che tali soggetti ricevano tutte le informazioni necessarie a valutare l'operazione economica da porre in essere (così M. BONAURO, in *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di G. Leone e A.L. Tarasco, Padova, 2006, p. 429. Sul tema cfr., altresì, A. MILIONE, *Commento all'art. 64*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2006, p. 76), dando altresì attuazione ai principi di certezza e di sicurezza dei traffici giuridici di tali opere (G. FREZZA, *Arte e diritto fra autenticazione e accertamento*, Napoli, 2019, pp. 39 ss. e 132).

⁶⁸ Si deve escludere, infatti, che essa sia oggetto di contemplazione da parte dell'art. 164 CBC, il quale, come è noto, commina la nullità delle «le alienazioni, le convenzioni e gli atti giuridici in genere, compiuti contro i divieti stabiliti dalle disposizioni del Titolo I della Parte seconda, o senza l'osservanza delle condizioni e modalità da esse prescritte». Ma la disposizione



D'altra parte, sotto il profilo del contenuto dell'obbligo previsto, la formulazione del testo è ampiamente inadeguata, già sotto il profilo della modesta tecnica legislativa di cui è espressione. A veder bene, infatti, si ripropone uno schema fatalmente destinato all'insuccesso: dopo l'enunciazione di alcune fattispecie, che ci si sforza di rendere più puntuali e che sembrano delimitare in modo netto il contorno applicativo, si introducono allargamenti progressivi che vorrebbero fornire completezza alla previsione, ma che finiscono, in realtà, solo per introdurre elementi di parossistica diluizione degli enunciati. Ne deriva che, all'aspirazione al rigore delle prime parole, si accompagna un fumoso ed indistinto allargamento, che non solo annacqua formula iniziale, ma dissolve la *ratio* che avrebbe potuto sorreggere l'impianto.

Ciò accade in modo abbastanza evidente già con riguardo alla descrizione dei destinatari soggettivi della prescrizione: dopo avere delimitato l'obbligo a chi esercita l'attività di vendita al pubblico, di esposizione a fini di commercio o di intermediazione finalizzata alla vendita di opere di pittura di scultura, di grafica ovvero di oggetti di antichità, o di interesse storico od archeologico, la legge non resiste alla tentazione di indicare come tenuto all'osservanza del precetto chi «comunque abitualmente vende le opere o gli oggetti medesimi». Ovviamente, l'inadeguato legislatore si guarda bene dal chiarire quando si abbia detta «abitualità»: con il risultato, davvero non invidiabile, di collocare nella nebulosa dell'indistinto la delimitazione dell'ambito soggettivo dei destinatari dell'obbligo⁶⁹.

pare riferibile piuttosto al regime di circolazione dei beni culturali, come sembrerebbe confermato anche dal secondo comma dell'art. 164 cit. («resta salva la facoltà del Ministero di esercitare la prelazione ai sensi dell'articolo 61, comma 2»). Nonostante tale cristallina disposizione, qualche autore parla di nullità del contratto G. Calabi, *La circolazione delle opere d'arte e dei beni culturali nell'ordinamento italiano*, in *La tassazione delle opere d'arte*, a cura di P. Scarioni e P. Angelicci Milano, 2014, p. 37. *Contra*, però, v. G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni mobili qualificabili come opere d'arte: ricostruzione del regime normativo applicabile alla fattispecie*, in *I contratti del turismo, dello sport e della cultura*, a cura di F. Delfini e F. Morandi, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, pp. 591 s. e 593 s.. Ovviamente, non è mancato chi (A. BARENGHI, *L'attribuzione di opere d'arte: vero o falso*, in *Corr. Giur.*, 2019, p. 1097), senza darsi neppure cura di argomentare adeguatamente la tesi, ritiene che la sanzione di nullità per violazione dell'art. 64 CBC derivi da una qualificazione della norma in termini di ordine pubblico, come previsione rivolta alla polizia del mercato e non solo o non prevalentemente alla tutela dell'interesse del contraente, norma, come tale, la cui violazione determina la nullità del contratto. Ma questa conclusione – a tacer della leggerezza con la quale parla di nullità – non fa i conti con il contenuto concreto della disposizione e la sua evanescenza (v., sul punto, *infra*, nel testo).

⁶⁹ Alcuni esempi possono valere, più di mille parole, a chiarire i problemi esegetici che la formula finisce per alimentare: un col-

Ma un rilievo analogo vale per quel che concerne la descrizione oggettiva della condotta cui sarebbe tenuto questo non delimitato insieme di soggetti. La legge prescrive, infatti, l'obbligo di consegnare all'acquirente la documentazione attestante l'autenticità; ma, poi, si fa bastare «almeno, la probabile attribuzione e la provenienza delle opere medesime». E, se proprio tutto manca, si sopperisce con il rilascio (con le burocraticamente rassicuranti «modalità previste dalle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa»⁷⁰), di una dichiarazione recante tutte le informazioni disponibili sull'autenticità. Ma, alla fine, basta anche solo l'attestazione della «probabile attribuzione» e della provenienza.

Ora, è del tutto evidente, che il progressivo *decalage* delle condotte che costituirebbero materia di obbligo è allineato lungo un binario che rende l'obbligo stesso completamente evanescente, così che non si saprebbe come passare, dall'attestazione di autenticità, «almeno» alla probabile attribuzione, per poi giungere alla collazione delle informazioni di disponibili (non si sa bene da chi raccolte né quando).

Il tutto, alla fine, sembrerebbe finire per raggugiarsi ad una sorta di autodichiarazione secondo la disciplina «in materia di documentazione amministrativa», nella quale l'obbligato racconta quel che sa o quel che è inevitabile che sappia. Ma senza che l'osservanza dell'obbligo corrisponda ad un modello di condotta preciso e impegnativo.

La norma, insomma, sembrerebbe appartenere a quel genere di *grida* manzoniane, nelle quali la severità altisonante del tono delle prime parole va di pari passo con la paucità della prescrizione delle ultime.

La dottrina, dal canto suo, al cimento di sforzi interpretativi degni di miglior causa – che non si sa bene se si dimostrino più volenterosi o fatalmente

lezionista d'arte (categoria nella quale lo scambio di oggetti non è affatto inconsueta né raramente praticata) è tenuto all'osservanza dell'art. 64 CBC? L'erede che liquida la collezione d'arte del *de cuius* sfugge all'obbligo di consegna della documentazione di autentica? L'abitualità è concetto che si manifesta nella ricorrenza di una certa frequenza temporale delle alienazioni di dipinti (o oggetti equivalenti), oppure suppone la percezione di una misura apprezzabile di un flusso di reddito (più o meno) costante come ricavo dell'attività svolta «abituamente»? L'abitualità si commisura a ciascuna categoria di oggetti oppure questi costituiscono un aggregato indistinto ai fini dell'applicazione dell'art. 64 CBC? È appena il caso di osservare che tali quesiti, che pure avrebbero (*rectius*: dovrebbero avere) immediate ricadute applicative (se la norma fosse dotata di una effettiva attitudine precettiva), non trovano alcuno spazio nella dottrina che pure se ne occupa.

⁷⁰ Non per caso una parte della dottrina parla di «autodichiarazione»: A. ARDITO, *Commento all'art. 64*, in *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di A. Angiuli, V. Caputi Jambrenchi, Torino, 2005, p. 190.



ingenui – , si è impegnata nel tentativo di rianimare il precetto cercando di aggiungervi contenuti, illudendosi che da quella sterile formula potessero essere tratti.

Così, per una sorta di professione di fede, si è escluso che la disposizione potesse avere solo un rilievo di carattere pubblicistico (salvo a comprendere esattamente quale potrebbe essere anche tale rilievo), ma si è ritenuto che potesse avere un contenuto di carattere privatistico⁷¹. Si è detto che gli obblighi contemplati dall'art. 64 CBC non soltanto integrano gli obblighi generali gravanti ex art. 1476 cod. civ., ma rientrerebbero altresì negli obblighi precontrattuali – in applicazione del precetto generale di correttezza e buona fede di cui all'art. 1337 cod. civ. – con la conseguente ammissibilità del recesso dalle trattative in caso di rifiuto di consultazione o di visione delle dichiarazioni, se in possesso del venditore⁷².

Su quest'ultimo aspetto si è fatto osservare che tutto dipende dalle modalità concrete con cui si svolgono o si sono svolte le trattative⁷³, giacché, a volte, l'acquirente neppure chiede la documentazione prescritta.

Ma tale considerazione, già significativa, è, in realtà, formulata avendo riguardo alla dinamica concreta delle trattative: ha, per così dire, un connotato empirico, che – se svela la fragilità pratica della conclusione – non è ancora sufficiente a dimostrare la radicale erroneità della tesi.

In realtà, sarebbe più opportuno chiedersi quale significato sistematico potrebbe mai assumere una norma che avrebbe la propria ragion d'essere nel dettagliare un principio (che pure si assume) già contenuto nelle regole sulla responsabilità precontrattuale. In altri termini, se davvero l'art. 64 CBC non facesse che replicare l'art. 1337 cod. civ., quale ne sarebbe, alla fine, l'utilità in termini disciplinari?

Davvero si vuole sostenere che, senza l'art. 64 CBC, ove un venditore, avendole, rifiutasse di mostrare la documentazione sulla origine e provenienza del dipinto che prova a vendere, l'acquirente non avrebbe titolo per interrompere le trattative? Francamente pare davvero difficile solo ipotizzarlo.

D'altra parte, per come la norma è scritta, oltre ad essere facilmente aggirabile, non sembra possa essere suscettibile di essere considerata inderogabile. Mancano, infatti, indici che possono indurre a reputare che le parti non possano, non solo nei fatti,

sottrarsi alla sua osservanza, dichiarando l'acquirente di rinunciare a ricevere quella documentazione che è pure consapevole gli dovrebbe essere consegnata, oppure attribuendo volontariamente le parti al contratto carattere aleatorio⁷⁴.

E ancora più ardua è la domanda se, a lamentarsi dell'inadempimento dell'obbligo, potrebbe essere lo stesso soggetto obbligato ad osservarlo⁷⁵.

Il dato puramente documentale, del resto, non ha una diretta influenza sui contenuti contrattuali: non necessariamente la carenza di quella povera e inutile documentazione prevista dalla legge determina un minor valore del dipinto o una sua più limitata circolazione. La storia del mercato dell'arte è zeppa di opere la cui incerta attribuzione non ha affatto nuociuto all'apprezzamento da parte dei collezionisti, pronti a scommettere sull'attribuzione del dipinto o, comunque, sufficientemente sicuri da prescindere da burocratiche attestazioni documentali.

Ma, dimentica di tale quesito, la dottrina si è chiesta se la violazione dell'«obbligo» di cui all'art. 64 CBC determini qualche conseguenza in ordine all'adempimento del contratto⁷⁶.

La dottrina reputa che, in mancanza dell'adempimento dell'obbligo (ove non derogato o diversamente disciplinato), l'acquirente sarebbe legittimato a promuovere l'azione di risoluzione ex art. 1453 cod. civ. o ad attivare la diffida ad adempiere⁷⁷.

⁷⁴ Scrive G. FREZZA, *Cultura, arte e diritto. In ricordo di un Maestro*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, p. 222, secondo il quale il principio della certezza e della sicurezza dei traffici giuridici (anche di opere d'arte) si oggettivizza oggi in una serie di regole informate alla realizzazione di un interesse collettivo e superindividuale, che, in quanto tale, travalica quello meramente privatistico. Tale affermazione dovrebbe, se coerentemente sviluppata, condurre alla affermazione della inderogabilità delle prescrizioni di cui all'art. 64 CBC giacché poste a presidio di un interesse di carattere pubblico. Il che, però, pare davvero eccessivo.

⁷⁵ Il tema lambisce la questione della applicazione al mercato dell'arte, nell'ambito di acquisti a distanza (con televendite mediante esposizione televisiva oppure *on line*) o mediante la partecipazione ad aste competitive in telepresenza delle norme di protezione del consumatore. Sul tema svolgono una più estesa riflessione B. MASTROPIETRO, *Mercato dell'arte e autenticità dell'opera: un "quadro" a tinte fosche?*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, spec. p. 558; G. FREZZA, *Arte e diritto*, cit., p. 136 ss.; e G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 580.

⁷⁶ Oltre a quanto discusso nel testo, va ricordato che il quesito si è orientato a verificare se l'attestazione di cui all'art. 64 CBC potesse essere ragguagliate alle informazioni di cui all'art. 49 Cod. Cons., con le conseguenze che ne discendono in termini di esercizio del recesso previsto dalla disciplina di protezione: tra gli altri, cfr., in particolare, B. MASTROPIETRO, *op. cit.*, p. 559.

⁷⁷ Così G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 591. La soluzione è evidentemente mal formulata, giacché la diffida ad adempiere non consiste in una diversa forma di risoluzione, ma solo una modalità che consente di pervenire al risultato facendo a meno della mediazione data dall'azione costitutiva. Proprio perché nulla

⁷¹ Vanno fatte salve le tesi estremiste che mettono insieme i due profili, come ad es. A. BARENGHI, *L'attribuzione di opere d'arte: vero o falso*, cit., p. 1097, sul quale, v., *supra*, la nota (68).

⁷² G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni mobili qualificabili come opere d'arte: ricostruzione del regime normativo applicabile alla fattispecie*, cit., p. 591

⁷³ G. FREZZA, *op. ult. cit.*, p. 133

Ci si interroga pure sulla possibilità che, in luogo di rimedi risolutivi, si possa applicare l'art. 2930 cod. civ., che è norma che ha per oggetto l'esecuzione per consegna o rilascio. La dottrina pare escluderlo, richiamando l'orientamento giurisprudenziale che limita il rimedio ai soli obblighi di fare infungibile⁷⁸.

L'unico punto certo è che l'inadempimento determinerebbe il risarcimento del danno per responsabilità contrattuale⁷⁹.

Ora, l'ultima delle affermazioni sta e cade con la necessità di dimostrare che la mancanza della consegna della documentazione abbia effettivamente prodotto un danno: se si considera che tale documentazione è, secondo il tenore della stessa norma, incerta nella sua esistenza e disponibilità e può limitarsi a rappresentare la probabile attribuzione del dipinto o riepilogare i dati disponibili (ma si tratterebbe di stabilire quali), si comprende bene come l'importanza dell'art. 64 CBC sia davvero modesta.

Del resto, la prova storica che l'introduzione di questa disciplina non ha avuto alcun significato concreto è data dal corso della giurisprudenza. La norma non sembra aver cambiato molto l'assetto complessivo del contenzioso che emerge nella pratica giudiziaria: e ciò, nonostante che la norma risalga al 2008, e abbia, perciò, una anzianità di impianto che avrebbe potuto dimostrare una sua significatività, ove davvero vi fosse stata⁸⁰.

Ciò è vero sia nella dottrina che nella giurisprudenza: in entrambi i casi, infatti, le norme generali sul contratto o le regole particolari sulla compravendita hanno assunto un ruolo determinante. Lo sviluppo della dialettica tra i diversi rimedi, come pure il ricorso preferenziale all'uno o all'altro, si è svolto in modo assolutamente indipendente dalla norma contenuta nell'art. 64 CBC, che, dunque, può essere lasciata nel deposito degli strumenti inutili.

7.2. L'errore comune delle parti nel trasferimento dell'opera.

Ciò posto, la rilevanza dell'attribuzione dell'opera pittorica è venuta in discussione, nell'esperienza giurisprudenziale, con riguardo alle questioni relative alla scoperta successiva della falsità dell'attribuzione o della sua inesattezza. In que-

cambia, vale per l'uno e per l'altra forma di conseguimento della risoluzione del contratto.

⁷⁸ G. FREZZA, *Arte e diritto*, cit. pp. 134-135.

⁷⁹ Per tutti, v. G. FREZZA, *Arte e diritto*, cit. p. 135.

⁸⁰ L'unico precedente che consta è quello costituito da Trib. Vicenza, 16 febbraio 2016, n. 313 citato, senza ulteriori riferimenti da A. BARENGHI, *L'attribuzione di opere d'arte: vero o falso*, cit., p. 1097, nt. 20.

sti casi, è parso emergere quel profilo veritativo che qui si va cercando di rintracciare: la corrispondenza dell'attribuzione all'autore, sembra essere uno dei – come si è visto rari – casi nei quali la verità emerge sul piano del diritto e richiede di avere un proprio autonomo rilievo.

Anche in questo caso, però, a ben vedere il tema della «verità» non ha affatto quello spicco che una prima superficiale valutazione potrebbe indurre a ritenere.

Non recentissime ma complete rassegne sull'esperienza delle Corti⁸¹ hanno dimostrato che le «risposte» del diritto contrattuale – tanto nella letteratura tradizionale quanto nella statistica applicativa – hanno sempre oscillato tra due ipotesi ricostruttive, a seconda dei casi: la risoluzione della vendita per inadempimento e l'annullamento del contratto per errore su una delle qualità dell'oggetto ex art. 1429, comma 1, n. 2, cod. civ.. Un'alternativa di secondo grado emerge, all'interno della medesima opzione risolutoria, trattandosi di scegliere se applicare il rimedio specifico (risoluzione della vendita per *mancanza di qualità*: art. 1497 cod. civ.) ovvero quello generale (risoluzione del contratto per consegna di *aliud pro alio*: art. 1453 ss. cod. civ.)⁸².

⁸¹ Si fa riferimento alla completa illustrazione casistica svolta da M. FARNETI, *Quali rimedi contrattuali in caso di vendita di opere d'arte di paternità controversa*, in *NGCC*, 2011, pp. 429 ss. (la I parte del saggio) e 479 ss. (la seconda parte del saggio) al quale si deve una accurata ricostruzione critica della evoluzione giurisprudenziale, con una linea prospettica aperta anche alla considerazione della esperienza di altri ordinamenti europei. Interessante, per l'ampia ricostruzione, il saggio di Per un'ampia e accurata trattazione del tema, v. G. DE CRISTOFARO, *La tutela degli acquirenti di opere d'arte contemporanea non autentiche tra codice civile, codice del consumo e codice dei beni culturali*, in *Riv. dir. priv.*, 2020, p. 29 ss..

⁸² Il *leading case* viene identificato in Cass., 14 ottobre 1960, n. 2737, in *Foro it.*, 1960, I, c. 1914. Successivamente, v. anche Cass., 11 marzo 1974, n. 639, in *Giust. civ.*, 1974, I, p. 866; Cass., 26 gennaio 1977, n. 392, in *Mass. Giur. it.*, 1977, p. 95; Cass., 3 luglio 1993, n. 7299, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 410; Cass., sez. II, 16 gennaio 2006 n. 686; Cass., sez. III, 22 febbraio 2008, n. 4604, in *Corr. giur.*, 2009, 74 con nota di E. FITTIPALDI; Cass., sez. II, 1° luglio 2008, n. 17995. Con efficace sintesi G. ALFERNI, *La tutela del compratore di un'opera d'arte falsa*, in *Arte e diritto*, 2022, p. 277, ricorda che la Casazione ha affermato nel corso degli anni che: i) è onere del venditore dimostrare di avere consegnato un'opera d'arte autentica (Cass., 8 febbraio 2018, n. 3129); ii) il venditore si può liberare sia dell'obbligo di restituire il prezzo, che dell'obbligo di risarcire il danno, dimostrando di avere ignorato senza sua colpa al tempo della vendita la falsità dell'opera (Cass., sez. II, 23 marzo 2017, n. 7557); iii) il compratore ha diritto al risarcimento di un danno commisurato al suo interesse positivo; iv) nel caso in cui il valore dell'opera sia aumentato nel corso del tempo, il danno di cui il compratore ha diritto al risarcimento deve essere commisurato al valore che l'opera originale avrebbe avuto al momento del giudizio (Cass., 25 gennaio 2018, n. 1889; Cass. 14 novembre 1983, n. 2457, in *Giur. it.* 1985, I, 1, 520; Cass., 16 aprile 1984, n. 2457, in *Mass. Giust. civ.*, 1984; App. Firenze, 18 marzo 1996, in *Foro it.*, 1997, I, 1472). Non è

Nell'ultimo caso, si è venuta consolidando la massima secondo la quale «la cessione di un'opera d'arte falsamente attribuita ad artista che in realtà non ne è stato l'autore costituisce un'ipotesi di vendita di aliud pro alio, e legittima l'acquirente a chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento del venditore ex art. 1453»⁸³.

Ora, l'analisi della giurisprudenza ha convinto i cultori del genere che i Giudici inclinano a valorizzare il rimedio basato sul vizio del consenso specie quando ad assumere l'iniziativa è il venditore⁸⁴, che si rende conto, dopo la conclusione del contratto, di avere ceduto un'opera di rilevante importanza a prezzi largamente incoerenti con quelli, più elevati, che avrebbe potuto spuntare. Viceversa, il rimedio risolutorio, nelle diverse sue forme e graduazioni, è più utilizzato nel caso, di gran lunga più frequente, nel quale sia il compratore a dolersi dell'acquisto di un'opera che è stata attribuita ad un autore blasonato, ma la cui attribuzione si rivela, poi, lontana dal vero.

Quale che siano le conclusioni sui casi pratici analizzati - che, però, spesso e volentieri, risentono delle particolarità del caso concreto - il riflesso che i precedenti hanno sul tema che si è inteso qui privilegiare è assolutamente modesto.

Nel caso della utilizzazione dello schema del vizio del consenso, l'effettivo spazio del rimedio è condizionato da un dato assolutamente dirimente. Celebri precedenti hanno chiarito che «si è fuori dal campo dell'errore quando (...) l'esistenza di un particolare requisito o di una particolare qualità della cosa viene specificamente dedotta in contratto, esplicitamente o per implicito, e garantita dal venditore» e hanno invitato a tener distinte, a tal fine, le diverse fattispecie prospettabili e, dunque, ad anteporre al verdetto una «individuazione dei termini concreti del rapporto posto in essere dalle parti», non potendosi prescindere «dal modo come si è at-

teggiata e determinata, nel caso singolo, la volontà dei contraenti»⁸⁵.

Proprio nel solco di questa traccia, è apparso evidente che, quando la giurisprudenza ha in due delle occasioni in cui una vendita è stata annullata - *apertis verbis* - per errore dell'acquirente, ciò è accaduto quando si accertò che *nello stesso errore era incorso anche l'alienante*⁸⁶.

Ora, a voler considerare questi non molto numerosi precedenti, è evidente che la verità dell'attribuzione non rileva in sé, ma come presupposto inespresso nel contratto e non oggetto di affermazioni o garanzie contrattuali, sul quale il consenso si forma. Più che contare l'attribuzione del dipinto e, perciò, la verità del riferimento di quell'opera ad un certo artista, quello che rileva è sicuramente un altro profilo: quello di un consenso contrattuale che sarebbe stato alterato e condizionato dal comune convincimento della riferibilità del dipinto all'opera di un determinato artista⁸⁷.

Quello che rileva, insomma, non è la «verità» dell'attribuzione, nel caso di impugnazione per errore, ma l'erroneità del condiviso presupposto determinante per l'identità dell'oggetto compravenduto. È il prisma soggettivo del consenso ad assumere un rilievo primario ed assorbente: laddove la verità dell'attribuzione costituisce solo la radice di un'alterazione soggettiva, per lo più di carattere bilaterale.

7.3. La garanzia di autenticità: identità e verità.

In realtà, conclusioni non dissimili devono valere con riguardo all'altra e più diffusa tendenza, che valorizza il tema dei rimedi di carattere risolutorio e, soprattutto, quella che pone al centro della propria riflessione il rimedio dell'*aliud pro alio*⁸⁸.

ancora chiaro, invece, da quando cominci a correre il termine di prescrizione decennale: se dalla data della consegna (Cass., 14 gennaio 2022, n. 996, in *Contratti*, 2022, 416, con commento di L. CASTELLI, *Opera d'arte priva di autenticità: rimedi a disposizione dell'acquirente e disciplina della prescrizione* ivi, p. 417 ss. ma si veda anche Id., *Vendita di opera d'arte contraffatta, responsabilità e prescrizione*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, 1476 ss.. Precedenti conformi sono Cass., 25 gennaio 2018, n. 1889, cit.; Cass., 9 novembre 2012, n. 19509; App. Firenze, 6 novembre 2017, n. 2442), oppure dalla data della scoperta della falsità dell'opera (Cass., 31 maggio 2017, n. 13784).

⁸³ Così, da ultimo, la massima ufficiale di Cass. 27 novembre 2018, n. 30713.

⁸⁴ La notazione, decisamente assai interessante, risale a M. FARNETI, *Quali rimedi contrattuali in caso di vendita di opere d'arte di paternità controversa*, cit., pp. 432 ss., 436 ss., ma non ha trovato la giusta considerazione nella successiva dottrina.

⁸⁵ Cfr. M. FARNETI, *Quali rimedi contrattuali in caso di vendita di opere d'arte di paternità controversa*, cit., p. 442, cui si rinvia per ulteriori dettagli.

⁸⁶ Cfr. M. FARNETI, *Quali rimedi contrattuali in caso di vendita di opere d'arte di paternità controversa*, cit., p. 432 ss..

⁸⁷ Cfr. M. FARNETI, *Quali rimedi contrattuali in caso di vendita di opere d'arte di paternità controversa*, cit., pp. 446-447.

⁸⁸ Viene qui consapevolmente trascurata la considerazione di quell'orientamento che tende a privilegiare il rimedio fondato sulla mancanza o sul difetto di qualità essenziali del bene oggetto di vendita ex art. 1497 cod. civ., cui conseguirebbe la risoluzione entro i ristretti termini di prescrizione di un anno dalla consegna, e, soprattutto, di decadenza (otto giorni dalla scoperta) previsti dall'art. 1495 cod. civ.. L'utilizzazione di tale rimedio è stata obiettivamente limitata dal rigore dei termini previsti dalla legge. L'osservazione è abbastanza diffusa: cfr., infatti, per tutti, cfr. M. FARNETI, *Quali rimedi contrattuali in caso di vendita di opere d'arte di paternità controversa*, cit., pp. 489, 490 (nt.54), 492 (nt. 62), 497.



Questa linea di tendenza sembra essere, infatti, almeno a prima vista, l'impostazione in grado di attribuire rilievo al dato identitario dell'opera d'arte e, perciò, alla verità dell'attribuzione come elemento fondante della patologia e del correlativo rimedio⁸⁹.

Una volta superata l'idea dell'invariabile carattere aleatorio della compravendita⁹⁰, pure professata e non senza fatica superata, la dottrina e la giurisprudenza hanno finito per convergere sull'idea secondo la quale quando si sia avuta l'attribuzione di un dipinto ad un certo autore e questa attribuzione si sia rivelata falsa, ciò comporta la consegna di una cosa diversa da quella pattuita, con la conseguente risoluzione del contratto stipulato⁹¹.

Si tratta di una impostazione che, ormai, ha un carattere ampiamente diffuso e stabilizzato, così che oggi la si può considerare materia di uno *jus receptum* stabile e privo di rilevanti soluzioni di continuità⁹².

Ma, anche in questo caso, il particolare prisma dal quale ha preso le mosse l'indagine, impone di

⁸⁹ Può considerarsi superata la c.d. «tesi della consegna», ben sintetizzata fra gli altri (proprio in riferimento al caso delle opere d'arte) da C. GRASSETTI, *Verità, errore ed opinione circa la paternità dell'opera d'arte compravenduta* (nota a Trib. Milano, 12 giugno 1947), in *Giur. it.*, 1948, I, 2, p. 194 s., per il quale «effettuata la tradizione dell'identica cosa compravenduta e specificata (...) non vi è possibilità di parlare di inadempimento del venditore», poiché costui in realtà «adempie, e così ottempera all'obbligazione che a lui impone l'art. 1476, con la consegna di quella medesima cosa sulla quale si è stabilito l'accordo». V. similmente (discutendo anch'egli del caso commentato da Grassetti) F. CARNELUTTI, *Errore o inadempimento?*, cit., 261 s.. Si veda, altresì, C. ROSSELLO, *op. cit.*, p. 116.

⁹⁰ La dottrina più risalente si è a lungo battuta per escludere l'aleatorietà della vendita dell'opera d'arte come tale con riguardo alla provenienza dell'opera stessa. Sul tema, tra gli altri, in senso critico F. CARRESI, *Su una presunta aleatorietà della compravendita di opere d'arte*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, III, 865 s.; R. SACCO, *L'errore sulla paternità del quadro*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, II, 197 s.; ID., *Il contratto*, cit., 524 ss.; A. CAVALIERI, *op. cit.*, 781; A. CACCIA, *op. cit.*, 993 ss. Ciò non esclude, naturalmente, che l'acquisto possa avvenire configurando, in concreto, il contratto come aleatorio: cfr., sul punto, A. CACCIA, *op. cit.*, p. 997, nt. 12, ammettendolo però nella sola ipotesi di incertezza *soggettiva* sulla paternità; F. VOLPE, *op. cit.*, p. 445 (nt. 3); F. CARRESI, *op. loc. cit.*. Secondo R. CALVO, *Nessi tra errore sulle qualità e rimedi per vizi e difetti*, in *I contratti del turismo, dello sport e della cultura*, a cura di F. Delfini e F. Morandi, vol. n. 13, *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, Torino 2010, p. 611 l'acquisto di un'opera d'arte porta sempre con sé il rischio di una «sorpresa», concetto di incerto contenuto tecnico usato anche da A. DONATI, *Autenticità, authenticité, authenticity dell'opera d'arte*, pp. 988-989.

⁹¹ Sul tema cfr. la rassegna curata da M. FARNETI, *Quali rimedi contrattuali in caso di vendita di opere d'arte di paternità controversa*, cit., spec. p. 447 ss., cui *adde*: Cass. 27 novembre 2018, n. 30713 e Cass. 8 giugno 2011, n. 12527.

⁹² La dottrina più attenta non cessa, peraltro, di avvertire che sembrano registrarsi tendenze di un rinnovato «ritorno» ai vizi della volontà: M. FARNETI, *Quali rimedi contrattuali in caso di vendita di opere d'arte di paternità controversa*, cit., p. 497 ss.

interrogarsi sul senso che la «verità» dell'attribuzione gioca con riguardo alla vicenda contrattuale.

In realtà, l'esperienza giurisprudenziale, riguardata in questa particolare prospettiva, sembra suggerire qualche conclusione paradossale, ma perfettamente in linea con il quadro sistematico: la verità dell'attribuzione di un dipinto ad un certo autore costituisce un profilo determinante della «identità» dell'oggetto per come emerge nel quadro⁹³; ma proprio per questo la «verità» scolora nella impostazione programmatica dell'accordo contrattuale.

Si deve, infatti, considerare che la verità dell'attribuzione non rileva di per sé, ma solo come parametro per valutare l'esatto adempimento da parte del compratore, nella misura in cui abbia effettivamente assunto un impegno a trasferire la proprietà di un oggetto connotato da un puntuale e non discutibile connotato di autorialità. In altri termini, la verità dell'appartenenza di una certa opera alla mano di un certo artista rileva solo attraverso il riflesso che si manifesta nel programma contrattuale⁹⁴: quello che conta è il criterio identificativo dell'oggetto utilizzato nelle parti nel declinare l'assetto dei propri interessi e la sua capacità di essere selettivo. In alcuni casi, l'identificazione puntuale genera una certa, assoluta e necessaria appartenenza autorale come criterio identificativo. In altri casi, quelli di dichiaratamente incerta attribuzione o addirittura di variabilità aleatoria della paternità, l'identificazione dell'oggetto non dipende dal legame con il suo autore.

In una sola frase, dunque, si potrebbe dire che l'esperienza giurisprudenziale fa scolorare la «verità» nell'«identità» e, attribuendo rilievo alla seconda, esclude che la prima possa assumere una rilevanza autonoma, necessariamente dipendendo proprio dalla configurazione data dalle parti all'oggetto dell'obbligazione il rilievo, di volta in volta diverso, della verità dell'attribuzione ad un certo autore.

⁹³ Limpida l'affermazione contenuta in Cass. 26 gennaio 1977, n. 392, secondo la quale «L'appartenenza di un quadro all'autore indicato dai contraenti assume, nell'intendimento delle parti e secondo il comune apprezzamento di tali rapporti nel campo socio-economico, valore di mezzo specifico di identificazione della cosa venduta con carattere sostanziale, per cui, ove tale appartenenza risulti successivamente insussistente, deve ritenersi che la cosa trasferita è diversa da quella oggetto del contratto e non già la stessa cosa affetta da vizi redibitori o da mancanza di qualità promesse, con la conseguenza che compete all'acquirente l'azione di inadempimento per consegna di *aliud pro alio* e non l'Azione redibitoria prevista dall'art. 1495 cod. civ.»

⁹⁴ Cfr. la lucidissima e trascurata sentenza Cass. 11 marzo 1974, n. 639, in *Giust. Civ.*, 1974, p. 866, con nota di M. SESTA, *In tema di vendita di opera d'arte pattuita autentica*. Più di recente Cass. 1° luglio 2008, n. 17995 e Cass. 27 novembre 2018, n. 30713.

8. La «funzione oracolare».

Il novero delle possibili emersioni della «verità» in pittura non sarebbe completo se non si facesse riferimento ad una serie di esperienze che, indipendentemente dal profilo dell'alienazione dell'opera, lasciano emergere il problema dell'attestazione della provenienza del dipinto da un certo autore. Più precisamente, ci si riferisce a quelle ipotesi nelle quali si ipotizza la pretesa esistenza di un diritto ad ottenere una attestazione o un obbligo a rilasciarla o a correggerla. Oppure a quelle ipotesi che, in qualche modo, la pratica del mercato dell'arte sembra considerare, quantomeno a fini mercantili, equivalenti, come l'archiviazione «qualificata»⁹⁵.

In questi casi, l'attribuzione del dipinto sembra costituire davvero il centro assoluto dell'attività svolta, e quindi, corrispondentemente, sembra poter costituire un luogo privilegiato nel quale il tema della verità emerge in modo limpido ed incondizionato. Si tratta, infatti, di ipotesi che non hanno necessariamente connessione con una vicenda traslativa⁹⁶, nella quale i rimedi di carattere contrattuale, come si è visto, finiscono per marginalizzare il tema aletico e per cancellarlo. Nei casi cui ci si riferisce in questo momento, invece, l'attestazione della provenienza dell'autore è posta al centro stesso della vicenda che la riguarda e la esaurisce: perciò, almeno in via prima approssimazione, sembrerebbero essere il luogo ideale per verificare, se, almeno in via residuale ma significativa, si manifesti uno spazio per una rilevanza autonoma del vero nell'esperienza artistica della pittura.

Ovviamente, i casi ai quali ci si può riferire sono solo quelli nei quali si pervenga ad attribuzioni che

⁹⁵ Al tema dell'archiviazione sono dedicati, tra gli altri, alcuni studi. Impostazione interdisciplinare e in prospettiva comparata della fisionomia anche giuridica dell'archivio d'artista sono gli studi raccolti in: A. DONATI, R. FERRARIO, S. SIMONCELLI, *Archivi d'artista e lasciti: memorie culturali tra diritto e mercato*, Napoli, 2018. Tra gli altri studi, spesso solo descrittivi: A. DONATI, *L'archivio d'artista: "Trust me!"*, in *Trust, patrimoni artistici e collezioni-Trusts Artistic Estates, and Collections*, a cura di M. Cenini, Milano 2019, p. 199 ss.; F. BOSETTI, *Autentiche, perizie, archiviazioni di opere materiali delle arti figurative: verità e responsabilità tra diritto ed arte*, in *Danno e resp.*, 2021, p. 148; A. BARENGHI, *L'attribuzione di opere d'arte: vero o falso*, in *Corr. Giur.*, 2019, spec. p. 1102. Dal punto di vista penalistico, cfr., per tutti, A. VISCONTI, *Contraffazione di opere d'arte e posizione del curatore d'archivio*, in *Aedon*, 2020, p. 63 ss. Ma l'argomento è largamente affrontato anche nelle opere di carattere generale che si occupano dell'autenticazione.

⁹⁶ La dottrina non sembra distinguere le due ipotesi, confondendo, ma senza motivazione, i piani della discussione e svolgendo la discussione come se non ci fosse ragione di distinzione. Cfr., ad es., A. DONATI, *Autenticità, authenticité, authenticity dell'opera d'arte*, cit., p. 1017.

non consistono nell'affermazione di una mera probabilità di ascrizione, ma che giungano ad affermazioni inequivoche di appartenenza.

In dottrina, la terminologia è assai variegata e, alle volte, confusa⁹⁷.

Sicuramente rileva la considerazione della dichiarazione di autenticità svolta dall'autore del dipinto. Ma, una volta superata questa fattispecie, le varianti sono numerose. Ai fini dell'indagine che si sta svolgendo, è evidente che occorre espungere dal novero delle dichiarazioni che si stanno studiando ora le attribuzioni probabili od ipotetiche: si fa riferimento a quelle valutazioni tecniche, normalmente provenienti da esperti d'arte, o sedicenti tali, che manifestano il convincimento della certezza o dell'alta probabilità dell'attribuzione di una certa opera ad un artista o ad una scuola, o ad un periodo. Di solito, si tratta di attestazioni che riguardano opere realizzate nel passato non prossimo, e per le quali mancano indizi univoci: l'esperto, in quel caso, si limita a formulare delle ipotesi, che, per il loro contenuto, escludono il carattere categorico dell'affermazione, rappresentando solo un convincimento soggettivo, per quanto motivato.

In quest'ultimo caso, non si ha a che vedere con una dichiarazione rilevante sotto il profilo della verità, ma si ha a che fare con una libera manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.), sicuramente estranea all'ambito sul quale si sta ora conducendo l'indagine⁹⁸.

⁹⁷ Ad es. P. CIPOLLA, *La prova del falso d'arte, tra il principio del libero convincimento e l'obbligo di motivazione razionale*, in *Giur. Merito*, 2010, p. 2201 il quale distingue l'«autenticazione», propria del perito o dell'autore, dall'«accreditamento», che è di chiunque (in senso analogo, ID., *La falsificazione di opere d'arte*, ivi, 2013, p. 2032; ID., *L'arte contemporanea, la repressione penale del falso e l'art. 2, comma 6, d. lgs. 29 ottobre 1999, n. 490*, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 2463). G. FREZZA, *Arte e diritto*, cit., p. 43 s., distingue l'«accreditamento» dall'«autenticazione» in termini non del tutto corrispondenti. Il primo, che deriverebbe dalla collazione di tutte le informazioni disponibili sulla autenticità o la probabile attribuzione e la provenienza, non mira a conferire il crisma dell'autenticità ad un'opera, ma rinvia, *per relationem*, alle fonti dalle quali ricavare siffatta autenticità, certificandone l'esistenza. L'autenticazione, invece, sarebbe una dichiarazione di scienza, avente ad oggetto un parere tecnico. Nella prima può essere dato conto della seconda, ma questa rimarrebbe estranea all'accreditamento, che – così pare di intendere – opererebbe solo *ab extra*.

⁹⁸ Come quasi tutto nell'epoca nostra, anche l'autenticazione è oggetto di linee guida: v., infatti, *Linee guida per gli esperti che autenticano le opere d'arte*, trad. it. G. Magri, in *Aedon*, 2020, p. 165 ss.. È da osservare che le sedicenti linee guida chiariscono che esse «sono state redatte considerando l'expertise in materia di belle arti, ma possono essere utili per altri beni da collezione». Aggiungono, poi, che esse «suggeriscono le *best practice*, ma non forniscono una soluzione "taglia unica". Le verifiche e le linee guida da utilizzare possono variare a seconda dei casi» e che «non hanno alcun effetto legale e non costituiscono una consulenza legale. Gli esperti sono responsabili del rispetto



Quello su cui si vuole concentrare l'attenzione è, invece, una attribuzione di appartenenza che, in modo univoco e non probabilistico, attribuisca la paternità di un dipinto ad un certo artista (o la neghi).

Si tratta dell'esercizio di una sorta di «funzione oracolare» intesa a fornire una qualificata attestazione in ordine all'autenticità dell'opera: l'espressione indica, insomma, in senso ampio e riassuntivo, ma sicuramente problematico, l'esercizio di una attività (con riguardo alla quale è da valutare se possa configurarsi, e in che termini, una posizione privilegiata od esclusiva in capo a certi soggetti) che si manifesta con l'attribuzione della paternità dell'opera d'arte ad un certo soggetto.

Questa «funzione oracolare» coincide solo in parte con il «diritto di autentica»: espressione quest'ultima da riservare, con maggiore precisione, ai casi nei quali l'autore stesso provvede a certificare la paternità dell'opera ascrivendola alla propria attività. Il riferimento alla funzione «oracolare» vorrebbe alludere descrittivamente – ancora in modo problematico – all'attività con la quale terzi, diversi dall'autore rivendicano a sé il diritto eminente (comunque questo vada configurato) di pronunziarsi sull'attribuzione dell'opera ad un certo autore.

L'opportunità di tenere distinte le due situazioni nasce da considerazioni diverse ma convergenti: da un lato, come si vedrà, il diritto di autenticare le proprie opere da parte dell'autore origina da un quadro normativo esso stesso problematico e nel quale la sua stessa attività non pare essere presidio di verità, ma forma di tutela dell'atto creativo; dall'altro, l'adozione di una - almeno in linea di ipotesi - diversificata posizione soggettiva, consente di discutere senza pregiudizi i contenuti di un possibile diritto di esclusiva attribuito dall'autore a terzi o da questi appropriato, anche se non coincidente con il diritto di procedere all'autentica (ma, ad esempio, all'archiviazione delle sue opere) e di discutere della condizione giuridica che tali terzi assumono nei confronti del mercato.

È del tutto ovvio, e apparirà chiaro al termine della discussione, che la figura della funzione «ora-

degli obblighi legali nella/e giurisdizione/i in cui operano e devono ottenere un'eventuale consulenza legale a tale riguardo». Il culmine è dato dalla declinazione dei destinatari: «Le linee guida sono destinate a chiunque sia chiamato a fornire un'analisi o una perizia su un'opera d'arte (l'«Esperto»), compresi, ma non solo: Esperti indipendenti, artisti viventi, eredi di artisti, comitati, fondazioni e comitati di autenticazione. In questo contesto, agli esperti può essere richiesto di stabilire se un'opera è attribuibile (o meno) a uno specifico artista o di identificare l'autore di un'opera». Con il che, dunque, non si saprebbe quale significato attribuire a documenti di tal genere, formulati da sedicenti esperti che sintetizzano sedicenti *best practice*.

colare» costituisce solo uno strumento epistemologico atto a studiare la dinamica giuridica, per verificarne le implicazioni e le vicende. Anche con questo orizzonte limitato, lo studio di tale funzione finisce per essere un punto di osservazione particolarmente felice, mettendo in contatto con una dimensione nella quale la «verità» dovrebbe costituire il centro di rilevanza assoluto ed indiscutibile.

8.1. Le emersioni giurisprudenziali.

Ora, nella esperienza giurisprudenziale, questa sorta di «funzione oracolare» ha un profilo di oggettività giuridica completamente sfuggente, che si è andata alimentando di contenziosi frammentati ed occasionali, nei quali, alla fine, la tematizzazione imposta dalle circostanze ha finito per fare emergere un nucleo di riflessione del quale si indovina una possibile unità proprio legata all'attestazione di autenticità.

Le diverse questioni, hanno, infatti, lasciato emergere una specifica latitudine di questa «funzione oracolare», in fatto attribuita od esercitata, non soltanto dall'autore dell'opera, ma anche da eredi (più o meno voraci), spesso in conflitto tra di loro.

La realtà più recente dimostra che questo ruolo oracolare viene altresì svolto da entità di nuova costituzione che, per investitura ricevutane dall'autore o da suoi eredi, oppure per una sorta di investitura autopoietica, si arrogano non tanto il potere di autenticare, ma, più ipocritamente, di raccogliere in forma ufficiale (e spesso lautamente remunerata) le opere di un certo autore, con la conseguenza che l'inclusione nel catalogo ufficiale da esse curato, finisce per essere il discrimine tra un'opera che sul mercato si giova dell'indiretto riconoscimento ricevuto, ovviamente ai fini – invariabilmente prevalenti sul significato artistico – del valore cui avviene la sua commercializzazione.

In concreto, l'esperienza casistica che si è sviluppata è assai variegata e financo assai confusa: in essa si intrecciano una pluralità di situazioni, nelle quali si mischiano allegazioni di parte, prospettazioni subordinate, *ratio decidendi* e *obiter dicta*, che, uniti alla varietà delle condizioni di partenza, rischiano di alimentare un elevato tasso di confusione per effetto del quale non è sempre facile districarsi.

Ora, volendo condensare queste esperienze nella specifica prospettiva qui assunta, sembra di poter dire che i diversi casi fanno emergono tre diversi profili, intorno a ciascuno dei quali si ordinano alcune domande e che sollecitano risposte coerenti:

1. Il primo è costituito dal profilo soggettivo, nel quale emerge il tema della titolarità e

della distinzione delle situazioni giuridiche soggettive: in questa prospettiva si tratta di comprendere a chi spetti il diritto di autentica in senso stretto e se, nell'ambito dei soggetti diversi dall'autore, esistano specifiche e peculiari posizioni privilegiate.

2. Il secondo aspetto concerne il contenuto del diritto del quale si sta discutendo, che si riverbera sul suo carattere esclusivo e sulla sua trasferibilità: si tratta di interrogarsi se sia possibile concepire un monopolio di certe attività, e se tale situazione privilegiata possa essere oggetto di cessione e a quali condizioni.
3. Il terzo aspetto concerne la possibilità che il diritto di autentica costituisca, altresì, in determinate circostanze, un dovere o sia correlato ad una certa modalità di esercizio; e, perciò, se se ne possa pretendere la coercibilità, diretta o indiretta, o, quantomeno, si possa discutere l'esito di una attribuzione operata da determinati soggetti.

8.2. La titolarità.

Orbene, sotto il primo dei profili evocati, la dottrina⁹⁹ muove dall'opinione secondo la quale il diritto di autentica in senso stretto, cioè il diritto dell'autore di dichiararsi autore dell'opera, rientra nell'ambito dell'oggetto del diritto morale di autore e spetta a quest'ultimo quando è in vita: egli, ex art. 20 LDA, può, infatti, «rivendicare la paternità dell'opera e opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione od altra modificazione»; egli può, inoltre, opporsi a qualsiasi «atto a danno dell'opera stessa» che possa arrecare «pregiudizio al suo onore e alla sua reputazione», onde è l'unico legittimato alla dichiarazione di autenticità.

Per essere qualificata quale espressione del diritto morale di autore, la facoltà di autentica, nell'ottica di tale impostazione, si trasmetterebbe ai legittimari e alle altre categorie di eredi di cui all'art. 20 LDA, quale acquisto *iure proprio* (e non *mortis causa*) in occasione della morte, sottoposto alla condizione che il chiamato accetti l'eredità¹⁰⁰.

Nella prassi mercantile, si sostiene¹⁰¹, da tale impostazione dovrebbe discendere che il diritto di

autenticazione spetta in esclusiva, quando l'autore è morto, alle sole categorie individuate dall'art. 23 LDA, in particolare ai legittimari (ad esempio, al coniuge superstite e ai figli).

La dottrina reputa antagonista a questa ricostruzione l'opinione, che attribuisce alla giurisprudenza di merito, secondo la quale «l'expertise è un documento contenente un parere autorevole di un esperto in merito all'autenticità e all'attribuzione di un'opera e tale documento può essere rilasciato da chiunque ritenuto competente sul mercato, non trattandosi di un diritto riservato in esclusiva agli eredi dell'artista, i quali non possono, quindi, attribuire o negare a terzi, ad esempio critici d'arte o studiosi, la facoltà di rilasciare expertise in merito all'autenticità dell'opera del loro congiunto. La formulazione dei giudizi sull'autenticità di un'opera d'arte di un artista defunto costituisce espressione del diritto alla libera manifestazione del pensiero e, pertanto, può essere effettuata da qualunque soggetto accreditato esperto dal mercato»¹⁰².

L'impostazione stessa del problema, però, sembra meritevole di qualche considerazione critica, che nasce dalla constatazione di un vistoso errore argomentativo che nasce da una inesatta ricognizione del dato normativo.

La norma che protegge il diritto morale d'autore attribuisce a quest'ultimo la facoltà di rivendicare la paternità dell'opera d'arte. Tale diritto si accompagna all'esercizio di altre prerogative che hanno per oggetto la difesa dell'integrità dell'opera, specie quando queste possano riverberarsi a danno dell'onore o della reputazione del suo autore.

È importante osservare che questa disposizione suppone l'appartenenza all'autore dell'interesse ad ascrivere a sé il contenuto dell'opera: si tratta di un interesse che l'autore vede protetto nonostante ogni dismissione del diritto patrimoniale d'autore e che si conserva nel tempo, travalicando l'orizzonte della sua vita. È, insomma, una posizione giuridica soggettiva di carattere appropriativo e conservativo, che mira alla protezione di un diritto eminente sulla creazione intellettuale.

Ma andrebbe constatato che la disposizione *non obbliga* l'autore a dichiararsi tale, né attribuisce ai terzi il diritto a che l'autore si dichiari tale. Ancor più, e i casi giudiziari hanno dimostrato che non si tratta di una ipotesi peregrina¹⁰³, non si può escludere

⁹⁹ Recentemente, G. FREZZA, *Cultura, arte e diritto*, cit., p. 226.

¹⁰⁰ Per tutti, da ultimo, A. BUSANI, *La successione mortis causa*, Milano, 2020, pp. 46-47, G. DI GIOVINE, *Presupposti e requisiti della successione*, in *Successioni e donazioni*, I, a cura di G. Iaccarino, Milano, 2017, p. 149, cui *adde* P. VERCELLONE, *Problemi sulla cosiddetta successione nel diritto morale dell'autore*, in *Dir. econom.*, 1962, p. 801.

¹⁰¹ G. FREZZA, *Cultura, arte diritto*, cit., p. 226.

¹⁰² Cfr. Trib. Roma, 16 febbraio 2010, in *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 1730 ss. con nota di G. FREZZA, *Opera d'arte e diritto all'autenticazione*, *ivi*, 1734. V., inoltre, App. Milano, 18 aprile 2017, n. 1654; Trib. Roma, 31 marzo 2010; App. Roma, 8 giugno 2010, n. 3657; Trib. Milano, 17 aprile 2014, n. 5552.

¹⁰³ Si fa riferimento al caso De Chirico, il celebre pittore che ebbe a disconoscere un quadro, provocandone il sequestro, dopo averlo firmato due volte e aver confermato l'autenticità della firma posta sul retro della tela in presenza di un notaio. Il caso è



re che l'autore possa non riconoscere o, addirittura, positivamente disconoscere il frutto della propria produzione, anche dopo averla riconosciuta reiteratamente¹⁰⁴.

D'altra parte, è anche vero che non esiste nessuna previsione che non consenta ad altri, non autori, di attribuire un'opera all'attività di un certo soggetto. Non è dunque vietato, di per sé, che altri attribuisca a qualcuno il ruolo di autore di un dipinto.

La prevalenza che, in vita, ha la dichiarazione dell'autore che rivendica a sé la paternità dell'opera sulle affermazioni di terzi che gliela attribuiscono, si estrinseca nell'appropriazione dell'opera a sé da parte del dichiarante. Ma questo limitato esercizio non ha un connotato di esclusiva ed è funzionale solo al riconoscimento del ruolo rivendicato.

Al di fuori di questa – fondamentale ma circoscritta – attribuzione, il ruolo che la norma svolge non è certamente quello di escludere altri dalla possibilità di attribuire a soggetti diversi da sé il ruolo di autore. Allo stesso modo in cui, la norma è fonte di una facoltà, ma non certamente di un obbligo.

Se si volesse sintetizzare, sul punto, bisognerebbe forse dire che il «diritto» di autentica si estrinseca in una mera facoltà, che attribuisce all'autore il

ricordato e discusso da G. FREZZA, *Arte e diritto*, cit., 78 ss., 164 ss.. Nel ricordare il caso, A. DONATI, *Autenticità, authenticité, authenticity dell'opera d'arte*, cit., p. 995, evoca il negozio di accertamento in quello schema inquadrando la dichiarazione di autentica dell'artista. Ma della categoria si è già discusso supra e può bastare un rinvio a quanto discusso per suggerire la completa assenza di significato della qualificazione proposta: cfr. supra § 3.3.

¹⁰⁴ Ovviamente, questo non significa che ove, in concreto il disconoscimento abbia determinato un danno, questo non sia risarcibile secondo l'art. 2043 cod. civ.. Così, nel caso citato alla nota che precede, la Cassazione (Cass. 4 maggio 1982, n. 2765) stabilì che «L'acquirente di un quadro, che si sia determinato all'acquisto facendo ragionevole affidamento sull'autenticità dell'opera, desumibile dall'apposizione della propria firma (sul retro del dipinto) da parte del pittore, può agire per responsabilità extracontrattuale nei confronti di quest'ultimo, in ipotesi di accertamento della falsità del quadro e dell'apposizione della indicata firma senza un previo diligente controllo sull'autenticità dell'opera, al fine di ottenere il risarcimento del danno conseguente alla lesione del diritto di determinarsi liberamente nello svolgimento dell'attività negoziale relativa al patrimonio (costituzionalmente garantito entro i limiti di cui all'art. 41 cost.), facendo ragionevole affidamento sulla veridicità delle dichiarazioni, da chiunque rese, comunque concernenti quella attività, e senza essere pregiudicato da dichiarazioni non veritiere, rese per dolo o per colpa (in violazione dei doveri inderogabili di solidarietà sociale sanciti dall'art. 2 cost.)». La Corte d'Appello (App. Roma, 26 luglio 1978) aveva limitato la responsabilità al solo primo acquirente dell'opera. Al riguardo, però, va osservato che la protezione accordata dall'art. 2043 cod. civ. dipende dall'estensione di quest'ultima norma, in particolare con riferimento alle situazioni giuridiche soggettive che vengono lese dalla condotta del soggetto reputato danneggiante. Sono infatti queste ad assumere spicco primario: non certo la relazione dell'autore con la propria opera.

diritto di rivendicare il suo ruolo; ma che tale facoltà non esclude che altri possano, nell'ambito dell'esercizio della propria libertà di pensiero, attribuire paternità autorali. Il limite di questo esercizio da parte di terzi è segnato proprio dall'esercizio del diritto morale d'autore, garantito dalla legge all'autore dell'opera, mentre è in vita, e dal diritto di sfruttamento economico ove l'attività, in concreto, ne costituisca fonte di pregiudizio¹⁰⁵.

Ma è anche vero che, come in altri casi giurisprudenziali si è verificato, si può avere la rivendicazione della paternità dell'opera da parte di un soggetto che, in realtà, non ne è l'autore¹⁰⁶.

Questa ipotesi consente, a ben vedere, all'autore reale di contestare la veridicità dell'affermazione; ma analoga possibilità vi è per i terzi, che possono, contestare l'appartenenza dell'opera all'attività di chi se ne affermi autore, ove abbiano un interesse giuridicamente apprezzabile.

Ora, se così è, è evidente che una funzione oracolare non è materia di esclusiva in favore dell'autore, se non al «limitato» fine di rivendicare la paternità dell'opera. Non sembra che vi possano essere basi positive per affermare l'esercizio in via esclusiva di quella che, in via di sintesi, si è chiamata «funzione oracolare». Nella peculiare prospettiva dell'indagine qui condotta, è, però, evidente che il valore protetto dal complessivo assetto normativo non è certamente costituito dal valore veritativo dell'attribuzione. Il bene effettivamente protetto è la posizione dell'autore dell'opera dell'ingegno, nei limiti in cui l'autore abbia l'interesse a rivendicarla. Quando non sia questo l'interesse da proteggere o non siano i titolari di questo interesse ad agire, la verità dell'attribuzione perde ogni rilievo giuridico e non è possibile identificare il titolare di un interesse protetto alla verità dell'attribuzione come tale.

8.3. L'oggettività giuridica e trasferibilità.

Ciò influisce in modo rilevante anche sulla posizione degli eredi, che ripetono dal *de cuius* solo un diritto di rivendicare la paternità dell'opera. Come è noto, si discute in dottrina se l'attribuzione all'erede delle facoltà di cui all'art. 23 LDA debba intendersi riferita ad una vicenda successoria, oppure se l'erede acquisti *jure proprio* simili facoltà.

¹⁰⁵ Per un esempio cfr. il caso ricordato alla nota (111) e testo corrispondente.

¹⁰⁶ Si fa riferimento al caso francese c.d. Spoerri, sul quale Cass. civ., sez. I, 5 febbraio 2002, ampiamente discussa da A. DONATI, *Autenticità, authenticité, authenticity dell'opera d'arte*, cit., p. 1013 ss., cui si rinvia anche per ulteriore bibliografia.

La prima soluzione sembrerebbe essere meno diffusa e sostenuta, preferendosi, dalla dottrina maggioritaria, ritenere che l'acquisto avvenga a titolo originario in capo all'erede, proprio per il difetto di patrimonialità della situazione giuridica soggettiva già facente capo all'autore premorto¹⁰⁷.

Ma, a prescindere da tale aspetto, la vicenda che si genera a partire dalla morte del *de cuius* non può attribuire all'erede prerogative più estese rispetto a quelle che competevano all'autore non più in vita.

Ferma, dunque, la possibilità la possibilità, per l'erede, di attendere alla rivendicazione della paternità dell'opera, allo stesso modo in cui potrebbe opporsi ad operazioni che ne alterassero l'integrità o altrimenti determinassero una lesione dell'onore dell'autore, in realtà, come tali, gli eredi non sono sicuramente titolari in via esclusiva dell'esercizio qualificato di una «funzione oracolare»¹⁰⁸. La prassi mercantile che viene riferita dalla dottrina e che tenderebbe ad attribuire agli eredi una speciale posizione, non ha, dunque, fondamento giuridico. Al più, si potrebbe prospettare un (assai spesso interessato) fondamento fattuale.

Queste considerazioni, tuttavia, dovrebbero convincere che l'interesse protetto è quello di assicurare il riconoscimento della autorialità in capo ad un determinato soggetto. L'esercizio della facoltà da parte dell'erede (come, del resto dell'autore) non assicura, di per sé, la verità dell'attribuzione, né ne dà assicurazione. La posizione antagonista rispetto a quella dell'erede, infatti, non è quella assunta da colui che contesta l'autenticità, ma quella di chi contesta l'autorialità arrogandosela. Ciò, ovviamente, può comportare l'affermazione del difetto di veridicità dell'attribuzione, ma il centro effettivo della discussione è costituito dalla autorialità in capo al rivendicante. In altre parole, nella prospettiva della contestazione in ordine all'esercizio delle facoltà di cui all'art. 23 LDA, ciò che può assumere rilievo è unicamente l'esistenza di altro autore che rivendichi a sé la paternità dell'opera.

Ora, se le considerazioni appena svolte hanno qualche fondamento, ne deriva che viene a dissolversi anche il problema della possibilità di trasferire una sorta di posizione privilegiata in capo a terzi, che assicuri un qualche potere giuridico esclusivo di autentica.

Se, infatti, il potere di autentica, come tale non esiste, se non a tutela dell'appartenenza dell'opera

all'autore, è evidente che detto profilo non può certo essere trasferito ad altri.

Tali considerazioni, perciò, dovrebbero escludere che l'autore di uno o più dipinti possa attribuire a qualcuno il potere giuridico di esercitare in via esclusiva un potere di autentica.

9. I gestori di archivi.

La prassi mercantile (è il caso di dirlo) ha però coltivato altri tentativi che ruotano sulla creazione di soggetti giuridici che hanno come scopo – non di rado solo apparentemente definito *no-profit* – di catalogare le opere di un determinato artista, collazionandone i lavori e censandone la produzione. Si tratta di un fenomeno difficilmente riconducibile ad unità e che conosce varianti anche assai significative: si va dalla creazione di associazioni, normalmente tra gli eredi, per l'esercizio coordinato delle prerogative di cui alla LDA, fino alla creazione di enti diversi, nei quali agli eredi di un artista spesso si accompagnano commercianti d'arte; non mancano, poi, fondazioni che, con l'integrazione di finalità della più varia specie, si propongono di essere custodi degli archivi di un determinato artista, del quale assumono di possedere l'intero catalogo, ovviamente in via esclusiva¹⁰⁹. Non di rado tali soggetti sono interrelati a case d'aste o a rivenditori professionali, i quali accettano di commercializzare solo opere censite da tali «entità oracolari».

Si tratta di forme che, ovviamente, non hanno nulla di illecito. Tuttavia, sul piano tecnico giuridico, lo svolgimento in fatto di una siffatta attività non può condurre al riconoscimento di un diritto eminente di tali enti di procedere ad una ricognizione che possa vantare una posizione di privilegio giuridico¹¹⁰.

Osta a tale singolare pretesa, in primo luogo, la circostanza che, al di fuori delle prerogative indicate

¹⁰⁹ Alla archiviazione si dedica un'attenzione sempre crescente, non a caso alimentata da pratici che diffondono con generosità l'uso del mezzo, all'uopo non mancando di costituire associazioni che dovrebbero coalizzare queste entità. Alcune vicende che hanno portato alla nascita di alcune di queste realtà sono riferite, con la serietà dello studioso, da G. FREZZA, *Arte e diritto*, cit., p. 39 ss..

¹¹⁰ La giurisprudenza guarda con particolare sfavore a tali fenomeni che mirano a creare veri e propri monopoli. Scrive C.E. MEZZETTI, *Da Fontana, a Banksy, a Haring: archivi d'artista in Tribunale*, in *Giur. It.*, 2020, p. 1940 che «Gli "archivi d'artista" non si propongono tanto (o solo) di custodire un patrimonio documentario a fini di pubblica fruizione, quanto piuttosto di essere custodi qualificati dell'attribuzione delle opere all'artista e promotori della conoscenza della sua figura, pretendendo talvolta un monopolio sulla proiezione culturale e sociale della personalità dell'artista stesso. Le recenti pronunce in esame segnano un ridimensionamento di tale ruolo».

¹⁰⁷ Cfr. la dottrina citata *supra* alla nota (100)

¹⁰⁸ Lo riconosce anche A. DONATI, *Autenticità, authenticity, authenticity dell'opera d'arte*, cit., p. 995, la quale, però, singolarmente scrive che si tratterebbe di «soggetti ai quali, d'altra parte, l'ordinamento riconosce una particolare attendibilità». Ma tale «attendibilità» particolare non si sa dove trovi base positiva.



dalla LDA, non vi sono nel nostro ordinamento norme che autorizzino il trasferimento al fuori della cerchia dei legittimari delle posizioni giuridiche che si indicano come «diritto morale d'autore». Dunque, non potrebbe un qualsiasi ente essere titolare in proprio di situazioni giuridiche soggettive che non possono essere trasferite.

In secondo luogo, poi, e corrispondentemente, non vi è la possibilità tecnica di attribuire a queste entità una posizione di esclusiva: può essere solo la serietà del lavoro che svolgono e il credito di cui riusciranno ad essere destinatarie a giustificare il loro prestigio sul mercato. Certo è che, quale che sia l'investitura che si arrogheranno (o che si arrogano), tali enti sedicenti certificatori non hanno sicuramente la possibilità di accampare una loro eminente posizione rispetto agli altri soggetti dell'ordinamento.

Insomma, tali enti rilasciano semplici pareri tecnici, seppur spesso assai autorevoli, in considerazione della composizione del comitato scientifico e della fiducia loro accordata dal mercato stesso.

Proprio per l'assenza di un diverso rango non è raro che, per certi artisti (non a caso, quelli particolarmente premiati dal mercato) nascano una pluralità di enti, non di rado in lotta tra loro. La giurisprudenza, pur non negando il diritto di ciascun ente di esprimere le proprie valutazioni, ha affermato che «la riproduzione di opere d'arte, allorché sia integrale e non limitata a particolari delle opere medesime, non costituisce alcuna delle ipotesi di utilizzazione libera; per godere del regime delle libere utilizzazioni, detta riproduzione deve essere strumentale agli scopi di critica e discussione, oltre che al fine meramente illustrativo correlato ad attività di insegnamento e di ricerca scientifica dell'utilizzatore e non deve porsi in concorrenza con l'utilizzazione economica dell'opera che compete al titolare del diritto: diritto che ricomprende non solo quello di operare la riproduzione di copie fisicamente identiche all'originale, ma qualunque altro tipo di replicazione dell'opera che sia in grado d'inserirsi nel mercato della riproduzione, e quindi anche la riproduzione fotografica in scala»¹¹¹.

Insomma, come si comprende, la logica che governa anche la relazione tra enti che si attribuiscono compiti di catalogazione, è sempre data da una impostazione che guarda al diritto d'autore e (anche) ai suoi contenuti patrimoniali, escludendo il rilievo di una certificazione che certamente nessuno di tali

¹¹¹ È questa la massima della ord. Cass. 8 febbraio 2022, n. 4038 che ha chiuso la controversia tra gli eredi del pittore M. Schifano e la Fondazione M.S. Multistudio, che era stata affrontata già da C. App. Milano 18 aprile 2017, n. 1654, risultata cassata.

enti è in grado di poter rilasciare con un particolare crisma di preminenza giuridica.

9.1. La contestazione sulla archiviazione.

Un altro aspetto da considerare è dato dal ricorrente tentativo di far emergere una sorta di «diritto all'autentica» o una sorta di diritto «all'archiviazione qualificata» attraverso forme indirette di coazione, disegnando scenari di pretese oblique che hanno come scopo finale quello di permettere una giustiziabilità dell'accertamento di autenticità dell'opera d'arte¹¹².

Il tentativo più ampio che si è andato profilando è consistito nell'istituire un legame assai saldo tra l'autentica e il valore del bene. Muovendo dalla pretesa l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'azione di accertamento (che dovrebbe consentire l'esperimento anche al fine di accertare l'effettivo valore del bene), considerando l'opera d'arte come bene in senso giuridico comprendente anche l'*utilitas* e nella prospettiva di una nozione funzionale della proprietà dell'opera, si arriva a profilare l'esercizio di una azione di accertamento di autenticità dell'opera che dovrebbe indirizzarsi, addirittura, verso enti certificatori (*rectius*, sedicenti tali)¹¹³.

In particolare, si ritiene che, ove il c.d. ente certificatore, a cui si domanda l'archiviazione a seguito della conclusione di un contratto di prestazione intellettuale, emetta un parere negativo, il diniego di archiviazione potrebbe essere fatto oggetto di domanda di accertamento giudiziale dell'autenticità.

La risposta usualmente data, di carattere negativo, basata sull'assunto, proprio della giurisprudenza di merito, secondo cui si accertano diritti e non fatti,

¹¹² Si tratta di un tentativo assai ricorrente che emerge, a volte, con modalità assai lontane dal rappresentare minimamente sufficienti sforzi di carattere argomentativo. Tra gli altri, v., di recente, A. POSTIGLIONE, *L'accertamento dell'autenticità dell'opera d'arte tra diritto e processo: norme, sentenze, prospettive*, in *Arte e diritto*, 2022, p. 293 ss., che ipotizza, con sconcertante leggerezza e con evidenti incomprensioni, il ricorso all'abuso del diritto e conclude che «il giudice, anche qui mediante l'espletamento di una consulenza tecnica di ufficio, e tenendo in debita considerazione gli ulteriori elementi che parte attrice è onerata fornire per delineare un quadro univoco di abuso del diritto (si pensi alle la sussistenza di chiari inequivoci e concomitanti elementi probatori che propendono per l'autenticità dell'opera a fronte di una rifiuto di catalogazione contraddittorio o apodittico), può pervenire ad un giudizio di condanna anche in forma specifica o per equivalente, a sostegno della quale il giudice potrebbe anche porre a sostegno delle misure coattive quali quelle previste dall'articolo 614-bis c.p.c.».

¹¹³ G. FREZZA, *Arte e diritto*, cit., pp. 76 ss., 91 ss.; ID., *Cultura, arte e diritto*, cit., p. 231 ss..



sarebbe da respingere perché la sfera patrimoniale relativa al potere di disposizione del bene «opera d'arte» verrebbe irrimediabilmente compromessa, soprattutto quando l'ente certificatore è quello più accreditato dal mercato dell'arte¹¹⁴.

Si tratta di una opinione che suscita ben più di una perplessità.

In primo luogo, è davvero difficile condividere l'affermazione secondo la quale esista una libera manifestazione del pensiero libera ed incoercibile, e una forma di manifestazione del pensiero che, per qualche insondabile ragione, dovrebbe, invece essere assistita da un crisma di «serietà, affidabilità, fondatezza, controllabilità degli esiti»¹¹⁵ e possa, dunque, essere verificata secondo un qualche parametro che ne decreti il successo o l'insuccesso.

Si tratta di una distinzione che non ha nessuna base positiva, a fronte della inesistenza di una qualsiasi posizione di certificazione che possa comunque essere riconosciuta o attribuita all'estensore di tali valutazioni, anche solo ai fini dell'archiviazione¹¹⁶.

In secondo luogo, poi, rimarrebbe davvero difficile immaginare che possa darsi spazio ad una azione che assuma ad oggetto un dato di mero fatto: a parte la circostanza che, da sempre, la tradizione ha escluso che l'azione potesse avere ad oggetto un fatto e non un diritto, resta anche vero che la stessa logica della protezione del valore del bene è, in realtà, il frutto di un vero e proprio errore di prospettiva. Occorre, infatti, considerare che, anche a voler ammettere che l'azione di accertamento possa avere ad oggetto la provenienza di un'opera come elemento integrante l'*utilitas* che quell'opera è in grado di esprimere, si ignorerebbe che, in realtà, il preteso valore non dipende dall'opera, ma dal mercato. Immaginare, perciò, una contestazione sull'autenticità, che costituirebbe il risvolto del valore economico di un certo bene, significherebbe dimenticare il carattere solo parziale dell'accertamento, giacché la provenienza del dipinto costituisce solo una delle componenti del valore (sempre ammettendo che se ne possa chiedere

l'accertamento davanti ad un giudice). Insomma, se anche fosse davvero possibile pensare ad una tutela del valore, l'azione sull'autenticità non sarebbe comunque in grado, di per sé, di assicurarne la protezione.

La giurisprudenza è stata – e giustamente – assolutamente negativa al riguardo¹¹⁷.

Le Corti hanno sempre mosso il loro ragionamento dall'idea che il parere rilasciato da qualsivoglia ente che si assuma il ruolo di certificatore costituisce un'opinione libera (art. 21 cost.). A fronte di ciò all'interrogativo se esista un potere del giudice di accertare l'autenticità di una attribuzione, ove sia contestata, riceve risposta negativa. Si afferma che «*se è vero che l'azione di accertamento giudiziale o cognizione ha per obiettivo l'enunciare l'esistenza di un diritto come volontà prescrittiva della legge nel dirimere un caso concreto, allora verrebbe qui in considerazione esclusivamente l'attività di "mero accertamento", ovvero la diversa esigenza di determinare la certezza o meno sull'esistenza di un diritto. L'accertamento, infatti, qui non appare finalizzato a conferire verità processuale e a rendere effettiva una norma applicabile nel caso concreto, bensì solo ad accertare un diritto astrattamente considerato*».

L'attenzione deve essere quindi focalizzata su quale sia il diritto che si «*ritiene dover essere oggetto dell'accertamento giudiziale. Tale diritto non può riguardare naturalmente la proprietà dell'opera, essendo pacifico ed indiscusso che l'opera d'arte pittorica sub iudice appartiene a parte attrice, né può riguardare il diritto morale d'autore*», che appartiene ai soggetti indicati dall'art. 20 LDA¹¹⁸. La domanda non ha ad oggetto l'accertamento di un diritto¹¹⁹, bensì la verifica

¹¹⁷ Cfr., in particolare, Tribunale di Roma 26 giugno 2019, n. 13461 ha ritenuto che «l'azione di accertamento non può avere ad oggetto, salvo i casi eccezionalmente previsti dalla legge, una mera situazione di fatto, ma deve tendere all'accertamento di un diritto che sia già sorto, in presenza di un pregiudizio attuale e non meramente potenziale, principio già espresso nel caso Schifano (21 giugno 2018)». Diversa la posizione dei giudici di Milano, per alcuni dei quali (Tribunale di Milano 15.03.2018; Corte d'Appello di Milano 11.12.2002) non si tratta di un'azione di mero accertamento in quanto la negazione della paternità dell'opera arreca un danno, spesso di rilevante entità al diritto di proprietà incidendo sino ad annullarlo sul valore e su un eventuale prezzo di vendita dell'opera.

¹¹⁸ Così Trib. Roma 15 maggio 2017, in *Foro it.*, I, c. 3772 ss. con nota di G. CASABURI, *Originalità, creatività, elaborazione creativa, citazione e plagio: profili evolutivi (specie in riferimento alla prova dell'arte contemporanea)*.

¹¹⁹ Si tratta di un rilievo assai diffuso: Tribunale di Roma 26 giugno 2019, n. 13461 ha ribadito, in linea con l'orientamento tradizionale, che «l'azione di accertamento non può avere ad oggetto, salvo i casi eccezionalmente previsti dalla legge, una mera situazione di fatto, ma deve tendere all'accertamento di un

¹¹⁴ Cfr., spec., G. FREZZA, *Arte e diritto*, cit., p. 75 ss.

¹¹⁵ Così G. FREZZA, *Arte e diritto*, cit., p. 58 s.

¹¹⁶ Riconosce l'assenza di qualsiasi riferimento legislativo che accrediti la posizione di tali enti, G. FREZZA, *Arte e diritto*, cit., p. 40. Analoga l'osservazione di A. DONATI, *Autenticità, autenticità, authenticity dell'opera d'arte*, cit., 994, che, tuttavia, ricorda, sul piano comparatistico, come, in Francia, oltre alla inalienabilità durante la vita dell'artista e imprescrittibilità, è altresì riconosciuta a favore dell'artista la facoltà di disporre *mortis causa* del proprio diritto morale nonché di nominare con testamento un ente terzo, preposto alla gestione dei diritti morali dell'artista stesso dopo la sua morte (L 121-1 del CPI): la fondazione, o l'associazione, come titolari esclusivi dell'esercizio del potere di riconoscere l'attribuzione di un'opera e tutelarne la paternità (*ivi*, 1000).

dell'esistenza di tutta una serie di qualità del bene, quali il tratto, i colori, l'uso di una determinata tela o di un certo soggetto, i quali, se insieme considerati, possono condurre e concorrere ad un giudizio di probabilità in relazione all'esecuzione da parte di un determinato artista, che operava secondo schemi noti.

Anche a fronte della diffusione di tale orientamento, non è mancata qualche dissonanza nella giurisprudenza¹²⁰.

Particolarmente interessante è la sentenza resa dalla Corte d'Appello di Milano¹²¹ che, pur muovendo dall'affermazione secondo la quale l'accertamento richiesto non potrebbe in alcun modo incidere sulla libera manifestazione del pensiero degli esponenti della Fondazione che si erano rifiutati di procedere alla catalogazione dell'opera e che – si soggiunge – da nessuna sentenza potrebbero essere condannati ad emettere certificati di autenticità, ha ritenuto che fosse legittimo permettere al proprietario del bene di esercitare il suo diritto di proprietà *erga omnes*, vedendo riconosciuta, ove la domanda fosse stata accolta, una caratteristica essenziale del bene.

Si è, pertanto, ritenuto sussistente e concreto l'interesse della parte istante ad eliminare ogni incertezza circa l'esatto contenuto del suo diritto di proprietà, il cui esercizio risulterebbe, altrimenti, pregiudicato dalle contestazioni della Fondazione, che, per tale ragione, potrebbe assumere la veste di legittimata passiva rispetto alla domanda svolta.

Si tratta di una presa di posizione che, senza neppure lo sforzo di finezza argomentativa della dottrina che ha coltivato questa ardua strada con ben altro spessore¹²², propone un rozzo tentativo di attribuire all'esercizio del diritto di proprietà il fondamento dell'azione, nello stesso tempo ricono-

diritto che sia già sorto, in presenza di un pregiudizio attuale e non meramente potenziale.

Per i giudici di Milano, invece, che si sono espressi sull'autenticità di opere di Lucio Fontana (Tribunale di Milano 15 marzo 2018) e di Piero Manzoni (Corte d'Appello di Milano 11 dicembre 2002) non si tratta di un'azione di mero accertamento in quanto la negazione della paternità dell'opera arreca un danno, spesso di rilevante entità, al diritto di proprietà, incidendo, sino ad annullarlo, sul valore e su un eventuale prezzo di vendita dell'opera.

¹²⁰ Oltre al caso discusso *infra*, nel testo, cfr. Trib. Milano, 4 ottobre 2006, secondo la quale «L'interesse all'accertamento dell'autenticità di un'opera pittorica è giuridicamente rilevante ed azionabile in giudizio quando l'autenticità sia contestata dai curatori del catalogo dell'opera di un artista, che si propongono di redigere un catalogo completo, e subordinino la restituzione al proprietario all'apposizione di un'indicazione di falso ed all'assunzione dell'impegno a non venderla quale opera originale» (Aida 2007, Repertorio I.5.1).

¹²¹ App. Milano, 4 maggio 2020, n. 1054.

¹²² G. FREZZA, *Arte e diritto*, cit., spec. p. 75 ss.; ID., *Cultura, arte e diritto*, cit., p. 231 ss.

scendo, non senza evidente contraddizione logica, la libertà di manifestazione del pensiero della fondazione che aveva rifiutato di procedere all'archiviazione.

Peraltro, il significato effettivo del precedente è assai più modesto di quello che una affermazione sconsiderata, come quella che è stata ricordata, lascerebbe ritenere. La decisione, infatti, benché astrattamente ammetta la tutelabilità da parte del collezionista dell'attribuzione, giunge al *rigetto* della domanda. Si tratta, perciò, di un non raro caso di clamoroso e vuoto *obiter dictum*. Sarebbe stato davvero interessante verificare quale avrebbe potuto essere la decisione effettiva, una volta che ci si fosse indirizzati verso l'accoglimento della domanda svolta da parte del collezionista che pretendeva il riconoscimento dell'autenticità.

Insomma, non resta che riaffermare la fondatezza delle conclusioni tradizionali, escludendo che esista un «diritto alla archiviazione» oppure che sia suscettibile di sindacato giurisdizionale il «diniego di archiviazione» da parte del proprietario di un'opera d'arte nei confronti di un soggetto che abbia assunto (per apparente e comunque meramente empirica investitura dell'autore, o per altre ragioni) il ruolo di raccoglitore delle opere di un certo artista.

10. Ceneri di verità.

Il lungo percorso svolto giunge così al suo epilogo.

Le conclusioni che sono state raggiunte dopo l'ampia ricognizione svolta, permettono di escludere che nella pittura, come in altre aree del diritto civile, la verità possa assumere rilevanza autonoma e primaria, e possa perciò fruire di uno statuto di protezione come tale.

Vale questa osservazione a giustificare un minor significato della verità, o dovrebbe indurre una considerazione negativa sulla condizione del nostro ordinamento?

A dire il vero, queste considerazioni sembrerebbero davvero eccessive: la verità, in molti casi, viene coltivata per ragioni che sono davvero diverse dalla purezza che la parola, con la sua carica etica, sembrerebbe suggerire.

In pittura, la verità, in realtà, non serve a secondare la genuinità del gesto artistico o il senso profondo della creazione di un artista o la potenza espressiva colta dal fruitore dell'opera.

L'ansia della verità in pittura, come in certe altre esperienze dell'umana vicenda, traduce assai più di frequente un disegno assai poco nobile: quello di appropriarsi della radice di un primato o di un valo-

re economico da realizzare o conseguire, sbandierando l'appartenenza dell'opera alla produzione di un determinato artista come elemento per fruire della spinta delle mode e del conseguente incremento del valore.

La verità in pittura, in fondo, non protegge né l'artista né il fruitore genuino del gesto artistico. Rischia di diventare lo strumento sinistro della protezione del mercante di oggetti, il cui valore economico è frutto di una dinamica che, con il bello, comunque lo si intenda, nulla ha a che vedere.

Come nulla a che vedere ha la «verità in pittura» con la Verità.



IL COORDINAMENTO TRA LA DIRETTIVA 2019/770 E IL GDPR. L'INTERESSATO-CONSUMATORE*

Di Salvatore Orlando

| 222

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Sul riconoscimento normativo della funzione ‘remunerativa’ dei dati personali e dei fenomeni indicati comunemente ed indistintamente con le espressioni ‘monetizzazione’ e ‘patrimonializzazione’ dei dati personali – 3. Sulla formula dell’art. 3, par. 1 DCD – 3.1 Scomparsa ingiustificata del riferimento ai dati non personali – 3.2 Sull’imprecisa formulazione delle ipotesi di applicazione e non applicazione della direttiva – 4. Contro la proposta di ampliare la nozione di «prezzo» nella DCD fino a ricomprendervi i dati personali, e a favore della più ampia nozione di «remunerazione», già impiegata nel Codice europeo delle comunicazioni elettroniche, in quanto idonea a ricomprendere i dati personali e i dati non personali – 5. Il consenso. – 5.1 Critica della tesi per la quale ai sensi dell’art. 3, par. 1 DCD il consumatore si impegnerebbe a fornire il consenso al trattamento – 5.2 Critica della tesi di un consenso privacy distinto dal consenso contrattuale – 5.2.1 Introduzione: la necessità di cercare le ragioni del consenso privacy – 5.2.2 La necessità di guardare alle norme imperative sulle forme di manifestazione della volontà e sui limiti imposti dalla legge. In particolare sulla manifestazione di volontà dell’interessato-consumatore: i requisiti previsti dall’art. 4 n. 11 GDPR come requisiti di diritto europeo della volontà del consumatore-interessato nei contratti previsti dall’art. 3(1) DCD – 5.2.3 In particolare sui limiti imposti dalla legge: i caratteri che impongono di distinguere i dati personali dal denaro e dalla generalità dei beni – 5.2.4 La necessità di guardare alle specifiche finalità del trattamento per comprendere la funzione o causa del consenso come atto di autonomia: la fornitura di dati personali in funzione servente (‘dati serventi’), in funzione remunerativa (‘dati remuneranti’) e come prestazione caratteristica del contratto. La granularità causale – 5.2.5 (segue) sulla granularità causale anche all’interno di fasci di finalità di trattamento legittime. In particolare, le norme del DSA che prevedono il consenso degli utenti sui parametri del targeting e sui parametri dei sistemi di raccomandazione – 5.2.6 La necessità di guardare alle specifiche finalità del trattamento per valutare anche se esse siano legittime e per giudicare sulla validità/invalidità (totale o parziale) del consenso prestato per finalità illegittime – 5.2.7 Le sfide costruttive – 6. Conclusione: *lo ius nostrum*.

ABSTRACT. Il saggio si propone di esaminare alcuni temi di coordinamento con il Regolamento generale dell’Unione europea sulla protezione dei dati personali (il GDPR) suscitati dalla direttiva sui contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali (la DCD) nella parte in cui la DCD prevede che nei medesimi contratti il consumatore possa, in aggiunta o in sostituzione del prezzo, fornire o impegnarsi a fornire i suoi dati personali. L’a. inquadra la DCD tra le altre fonti del diritto europeo che prevedono una funzione remunerativa dei dati personali e la fornitura di dati personali a titolo oneroso o gratuito e prende posizione sulle nozioni di prezzo e remunerazione nella DCD. L’a. affronta poi alcuni temi legati al consenso dell’interessato, in particolare illustrando la tesi per la quale nella materia della circolazione dei dati personali l’autonomia contrattuale deve intendersi prescrittivamente limitata e modellata dallo statuto dei dati personali predisposto dal GDPR e la tesi per la quale l’adesione alla concezione negoziale del consenso al trattamento dei dati personali non spoglia l’interessato dei suoi diritti fondamentali ma consente (attraverso l’accesso alla categoria dell’invalidità del consenso fondata su un controllo causale relativo alla legittimità delle specifiche finalità del trattamento dei dati personali) di accedere a strumenti decisivi di tutela a protezione non soltanto dell’interessato ma dell’intera collettività.

The essay examines some issues of coordination between the EU general data protection regulation (GDPR) and the EU directive on the contracts for the supply of digital content and digital services (DCD) as made necessary because of the provision contained in the DCD that the contracts governed by the same directive include those in which the consumer may, in addition or as an alternative to a price, provide or undertake to provide her/his personal data to the trader. The a. puts the DCD in context, by quoting other EU normative acts that contemplate the provision of personal data in terms of remuneration as well as contracts for the supply of personal data in exchange for money or for altruistic purposes. The a. also discusses some issues relevant to the consent of the data subject. In particular, the a. argues that the contractual autonomy in the field of personal data circulation shall be considered mandatorily limited and “modelled” by the personal data regime prescribed by the GDPR. Finally, the a. argues that by adhering to the view that the data subject’s consent is an act of contractual autonomy does not deprive the data subject of her/his fundamental rights, but allows (through the category of invalidity of the consent based on a test of legitimacy of the specific data processing purposes) to make recourse to significant remedies designed for the protection of general interest objectives, including, but not limited to, the data subject’s interests and rights.



1. Premessa.

Tra i tanti argomenti che ineriscono al rapporto tra la direttiva (UE) 2019/770 (*Digital Content Directive* “DCD”)¹ e il regolamento (UE) 2016/679 (*General Data Protection Regulation* “GDPR”)², ci soffermeremo maggiormente su alcuni problemi ermeneutici che ruotano intorno al consenso al trattamento dei dati personali.

Prima di ciò, faremo alcune osservazioni:

- sul riconoscimento normativo della funzione ‘remunerativa’ dei dati personali e dei fenomeni indicati comunemente ed indistintamente con le espressioni ‘monetizzazione’ e ‘patrimonializzazione’ dei dati personali (par. 2 *infra*);
- sulla sparizione del riferimento ai dati *non* personali nella formula dell’art. 3(1) DCD e sui casi confusamente contemplati nella medesima formula (par. 3 *infra*); e
- sul concetto di ‘remunerazione’ e di ‘prezzo’ nei contratti disciplinati dalla DCD (par. 4 *infra*).

2. Sul riconoscimento normativo della funzione ‘remunerativa’ dei dati personali e dei fenomeni indicati comunemente ed indistintamente con le espressioni ‘monetizzazione’ e ‘patrimonializzazione’ dei dati personali

Sembra opportuno cominciare con l’osservare che già prima della DCD, del “valore monetario” dei dati personali in guisa di “remunerazione” di servizi di comunicazione elettronica, nonché della “monetizzazione” dei dati raccolti in conformità del GDPR, si parlava nel Considerando 16 della direttiva (UE) 2018/1972 istitutiva del Codice europeo delle comunicazioni elettroniche³.

In questo Considerando si legge che nell’economia digitale i partecipanti al mercato sempre più spesso ritengono che le informazioni sugli utenti abbiano un valore monetario, e che i servizi di comunicazione elettronica sono spesso forniti all’utente finale non solo in cambio di denaro, ma in misura sempre maggiore in cambio della comunicazione di dati personali o di altri dati.

Vi si trova altresì scritto che il “concetto di remunerazione” dovrebbe ricomprendere tanto le situazioni in cui il fornitore di un servizio chiede all’utente finale dati personali ai sensi del GDPR o altri dati, e questi glieli trasmette consapevolmente, per via diretta o indiretta, così come 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*.

Il medesimo Considerando richiama in proposito la giurisprudenza della CGUE sull’articolo 57 TFUE, per la quale 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 servizio⁴.

Si conclude dunque affermando che il concetto di remunerazione dovrebbe 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 GDPR.

Come si vede, si tratta del riconoscimento di fenomeni relativamente ai quali nella letteratura si impiegano variamente le espressioni “monetizzazione” e “patrimonializzazione” dei dati personali⁵.

Come risaputo, a far eco alla DCD è intervenuta la direttiva (UE) 2019/2161 (c.d. direttiva *Omni-bus*)⁶ che ha, *inter alia*, modificato l’art. 3 della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori⁷, in-

* Il presente testo costituisce la traccia scritta, con integrazioni e note, della relazione dal titolo *Il coordinamento tra la Direttiva 2019/770 e il GDPR: l’interessato/consumatore*, presentata dall’a. al Convegno *Commerciabilità dei dati personali: condizioni e limiti alla monetizzazione della nostra identità digitale nel contesto italiano ed europeo*, tenutosi a Firenze, Palazzo Incontri, il 14 ottobre 2022.

¹ Direttiva (UE) 2019/770 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.

² Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

³ Direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio dell’11 dicembre 2018 che istituisce il Codice europeo delle comunicazioni elettroniche (rifusione), che ha proceduto

alla rifusione delle direttive 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE e 2002/22/CE.

⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 26 aprile 1988, *Bond van Adverteerders e altri/Stato olandese*, C-352/85, ECLI:EU:C:1988:19.

⁵ Cfr. V. Ricciuto, *L’equivoco della privacy*, ESI, Napoli, 2022, p. 105 ss.

⁶ Direttiva (UE) 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 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

⁷ Direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che



serendovi il paragrafo 1-*bis*⁸ in senso conforme all'art. 3(1) DCD.

Di poi, come pure noto, il regolamento (UE) 2022/868 (*Data Governance Act*, “DGA”) ⁹ ha previsto, *inter alia*, norme armonizzate sui «servizi di intermediazione di dati»¹⁰ e sul c.d. «altruismo dei dati», in entrambi i casi tanto con riferimento a dati personali (come definiti nel GDPR) che a dati non personali (ossia dati diversi dai dati personali); e la proposta di *Data Act*¹¹ ha, tra le altre disposizioni, previsto norme armonizzate sulla circolazione dei dati generati dall'uso di prodotti interconnessi o di servizi correlati, e sui contratti tra imprese aventi ad oggetto l'accesso ai dati e il loro utilizzo: in entrambi i casi, di nuovo, tanto con riguardo a dati personali che a dati non personali¹².

Relativamente al *Data Governance Act*, in particolare, è rilevante ricordare come il servizio di intermediazione di dati è definito come quel servizio che mira a instaurare, attraverso strumenti tecnici, giuridici o di altro tipo, *rapporti commerciali ai fini della condivisione dei dati* tra un numero indeterminato di interessati e di titolari dei dati, da un lato, e gli utenti dei dati, dall'altro, anche al fine dell'esercizio dei diritti degli interessati in relazione ai dati personali¹³, e la condivisione dei dati è definita

abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

⁸ Art. 3, par. 1-*bis* della direttiva (2011/83/UE) sui diritti dei consumatori, come inserito dall'art. 4, punto 2), lett. b) della direttiva (2019/2161) *Omnibus*: “1 bis. La presente direttiva si applica anche se il professionista fornisce o si impegna a fornire un contenuto digitale mediante un supporto non materiale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali al professionista, tranne i casi in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati dal professionista esclusivamente ai fini della fornitura del contenuto digitale su supporto non materiale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui il professionista è soggetto, e questi non tratti tali dati per nessun altro scopo”.

⁹ Regolamento (UE) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 relativo alla governance europea dei dati e che modifica il Regolamento (UE) 2018/1724 (Regolamento sulla governance dei dati)

¹⁰ Cfr. D. POLETTI, *Gli intermediari dei dati*, in *La circolazione dei dati personali: persona, contratto e mercato*, cit., p. 105 ss.

¹¹ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 23.2.2022, riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (normativa sui dati) COM(2022) 68 final.

¹² Cfr. P. STANZIONE, *Conclusioni*, in *La circolazione dei dati personali: persona, contratto e mercato*, cit., p. 160.

¹³ La definizione di “servizio di intermediazione di dati” di cui all'art. 2, n. 11 DGA contiene anche le seguenti espressioni esclusioni (che potrebbero tuttavia ricavarsi anche ermeneuticamente): a) servizi che ottengono dati dai titolari dei dati e li aggregano, arricchiscono o trasformano al fine di aggiungervi un valore sostanziale e concedono licenze per l'utilizzo dei dati risultanti agli utenti dei dati, senza instaurare un rapporto commerciale tra i titolari dei dati e gli utenti dei dati; b) servizi il cui

come la fornitura di dati da un interessato o un titolare dei dati a un utente dei dati ai fini dell'utilizzo congiunto o individuale di tali dati, *sulla base di accordi volontari o del diritto dell'Unione o nazionale, direttamente o tramite un intermediario, ad esempio nel quadro di licenze aperte o commerciali, dietro compenso o a titolo gratuito*¹⁴; e l'altruismo dei dati è definito come la condivisione volontaria di dati sulla base del *consenso accordato dagli interessati al trattamento dei dati personali* che li riguardano, o sulle autorizzazioni di altri titolari dei dati volte a consentire l'uso dei loro dati non personali, *senza la richiesta o la ricezione di un compenso* che vada oltre la compensazione dei costi sostenuti per mettere a disposizione i propri dati, per obiettivi di interesse generale, stabiliti nel diritto nazionale, ove applicabile, quali l'assistenza sanitaria, la lotta ai cambiamenti climatici, il miglioramento della mobilità, l'agevolazione dell'elaborazione, della produzione e della divulgazione di statistiche ufficiali, il miglioramento della fornitura dei servizi pubblici, l'elaborazione delle politiche pubbliche o la ricerca scientifica nell'interesse generale¹⁵.

Relativamente alla proposta di *Data Act*, è rilevante ricordare che tale proposta prevede che tra il destinatario dei dati e il titolare dei dati, come ivi definiti¹⁶, possa intercorrere un *accordo* che stabilisce il *compenso* dovuto dal primo al secondo per la messa a disposizione dei dati da parte del secondo

obiettivo principale è l'intermediazione di contenuti protetti da diritto d'autore; c) servizi utilizzati esclusivamente da un titolare dei dati per consentire l'utilizzo dei dati detenuti da tale titolare dei dati, oppure utilizzati da varie persone giuridiche all'interno di un gruppo chiuso, anche nel quadro di rapporti con i fornitori o i clienti o di collaborazioni contrattualmente stabilite, in particolare quelli aventi come obiettivo principale quello di garantire la funzionalità di oggetti o dispositivi connessi all'internet delle cose; d) servizi di condivisione dei dati offerti da enti pubblici che non mirano a instaurare rapporti commerciali.

¹⁴ Art. 2, n. 10 DGA.

¹⁵ Art. 2, n. 16 DGA.

¹⁶ Art. 2, nn. 6 e 7 proposta di *Data Act* COM(2022) 68 final, in particolare: 6) «titolare dei dati»: una persona fisica o giuridica che ha il diritto o l'obbligo, conformemente al presente regolamento, al diritto applicabile dell'Unione o alla legislazione nazionale di attuazione del diritto dell'Unione, o, nel caso di dati non personali e attraverso il controllo della progettazione tecnica del prodotto e dei servizi correlati, la capacità di mettere a disposizione determinati dati; 7) «destinatario dei dati»: una persona fisica o giuridica, che agisce per fini connessi alla sua attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale, diversa dall'utente di un prodotto o di un servizio correlato, a disposizione della quale il titolare dei dati mette i dati, e che può essere un terzo in seguito a una richiesta da parte dell'utente al titolare dei dati o conformemente a un obbligo giuridico ai sensi del diritto dell'Unione o della legislazione nazionale di attuazione del diritto dell'Unione.

al primo¹⁷, e che è inoltre prevista una disciplina sulle *clausole contrattuali vessatorie* che riguardano l'accesso ai dati e il relativo utilizzo *tra imprese*, che ricalca la struttura della disciplina delle clausole vessatorie nei contratti del consumatore di cui alla direttiva 93/13/CE¹⁸.

3. Sulla formula dell'art. 3, par. 1 DCD.

Omettiamo qui la storia, a tutti nota, sulla mutata formula dell'art. 3, par. 1 DCD, relativamente all'impiego della parola "controprestazione" (controprestazione sì / controprestazione no)¹⁹ e segnaliamo un paio di cose poco presenti nel dibattito sulla DCD.

3.1. Scomparsa ingiustificata del riferimento ai dati non personali

Innanzitutto, osserviamo che nella formula finale dell'art. 3(1) DCD²⁰ è scomparso senza alcun motivo il riferimento ai *dati non personali*.

Nella formula iniziale si parlava di dati personali o altri dati ("*the consumer [...] provides counter-performance other than money in the form of personal data or any other data [...]*").

Ci sembra opportuno non soltanto segnalare questa sparizione, ma anche osservare come essa sia ingiustificata in un contesto di 'economia dei dati' (*data economy* o *data driven economy*²¹), che non si limita ai dati personali, come fatto chiaro – come

visto –dal *Data Governance Act* e dalla proposta di *Data Act* (v. *retro*, par. 2).

In via ermeneutica, non abbiamo dubbi ad includere nel raggio di applicazione della DCD anche il caso in cui il consumatore fornisca o si impegni a fornire dati *non personali*; e dunque a definire la sparizione del riferimento ai dati non personali nella formulazione finale dell'art. 3(1) DCD come uno sfrido di lavorazione - per così dire - ossia un'involontaria mutilazione provocata dagli emendamenti apportati nel tentativo di spegnere il fuoco accesosi intorno alla parola 'controprestazione'²².

3.2. Sull'imprecisa formulazione delle ipotesi di applicazione e non applicazione della direttiva

Come riconosciuto espressamente nel Considerando 67 della DCD²³, la medesima direttiva prevede le seguenti tre ipotesi: 1) il consumatore paga solo un prezzo; 2) il consumatore paga un prezzo e fornisce anche i suoi dati personali; 3) il consumatore non paga un prezzo e fornisce solo suoi dati personali.

In proposito, ci sembra corretto evidenziare l'imprecisione della formula dell'art. 3(1) DCD, che, da un lato, non riflette chiaramente le suddette tre ipotesi, e, dall'altro, non chiarisce che il caso di salvezza ivi contemplato, che vale ad escludere l'applicazione della direttiva, può assumere rilevanza solo nella terza ipotesi.

Ed infatti, la formula dell'art. 3(1) DCD, da un lato, quando statuisce che la direttiva si applica anche se "*il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico*", non distingue tra la seconda e la terza ipotesi e le contiene entrambe; dall'altro, non specifica che il caso di salvezza subito appreso contemplato (che comporta per logica conseguenza la non-applicazione

¹⁷ Art. 9 proposta di *Data Act* COM(2022) 68 final.

¹⁸ Art. 13 proposta di *Data Act* COM(2022) 68 final.

¹⁹ Sul punto, cfr. per tutti V. RICCIUTO, *L'equivoco della privacy*, cit. p. 166 ss.; A. MORACE PINELLI, *Introduzione*, in *La circolazione dei dati personali: persona, contratto e mercato*, a cura di A. Morace Pinelli, Pisa, Pacini, 2023, p. 21 ss.

²⁰ Art. 3, par. 1 DCD: "1. La presente direttiva si applica a qualsiasi contratto in cui l'operatore economico fornisce, o si impegna a fornire, contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore corrisponde un prezzo o si impegna a corrispondere un prezzo.

La presente direttiva si applica altresì nel caso in cui l'operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico, fatto salvo il caso in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati esclusivamente dall'operatore economico ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui è soggetto l'operatore economico e quest'ultimo non tratti tali dati per scopi diversi da quelli previsti".

²¹ Cfr. V. RICCIUTO, *L'equivoco della privacy*, cit., p. 67 ss.; M. AINIS, *Circolazione dei dati personali e disciplina del mercato*, in *La circolazione dei dati personali: persona, contratto e mercato*, cit., p. 53 ss.

²² Cfr. ancora A. MORACE PINELLI, op. loc. cit.

²³ Considerando 67) DCD: "Se il contenuto digitale o il servizio digitale è fornito dietro pagamento di un prezzo, il consumatore dovrebbe poter recedere dal contratto soltanto se il difetto di conformità non è di lieve entità. Tuttavia, ove il contenuto digitale o il servizio digitale non sia fornito dietro pagamento di un prezzo ma il consumatore fornisce *dati personali*, il consumatore dovrebbe avere il diritto di recedere dal contratto anche se il difetto di conformità è di lieve entità, dal momento che non può beneficiare del rimedio della riduzione di prezzo. Nei casi in cui *paga un prezzo e fornisce dati personali*, il consumatore dovrebbe avere il diritto di beneficiare di tutti i rimedi disponibili in caso di difetto di conformità. In particolare, purché siano soddisfatte tutte le restanti condizioni, il consumatore dovrebbe avere diritto alla messa in conformità del contenuto digitale o del servizio digitale, alla riduzione del prezzo rispetto all'importo pagato per il contenuto digitale o il servizio digitale, o alla risoluzione del contratto".



della direttiva, e che consiste nel trattamento dei dati personali per l'esecuzione del contratto o per soddisfare obblighi di legge) è rilevante solo nella terza ipotesi (non chiaramente delineata e distinta dalla seconda ipotesi, nella formula che letteralmente le contiene entrambe), ossia solo nell'ipotesi in cui il consumatore non paga un prezzo.

Tanto è invece chiarito senza possibilità di equivoci dal Considerando 25 DCD: “Se il contenuto digitale e i servizi digitali *non sono forniti contro il pagamento di un prezzo*, la presente direttiva non dovrebbe applicarsi alle situazioni in cui l'operatore economico raccoglie dati personali esclusivamente per fornire contenuto digitale o servizi digitali o al solo scopo di soddisfare obblighi di legge. [...]”.

Da quanto sopra consegue che l'art. 3(1) DCD deve essere interpretato come se fosse formulato nel seguente modo [ns modifiche in corsivo]:

“1. La presente direttiva si applica a qualsiasi contratto in cui l'operatore economico fornisce, o si impegna a fornire, contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore corrisponde un prezzo o si impegna a corrispondere un prezzo.

La presente direttiva si applica altresì nel caso in cui l'operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico *in aggiunta alla corresponsione di un prezzo oppure senza corrispondere un prezzo*, fatto salvo, *in quest'ultima ipotesi*, il caso in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati esclusivamente dall'operatore economico ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui è soggetto l'operatore economico e quest'ultimo non tratti tali dati per scopi diversi da quelli previsti.”.

4. Contro la proposta di ampliare la nozione di «prezzo» nella DCD fino a ricomprendervi i dati personali, e a favore della più ampia nozione di «remunerazione», già impiegata nel Codice europeo delle comunicazioni elettroniche, in quanto idonea a ricomprendere i dati personali e i dati non personali

In dottrina²⁴ è stato suggerito di ampliare la nozione di «prezzo» nella DCD²⁵ fino a ricomprendervi i dati personali.

²⁴ Cfr. A. DE FRANCESCHI, *Personal data as Counter-Performance*, in *Privacy and Data Protection in Software Ser-*

Tuttavia, in molti punti della DCD la differenza tra dati personali e prezzo (come definito nella DCD) appare utile. In particolare:

- Nei punti della DCD dove si parla di contratti concernenti *software libero e aperto*, che sono sottratti all'ambito di applicazione della direttiva, in base all'art. 3(5)(f) DCD, nei casi in cui “il consumatore *non corrisponde un prezzo* e i dati personali forniti dal consumatore sono trattati esclusivamente dall'operatore economico al fine di migliorare la sicurezza, la compatibilità o l'interoperabilità del software specifico”.

Qui il concetto della fornitura di dati personali all'esclusivo fine di “*migliorare la sicurezza, la compatibilità o l'interoperabilità del software*” dovrebbe intendersi allo stesso modo in cui si intende il caso fatto salvo dall'art. 3(1) DCD (“... *fatto salvo il caso in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati esclusivamente dall'operatore economico ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui è soggetto l'operatore economico e quest'ultimo non tratti tali dati per scopi diversi da quelli previsti*”), nel senso che anche in quest'ultimo caso è previsto che, *se il consumatore non corrisponde un prezzo*, allora la direttiva non trova applicazione (Considerando 25²⁶ e art. 3(1) DCD, dove, come abbiamo notato *supra*, la formulazione è imprecisa, nel senso che non riflette precisamente la *ratio* manifestata nel Considerando 25

vices, a cura di R. Senigaglia, C. Irti e A. Bernes, Singapore, Springer, 2022, p. 59 ss., spec. pp. 62-63.

²⁵ Art. 2, n. 7) DCD: “«prezzo»: la somma di denaro o la rappresentazione di valore digitale dovuto come corrispettivo per la fornitura di contenuto digitale o di servizio digitale”.

²⁶ Considerando 25 DCD: “Se il contenuto digitale e i servizi digitali *non sono forniti contro il pagamento di un prezzo*, la presente direttiva non dovrebbe applicarsi alle situazioni in cui l'operatore economico raccoglie dati personali esclusivamente per fornire contenuto digitale o servizi digitali o al solo scopo di soddisfare obblighi di legge. Tali situazioni possono includere, ad esempio, casi in cui la registrazione del consumatore è obbligatoria a norma delle leggi applicabili ai fini di sicurezza e di identificazione. La presente direttiva non dovrebbe nemmeno applicarsi a situazioni in cui l'operatore economico raccoglie solo metadati, come informazioni sul dispositivo del consumatore o la cronologia di navigazione, tranne nel caso in cui tale situazione sia considerata come un contratto dal diritto nazionale. Analogamente, la presente direttiva non dovrebbe applicarsi alle situazioni in cui il consumatore, senza avere concluso un contratto con l'operatore economico, è esposto a messaggi pubblicitari esclusivamente al fine di ottenere l'accesso ai contenuti digitali o a un servizio digitale. Tuttavia, gli Stati membri dovrebbero mantenere la facoltà di estendere l'applicazione della presente direttiva a tali situazioni o di disciplinare in altro modo le situazioni escluse dall'ambito di applicazione della presente direttiva”.



DCD). Cfr. anche Considerando 32²⁷ e Considerando 78²⁸ DCD.

- In tutti i punti della DCD dove si parla della *riduzione del prezzo*, perché la riduzione del prezzo non è un rimedio che si attaglia ai dati personali: cfr. Considerando 62²⁹, Considerando 65³⁰, Considerando 66³¹ e

²⁷ Considerando 32 DCD: “... Al fine di evitare di frapporte ostacoli a tali sviluppi del mercato, la presente direttiva non dovrebbe applicarsi neanche ai software liberi e aperti, a condizione *che non siano forniti contro il pagamento di un prezzo* e che i dati personali dei consumatori siano utilizzati esclusivamente per migliorare la sicurezza, la compatibilità o l’interoperabilità del software”.

²⁸ Considerando 78 DCD: “Il difetto di conformità del contenuto digitale o del servizio digitale fornito al consumatore è spesso dovuto a una delle operazioni che in una catena, che connette lo sviluppatore iniziale del contenuto digitale all’operatore economico finale. Benché l’operatore economico finale debba essere responsabile nei confronti del consumatore in caso di difetto di conformità, è importante garantire che l’operatore economico disponga di adeguati diritti nei confronti delle diverse persone della catena di operazioni, per poter assumere la responsabilità nei confronti del consumatore. Tali diritti dovrebbero limitarsi alle operazioni commerciali e non dovrebbero pertanto riguardare le situazioni in cui l’operatore economico è responsabile nei confronti del consumatore per difetto di conformità del contenuto digitale o del servizio digitale che comprende o si basa su un *software fornito senza il pagamento di un prezzo* e in licenza libera e aperta da una persona nell’ambito di passaggi precedenti della catena di operazioni. Tuttavia, è opportuno che siano gli Stati membri in base alla loro normativa nazionale applicabile ad individuare le persone della catena di operazioni nei confronti dei quali l’operatore economico finale può rivalersi e le modalità e le condizioni di tali azioni.”.

²⁹ Considerando 62 DCD: “In caso di difetto di conformità, il consumatore dovrebbe avere diritto al ripristino della conformità del contenuto digitale o del servizio digitale, o a una *riduzione adeguata del prezzo*, o alla risoluzione del contratto”.

³⁰ Considerando 65 DCD: “Ove il ripristino della conformità del contenuto digitale o servizio digitale risulti de jure o de facto impossibile o qualora l’operatore economico si rifiuti di ripristinare la conformità del contenuto digitale o servizio digitale in ragione dei costi sproporzionati che gliene deriverebbero, o qualora l’operatore economico non abbia ripristinato la conformità del contenuto digitale o servizio digitale entro un termine ragionevole, senza alcun costo e senza causare disagi per il consumatore, quest’ultimo dovrebbe avere diritto di beneficiare dei rimedi *della riduzione del prezzo* o della risoluzione del contratto. In talune situazioni è giustificato che il consumatore abbia diritto immediatamente alla *riduzione del prezzo* o alla risoluzione del contratto, ad esempio se in precedenza l’operatore economico ha omesso di rendere conforme il contenuto digitale o il servizio digitale o se non ci si può attendere che il consumatore mantenga la fiducia nella capacità dell’operatore economico di ripristinare la conformità del contenuto digitale o servizio digitale a motivo della gravità del difetto di conformità. Ad esempio, il consumatore dovrebbe avere il diritto di richiedere immediatamente la *riduzione del prezzo* o la risoluzione del contratto qualora gli sia stato fornito un software antivirus infettato esso stesso da virus e costituirebbe un caso di difetto di conformità di tale gravità. Lo stesso dovrebbe valere nel caso in cui risulti evidente che l’operatore economico non procederà a ripristinare la conformità del contenuto digitale o servizio digitale entro un termine ragionevole o senza particolari disagi per il consumatore”.

Considerando 67 DCD, dove la differenza è esplicitata e si graduano i vari rimedi considerando le tre predette ipotesi, ossia che il consumatore paga solo un prezzo, che paga un prezzo e fornisce anche dati personali, che fornisce solo dati personali: “Se il contenuto digitale o il servizio digitale è fornito dietro pagamento di un prezzo, il consumatore dovrebbe poter recedere dal contratto soltanto se il difetto di conformità non è di lieve entità. Tuttavia, ove il contenuto digitale o il servizio digitale non sia fornito dietro pagamento di un prezzo ma il consumatore fornisce dati personali, *il consumatore dovrebbe avere il diritto di recedere dal contratto anche se il difetto di conformità è di lieve entità, dal momento che non può beneficiare del rimedio della riduzione di prezzo*. Nei casi in cui paga un prezzo e fornisce dati personali, il consumatore dovrebbe avere il diritto di beneficiare di tutti i rimedi disponibili in caso di difetto di conformità. In particolare, purché siano soddisfatte tutte le restanti condizioni, il consumatore dovrebbe avere diritto alla messa in conformità del contenuto digitale o del servizio digitale, alla riduzione del prezzo rispetto all’importo pagato per il contenuto digitale o il servizio digitale, o alla risoluzione del contratto.”; Considerando 77³²; Art. 14 par. 4 dove è di

³¹ Considerando 66 DCD: “Nel caso in cui il consumatore abbia diritto a una riduzione dell’importo pagato per il contenuto digitale o il servizio digitale fornito per un determinato periodo di tempo, il calcolo della riduzione del prezzo dovrebbe tener conto della diminuzione di valore del contenuto digitale o del servizio digitale conseguente sia al difetto di conformità sia al periodo di tempo durante il quale il consumatore non ha potuto fruire del contenuto digitale o del servizio digitale conforme.”

³² Considerando 77 DCD: “Qualora una modifica incida negativamente, in modo non trascurabile, sull’utilizzo del contenuto digitale o del servizio digitale o sull’accesso allo stesso da parte del consumatore, quest’ultimo dovrebbe avere il diritto di recedere dal contratto senza alcun costo a seguito della modifica in questione. In alternativa, l’operatore economico può decidere di consentire al consumatore di mantenere l’accesso al contenuto digitale o al servizio digitale senza costi aggiuntivi, senza la modifica e in conformità, nel qual caso il consumatore non dovrebbe avere il diritto di recedere dal contratto. Tuttavia, qualora il contenuto digitale o il servizio digitale che l’operatore economico ha consentito al consumatore di mantenere non rispetti più i requisiti soggettivi e oggettivi di conformità, il consumatore dovrebbe poter contare sui rimedi per difetto di conformità previsti dalla presente direttiva. Se i requisiti per una modifica quali indicati nella presente direttiva non sono soddisfatti e la modifica dà luogo a un difetto di conformità, dovrebbero restare salvi i diritti del consumatore al ripristino della conformità del contenuto digitale o del servizio digitale, alla *riduzione del prezzo* o alla risoluzione del contratto, quali previsti dalla presente direttiva. Allo stesso modo, qualora, successivamente a



conseguenza previsto che il rimedio della riduzione del prezzo si applica solo nel caso in cui il contenuto o il servizio digitale è fornito in cambio del pagamento di un prezzo³³; Art. 14, par. 5³⁴; Art. 18, par. 1³⁵.

- Nei punti della DCD in cui si prevede il requisito della *gravità del difetto di conformità* ai fini dei rimedi a disposizione del consumatore, poiché, come detto, il regime dei rimedi cambia a seconda che il contenuto o il servizio digitale siano forniti in cambio di un prezzo o di dati personali: Considerando 67, già citato; Art. 14, par. 6³⁶.
- In tutti i punti della DCD dove si parla di *rimborso del prezzo*, perché si tratta di una misura che, di nuovo, non si ataglia ai dati personali: cfr. Considerando 15³⁷; Considerando 68³⁸.

Dunque nell'art. 16, dove è fatta chiara la differenza tra il regime del rimborso del prezzo e quello dei dati personali e degli altri contenuti in conseguenza della risoluzione del contratto³⁹; Art. 18⁴⁰.

una modifica, si verifichi un difetto di conformità del contenuto digitale o del servizio digitale non imputabile alla modifica, il consumatore dovrebbe continuare a poter avvalersi dei rimedi previsti dalla presente direttiva per il difetto di conformità in relazione al contenuto digitale o al servizio digitale in questione”.

³³ Art. 14, par. 4 CDC: “Il consumatore ha diritto a una *riduzione proporzionale del prezzo* a norma del paragrafo 5 se il contenuto digitale o il servizio digitale è fornito in cambio del pagamento di un prezzo, o alla risoluzione del contratto conformemente al paragrafo 6, in uno dei casi seguenti: [...] d) il difetto di conformità è talmente grave da giustificare un'immediata *riduzione del prezzo* o risoluzione del contratto; oppure [...]”.

³⁴ Art. 14, par. 5 DCD: “5. La *riduzione del prezzo* è proporzionale alla diminuzione di valore del contenuto digitale o del servizio digitale fornito al consumatore rispetto al valore che avrebbe tale contenuto digitale o servizio digitale se fosse conforme. Se il contratto stabilisce che il contenuto digitale o il servizio digitale deve essere fornito per un determinato periodo di tempo dietro pagamento di un prezzo, la *riduzione di prezzo* si applica al periodo di tempo in cui il contenuto digitale o il servizio digitale non è stato conforme”.

³⁵ Art. 18, par. 1 CDC: “Eventuali rimborsi dovuti al consumatore dall'operatore economico a norma dell'articolo 14, paragrafi 4 e 5, o dell'articolo 16, paragrafo 1, dovuti alla *riduzione del prezzo* o alla risoluzione del contratto sono effettuati senza indebito ritardo e, in ogni caso, entro 14 giorni dal giorno in cui l'operatore economico è informato della decisione del consumatore di invocare il diritto del consumatore a una riduzione di prezzo o il suo diritto alla risoluzione dal contratto”.

³⁶ Art. 14, par. 6 CDC: “6. Se il contenuto digitale o il servizio digitale è stato fornito dietro pagamento di un prezzo, il consumatore ha il diritto di recedere dal contratto solo se il difetto di conformità non è di lieve entità. L'onere della prova riguardo al fatto se il difetto di conformità è di lieve entità è a carico dell'operatore economico”.

³⁷ Considerando 15 CDC: “Gli Stati membri dovrebbero inoltre mantenere la facoltà, ad esempio, di regolamentare i diritti delle parti di astenersi dall'adempiere gli obblighi o parte di essi finché l'altra parte non abbia adempiuto i propri obblighi. Ad esempio, gli Stati membri dovrebbero essere liberi di stabilire se, in caso di difetto di conformità, un consumatore ha diritto a trattenere il pagamento della totalità o di parte del prezzo finché l'operatore economico non abbia reso conforme il contenuto

digitale o il servizio digitale, o se l'operatore economico ha diritto a trattenere un eventuale *rimborso* dovuto al consumatore alla risoluzione del contratto finché il consumatore non abbia adempiuto l'obbligo previsto dalla presente direttiva di restituire il supporto materiale all'operatore economico”.

³⁸ Considerando 68 CDC: “Se il consumatore recede dal contratto, l'operatore economico dovrebbe *rimborsare il prezzo* pagato dal consumatore. Tuttavia, è opportuno conciliare i legittimi interessi dei consumatori e degli operatori economici nei casi in cui il contenuto digitale o il servizio digitale sia fornito per un determinato periodo di tempo e la sua conformità sia garantita soltanto per una parte di tale periodo. Pertanto, in caso di risoluzione, il consumatore dovrebbe avere *diritto al rimborso* soltanto di una parte dell'importo pagato che corrisponde ed è commisurata alla durata del periodo in cui il contenuto digitale o servizio digitale non è stato conforme. Il consumatore dovrebbe altresì avere *diritto a qualsiasi parte del prezzo versato in anticipo* per l'eventuale periodo restante dopo la risoluzione del contratto”.

³⁹ Art. 16 CDC: “Articolo 16 - Obblighi del l'operatore economico in caso di risoluzione 1. In caso di risoluzione del contratto l'operatore economico rimborsa al consumatore tutti gli importi versati in esecuzione del contratto. Tuttavia, se il contratto prevede la fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale dietro pagamento di un prezzo e per un periodo di tempo, e il contenuto digitale o il servizio digitale è stato conforme per un periodo di tempo prima della risoluzione del contratto, l'operatore economico rimborsa al consumatore solo la proporzione dell'importo pagato corrispondente al periodo in cui il contenuto digitale o il servizio digitale non è stato conforme e qualsiasi parte del prezzo pagato in anticipo dal consumatore per la durata del contratto che sarebbe rimasta se il contratto non fosse stato risolto. 2. Per quanto riguarda i dati personali del consumatore, l'operatore economico rispetta gli obblighi applicabili a norma del regolamento (UE) 2016/679. 3. L'operatore economico si astiene dall'utilizzare qualsiasi contenuto diverso dai dati personali che sia stato fornito o creato dal consumatore nell'ambito dell'utilizzo del contenuto digitale o del servizio digitale fornito dall'operatore economico, fatto salvo il caso in cui tale contenuto: a) sia privo di utilità al di fuori del contesto del contenuto digitale o del servizio digitale fornito dall'operatore; b) si riferisca solamente all'attività del consumatore nell'utilizzo del contenuto digitale o del servizio digitale fornito dall'operatore; c) sia stato aggregato dall'operatore economico ad altri dati e non possa essere disaggregato o comunque non senza uno sforzo sproporzionato; o d) sia stato generato congiuntamente dal consumatore e altre persone, e altri consumatori possano continuare a utilizzare il contenuto. 4. Ad eccezione delle situazioni di cui al paragrafo 3, lettere a), b) o c), l'operatore economico mette a disposizione del consumatore, su richiesta dello stesso, contenuti diversi dai dati personali, che sono stati forniti o creati dal consumatore durante l'utilizzo del contenuto digitale o del servizio digitale fornito dall'operatore economico. Il consumatore ha il diritto di recuperare dall'operatore economico tali contenuti digitali gratuitamente e senza impedimenti, entro un lasso di tempo ragionevole e in un formato di uso comune e leggibile da dispositivo automatico. 5. L'operatore economico può impedire qualsiasi ulteriore utilizzo del contenuto digitale o del servizio digitale da parte del consumatore, in particolare rendendogli il contenuto

Alla luce delle sopra riassunte peculiarità della disciplina e della terminologia della DCD, non sembra consigliabile rivedere la definizione di «prezzo» ai sensi della DCD. Come visto, nell'ordinamento europeo è già espressamente riconosciuto che il più ampio concetto di «*remunerazione*» possa ricomprendere i dati personali e non personali (Considerando 16 della Direttiva UE 2018/1972 istitutiva del Codice europeo delle comunicazioni elettroniche).

Alla luce delle suddette disposizioni, sembra corretto affermare che esistano valide ragioni per mantenere la definizione di prezzo nella DCD che non ricomprende i dati personali, e *tuttavia aggiungere* che anche la DCD possa interpretarsi nel senso di ritenere che il concetto di prezzo rientri in quello più ampio di *remunerazione* (già previsto, come detto dal Considerando 16 della Direttiva UE 2018/1972 istitutiva del Codice europeo delle comunicazioni elettroniche), che comprende anche i dati personali, così come quelli non personali, da intendersi ermeneuticamente - questi ultimi - ricompresi nel raggio di applicazione della DCD, come già osservato (v. par. 2 *supra*).

5. Il consenso

Il tema del consenso è centrale nella discussione sul rapporto tra GDPR e DCD⁴¹. In questa sede ce ne occuperemo limitatamente a due questioni, quel-

digitale o il servizio digitale inaccessibile o disattivando il suo account utente, fatto salvo quanto previsto al paragrafo 4.”

⁴⁰ Art. 18 CDC: “Articolo 18 - Termini e mezzi di *rimborso* da parte dell'operatore economico. 1. Eventuali *rimborso* dovuti al consumatore dall'operatore economico a norma dell'articolo 14, paragrafi 4 e 5, o dell'articolo 16, paragrafo 1, dovuti alla riduzione del prezzo o alla risoluzione del contratto sono effettuati senza indebito ritardo e, in ogni caso, entro 14 giorni dal giorno in cui l'operatore economico è informato della decisione del consumatore di invocare il diritto del consumatore a una riduzione di prezzo o il suo diritto alla risoluzione dal contratto. 2. L'operatore economico effettua il *rimborso* utilizzando lo stesso mezzo di pagamento usato dal consumatore per pagare il contenuto digitale o il servizio digitale, salvo che il consumatore consenta espressamente all'uso di un altro mezzo e non debba sostenere alcuna spesa relativa al rimborso. 3. L'operatore economico non impone al consumatore alcuna commissione in relazione al *rimborso*”.

⁴¹ Cfr. C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giust. civ.*, 2019, 3, p. 499 ss.; G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto*, in *La circolazione dei dati*, a cura di A.M. Gambino e A. Stazi, Pisa, Pacini, 2020, p. 55 ss.; F. BRAVO, *Lo “scambio di dati personali” nella fornitura di servizi digitali ed il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contratto e impresa*, 2019, 1, p. 34 ss.; E. TOSI, *Circolazione dei dati personali tra contratto e responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2023, p. 94 ss.

la dell'oggetto dell'impegno del consumatore previsto dall'art. 3(1) DCD; e quella del rapporto tra consenso *privacy* e consenso contrattuale.

5.1. Critica della tesi per la quale ai sensi dell'art. 3, par. 1 DCD il consumatore si impegnerebbe a fornire il consenso al trattamento

Con una interpretazione anti-letterale, è stato affermato in dottrina che *oggetto dell'impegno* del consumatore previsto dall'art. 3, par. 1, seconda proposizione della DCD, sarebbe non già la fornitura di dati personali, come prevede letteralmente la direttiva, bensì la *prestazione del consenso al trattamento* dei dati personali⁴².

Questa tesi sostanzialmente fa leva sull'osservazione dell'inutilità di fornire dati personali senza il consenso al relativo trattamento.

Si tratta però, a ben vedere, di un'osservazione che non giustifica un'interpretazione anti-letterale della norma. Ed infatti, proprio sulla base della pacifica osservazione per la quale il consenso è necessario al trattamento, può e deve ritenersi, in senso conforme al significato letterale della norma, che il (necessario) consenso al trattamento *precede e giustifica* (ove valido, naturalmente: v. *infra*) tanto la *fornitura dei dati personali* che, eventualmente, il *loro impegno a fornirli*.

5.2. Critica della tesi di un consenso *privacy* distinto dal consenso contrattuale

5.2.1. Introduzione: la necessità di cercare le ragioni del consenso *privacy*

Non ci sembra corretto aderire alla tesi, abbastanza diffusa, che distingue nei contratti di cui alla DCD il consenso al trattamento dei dati personali, o consenso *privacy*, dal consenso contrattuale⁴³.

Come noto, sulla base della famosa pronuncia della Corte di Cassazione 17278/2018⁴⁴, vengono

⁴² In senso contrario, v. G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto*, cit., p. 75 (“[...] non sarebbe giuridicamente configurabile un contratto che produca l'obbligo per l'interessato di prestare il consenso al trattamento dei dati personali”).

⁴³ In senso contrario, v. però V. RICCIUTO, *L'equivoco della privacy*, cit. p. 167 ss.; Id., *Il consenso negoziale nella circolazione dei dati personali*, in *La circolazione dei dati personali: persona, contratto e mercato*, cit., p. 76 ss.; C. SOLINAS, *autonomia privata e regolazione pubblica nel trattamento dei dati personali*, Bari, Cacucci Editore, 2022, p. 94 ss.

⁴⁴ Corte di Cassazione, sez. I Civile, sentenza 11 maggio – 2 luglio 2018, n. 17278. In questa pronuncia, riferendosi all'abrogato art. 23 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (codice



privacy), la Suprema Corte così argomentava al punto 2.4: «[...] Sorge dunque il problema dell'identificazione e delimitazione della nozione di consenso adottata dal legislatore con il richiamato art. 23. Orbene, è anzitutto da escludere che il consenso considerato da tale disposizione sia semplicemente il medesimo consenso in generale richiesto a fini negoziali, ossia il consenso prestato da un soggetto capace di intendere e volere e non viziato da errore, violenza o dolo, ovvero, in determinati frangenti, da pericolo o da bisogno: consenso, quello così previsto, che pur sussiste quantunque perturbato, al di sotto di una determinata soglia, in ragione dei vizi indicati, secondo quanto risulta dagli artt. 1428, 1435 e 1439 c.c. Una simile lettura minimale dell'art. 23 - che è in definitiva quella che pare emergere, sia pur senza adeguata consapevolezza, dal provvedimento impugnato - non ha fondamento, almeno per due ragioni: -) in primo luogo, se il consenso dovesse essere inteso nella medesima accezione in cui esso è di regola richiesto a fini negoziali, la norma del Codice della privacy sarebbe superflua, non potendosi dubitare che, anche senza di essa, un trattamento dei dati senza consenso non sia ipotizzabile, dal momento che i dati personali costituiscono beni attinenti alla persona; -) in secondo luogo il legislatore non discorre qui di un generico consenso, bensì di un consenso manifestato, oltre che espressamente, liberamente e specificamente, a condizione che all'interessato siano state previamente offerte le informazioni elencate dall'art. 13 del Codice della privacy. Non v'è dubbio, allora, che, nel suo complesso la previsione di un consenso in tal modo 'rafforzato' sia dettato dall'esigenza di rimediare alla intrinseca situazione di debolezza dell'interessato, sia sotto il profilo della evidente 'asimmetria informativa', sia dal versante della tutela contro possibili tecniche commerciali aggressive o suggestive. La normativa in questione, dunque, sorge dall'esigenza di affrontare i rischi per la persona posti dal trattamento in massa dei dati personali, così come reso possibile dall'evoluzione tecnologica. Può dunque dirsi che il consenso in questione debba essere ricondotto alla nozione di 'consenso informato', nozione ampiamente impiegata in taluni settori - basti menzionare il campo delle prestazioni sanitarie - in cui è particolarmente avvertita l'esigenza di tutelare la pienezza del consenso, in vista dell'esplicazione del diritto di autodeterminazione dell'interessato, attraverso la previsione di obblighi di informazione contemplati in favore della parte ritenuta più debole. Tale lettura trova conferma nel rinvio al già citato art. 13, il quale enumera le informazioni che devono essere fornite all'interessato prima che questi esprima il suo consenso, ed altresì nella previsione dell'art. 11, comma 1, lett. b e d, del Codice della privacy, il quale consente l'utilizzo dei dati solo per gli scopi per cui sono stati raccolti e che devono essere comunicati all'interessato prima che egli manifesti il suo consenso. Ne discende che il consenso in discorso, alla luce del dato normativo, è tale da non ammettere compressioni di alcun genere e non sopporta di essere sia pure marginalmente perturbato non solo per effetto di errore, violenza o dolo, ma anche per effetto dell'intero ventaglio di possibili disorientamenti, stratagemmi, opacità, sotterfugi, slealtà, doppiezze o malizie comunque adottate dal titolare del trattamento. In tal senso va inteso il dato normativo alla luce del quale deve trattarsi di un consenso libero, ossia pienamente consapevole ed informato e non già frutto di alcun condizionamento, e specifico, ossia inequivocabilmente riferito a ciascun particolare effetto del trattamento».

Sulla sentenza cfr., tra gli altri, F. ZANOVELLO, *Consenso libero e specifico alle e-mail promozionali*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2018, 1775 ss.; S. THOBANI, *Operazioni di tying e libertà del consenso*, in *Giur. it.*, 2019, p. 530 ss.; F. BRAVO, *Intermediazione di dati personali e servizi di data sharing dal GDPR al Data Governance Act*, in *Contratto e impresa Europa*, 1/2021, p. 199 ss., spec. p. 213 nota 43 e p. 234; A.

comunemente teorizzate differenze tra consenso *privacy* e consenso contrattuale.

Da questo modo di pensare scaturisce l'opinione per cui si tratterebbe di consensi diversi che devono individuarsi in modo distinto alla stregua di *distinti atti giuridici* nel caso in cui - come previsto dall'art. 3(1) DCD - si concludono contratti nei quali il consumatore fornisce i suoi dati personali (in luogo di un prezzo o in aggiunta a un prezzo) in cambio di un contenuto o di un servizio digitale⁴⁵.

Notevolmente, la tesi dei diversi consensi e dei distinti atti viene seguita in entrambi i filoni principali di commento della DCD, ovvero sia da coloro che affermano che la DCD avrebbe legittimato in via generale la monetizzazione dei dati personali attraverso i contratti che prevedono la remunerazione dell'operatore economico attraverso la fornitura di dati personali (e che si tratterebbe perciò solo di stabilire quali norme del GDPR, *in primis* quelle sul consenso e sulla revoca del consenso al trattamento, vadano rispettate); sia da coloro che affermano che la DCD invece non avrebbe legittimato in linea di principio tali contratti, ma si sarebbe limitata ad evitare di privare della sua tutela i consumatori, tuttavia chiarendo e disponendo che rimane esclusivamente in capo al GDPR il compito di stabilire se, a quali condizioni e in quale misura, siano ammissibili la fornitura e l'impegno a fornire i dati personali.

In proposito, ci sembra significativo osservare che nessuna delle due impostazioni manifesta la necessità di evidenziare le ragioni che sorreggono generalmente il riconoscimento normativo del potere di acconsentire al trattamento dei dati personali. Intendiamo dire: le ragioni del riconoscimento normativo di un simile potere: le *rationes legis*.

Viceversa, si tratta, a nostro sommo avviso, di una premessa imprescindibile ai fini dell'esame dei problemi qui discussi. Non essendo dubbia la salvezza e la prevalenza delle norme del GDPR sulle norme della DCD (art. 3, par. 8 DCD⁴⁶), riteniamo fondamentale cominciare con lo spiegare in modo rigoroso *perché* l'ordinamento europeo autorizza le persone a prestare il consenso al trattamento dei loro dati personali.

GENOVESE, *Trattamento dei dati personali e consenso dell'interessato*, in *La circolazione dei dati personali: persona, contratto e mercato*, cit., p. 93 ss.

⁴⁵ Cfr. G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto*, cit., p. 73 ss.

⁴⁶ Art. 3, par. 8 DCD: "Il diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali si applica a qualsiasi dato personale trattato in relazione ai contratti di cui al paragrafo 1. In particolare, la presente direttiva fa salvo il regolamento (UE) 2016/679 e della direttiva 2002/58/CE. In caso di conflitto tra le disposizioni della presente direttiva e del diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali, prevale quest'ultimo".



Non solo in che modo: *non solo come* (consenso «libero», «incondizionato», «inequivoco», «specifico», «espreso», «esplicito») *perché*. Dobbiamo cioè interrogarci sulle *ragioni del consenso*.

A nostro sommo avviso, se eludiamo questa domanda non ne veniamo a capo.

E aggiungiamo subito che tale esercizio va svolto *a cominciare dal GDPR*.

Si tratta in effetti di una domanda che è stata fino ad oggi poco approfondita anche nell'ambito degli studi sul GDPR, ma che, nel *mutato scenario economico e tecnologico* presentato dai sistemi di intelligenza artificiale e della *data economy*, non può continuare ad essere trascurata.

Nei limiti concessi a questo intervento, proveremo a dire la nostra opinione, premettendo alcune osservazioni sui contratti previsti dalla DCD e i requisiti del consenso di cui all'art. 4, n. 11 GDPR (par. 5.2.2 *infra*), e sui caratteri che impongono di distinguere i dati personali dal denaro e dalla generalità dei beni (par. 5.2.3 *infra*).

5.2.2. La necessità di guardare alle norme imperative sulle forme di manifestazione della volontà e sui limiti imposti dalla legge. In particolare sulla manifestazione di volontà dell'interessato-consumatore: i requisiti previsti dall'art. 4 n. 11 GDPR come requisiti di diritto europeo della volontà del consumatore-interessato nei contratti previsti dall'art. 3(1) DCD

Riteniamo corretto affermare che il consenso nei contratti in questione è propriamente e unicamente quello di due contraenti che concordano nel prevedere – beninteso *nelle forme e nei limiti imposti dalla legge* (come avviene per tutti i contratti) – la fornitura di dati personali del consumatore all'operatore economico quale remunerazione (esclusiva o concorrente ad un prezzo) di contenuti o servizi digitali offerti dall'operatore economico. Tale consenso è prestato *esattamente e precisamente* per la conclusione di contratti siffatti.

Postulare un doppio consenso è contrario alla realtà della manifestazione dei comportamenti, ed è inoltre incompatibile con la teoria del contratto, perché, attenendo la fornitura dei dati personali all'oggetto e - per quanto diremo appresso - anche alla causa del contratto, non si può immaginare un consenso contrattuale che *non* investa questi elementi.

Contrariamente a quanto si tende a cogliere nella già citata sentenza della Cassazione 17278/2018, nessuna insormontabile differenza di natura è cor-

rettamente postulabile tra consenso *privacy* e consenso negoziale, e contrattuale in particolare. La teoria del contratto ammette senz'altro al suo interno forme di manifestazione della volontà contrattuale 'rafforzate' (per usare l'aggettivo che si legge al punto 2.4 di quella sentenza) per previsione di norme imperative. In particolare, e venendo al nostro caso, non è incompatibile con la teoria del contratto interpretare gli artt. 4 n. 11 e 6(1)(a) del GDPR in combinato disposto con l'art. 3(1) DCD nel senso di ritenere che nei contratti previsti da quest'ultima disposizione il consenso del consumatore-interessato *debba* consistere in una manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile, con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile, che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento, con le modalità *e per le finalità previste nel contratto* e, sempre, beninteso, nei limiti imposti dalla legge (su cui v. *infra*).

Prima di soffermarci, per l'appunto, sui limiti imposti dalla legge, aggiungiamo che chi ripercorre descrittivamente le distinzioni tra consenso *privacy* e consenso contrattuale per postulare la necessità di intravedere nei contratti in questione due distinti consensi in guisa di due distinti atti giuridici, erra due volte: perché muove da un'idea - contraria alla realtà normativa - di un consenso contrattuale monolitico, ossia sempre uguale a se stesso; e perché non contempla la necessità, imposta ora dalla legge, di declinare il consenso contrattuale avente ad oggetto la fornitura di dati personali con i requisiti di manifestazione della volontà imposti dal GDPR.

Invece, la previsione di una norma come quella dell'art. 4, n. 11 GDPR non soltanto consente, ma *impone* di delineare precisi requisiti di diritto euro-unitario relativamente alla volontà del consumatore-interessato nei contratti previsti dall'art. 3(1) DCD nel senso di ritenere che tutte le volte che il consumatore remunera la controparte attraverso i suoi dati personali, la sua manifestazione di volontà deve avere a pena di invalidità quegli specifici requisiti previsti dall'art. 4, n. 11 GDPR.

5.2.3. In particolare sui limiti imposti dalla legge: i caratteri che impongono di distinguere i dati personali dal denaro e dalla generalità dei beni

Deve in secondo luogo osservarsi una particolarità fondamentale che risiede proprio *nei limiti imposti dalla legge* (della cui esistenza accennavamo prima) e che apre al contempo al *profilo del controllo sulla causa*, di cui parleremo fra breve (v. *infra* par. 5.2.6).

Per previsione di legge, i dati personali non sono come il denaro né come la generalità dei beni. Perché, mentre il denaro e la generalità dei beni, quando sono consegnati in esecuzione di un contratto, possono essere generalmente utilizzati da chi li riceve in qualunque modo (fuori da casi particolari, es. il denaro nel caso del mutuo di scopo, dove tuttavia ad imprimere la destinazione è in quel caso il regime del contratto, non già quello del denaro), i dati personali non possono essere – mai – in conseguenza del loro stesso regime imperativamente trattato dal GDPR, trattati da chi li raccoglie in qualunque modo e per qualunque finalità ma solo nei modi e per le finalità consentiti dal GDPR.

Anche se chi li raccoglie è l'operatore economico dei contratti previsti nella DCD.

I dati personali hanno un loro proprio regime – indipendente dal contratto ed intangibile da parte del contratto – che obbliga imperativamente il titolare del trattamento al rispetto di obblighi e divieti stringenti innanzitutto in ordine alle finalità del trattamento, e poi (e in conseguenza di ciò) in ordine alle modalità del trattamento.

Vengono in considerazione in proposito tutti i principi di cui all'art. 5 GDPR, e, per quanto ci preme più marcatamente qui sottolineare, le chiare disposizioni dell'art. 5, par. 1 lettere a) e b) del GDPR, per cui i dati personali devono essere *trattati in modo lecito, raccolti per finalità legittime e successivamente trattati in un modo che non sia incompatibile con tali finalità.*

In questo senso, deve affermarsi con nettezza che i dati personali *non sono generalmente assimilabili alla moneta e a nessun'altro bene*, pur rimanendo vero il loro ruolo di remunerazione all'interno dello schema di questi contratti, nel senso detto (v. *retro* par. 2 e 4 e, ancora, *infra* par. 5.2.4).

Si tratta di un aspetto che non risulta sufficientemente messo a fuoco dalla dottrina, che, comunemente, si attarda su altri aspetti, come il carattere c.d. non rivale dei dati personali⁴⁷.

Per impostare l'analisi giuridica sui contratti nei quali il consumatore fornisce o si impegna a fornire i suoi dati personali è viceversa essenzialmente rilevante mettere in luce i limiti di legge imperativi, inderogabili e del tutto peculiari che riguardano il trattamento dei dati personali. Ossia la questione del loro peculiare *regime giuridico* che distingue nettamente i dati personali dal denaro e dalla generalità dei beni.

⁴⁷ V. però V. RICCIUTO, *L'equivoco della privacy*, cit., p. 145 ss. e 152 ss., che correttamente evidenzia come anche nell'ambito della circolazione governata da rapporti contrattuali il dato personale "circola «protetto»".

Posta in luce la particolarità e l'*unicità* del regime generale inderogabile dei dati personali (approntato dal GDPR), risulta anche meramente suggestiva e *giuridicamente* inservibile la ricorrente comparazione dei dati personali al petrolio o ad altri beni.

Possiamo pertanto conclusivamente convenire intorno alla *necessità* imposta dalle norme del GDPR di guardare alle *modalità e alle finalità del trattamento* dei dati personali per comprendere ciò che distingue i dati personali dal denaro e dalla generalità dei beni *anche nella prospettiva dello scambio contrattuale e della c.d. monetizzazione.*

Tale necessità rimane intatta anche quando i dati personali costituiscono per contratto remunerazione di prodotti o servizi, o vengano ceduti (da chi li ha raccolti o dallo stesso interessato) a terzi dietro compenso o a titolo gratuito.

Quest'ultima ipotesi (la cessione dietro compenso o a titolo gratuito) non è contemplata dalla DCD, ma va nondimeno tenuta in considerazione, perché è invece già espressamente contemplata – come visto – da altre fonti (v. *retro*, par. 2, a proposito del *Data Governance Act* e della proposta di *Data Act*) e perché, inoltre, anche essa impone di individuare la base del trattamento ai sensi dell'art. 6 GDPR, motivo per il quale nel successivo paragrafo (v. *infra* par. 5.2.4) tratteremo di questa ipotesi insieme alle altre due.

5.2.4. La necessità di guardare alle specifiche finalità del trattamento per comprendere la funzione o causa del consenso come atto di autonomia: la fornitura di dati personali in funzione servente ('dati serventi'), in funzione remunerativa ('dati remuneranti') e come prestazione caratteristica del contratto. La granularità causale

Venendo alla base del consenso *privacy*, guardare alle *finalità* del trattamento dei dati personali è necessario *per comprendere la funzione o causa del consenso* di cui all'art. 6(1)(a) GDPR *come atto di autonomia.*

Tradizionalmente, le «specifiche finalità» di cui all'art. 6(1)(a) GDPR (base del consenso) sono state considerate nell'ottica del *consenso informato*. L'interessato deve conoscere - prima di dare il consenso - le specifiche finalità. Ed è senz'altro giusto. *Ma non è tutto.* Perché le specifiche finalità vanno considerate a nostro avviso anche nell'ottica della *causa o funzione* del consenso, inteso come *atto di autonomia.* Questo è il punto fondamentale. L'interessato dà il suo consenso *affinché, perché* i





suoi dati vengano trattati per specifiche finalità e non per altre.

Non possiamo dilungarci in questa sede sulle 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 e nella formula dell'art. 6(1)(a) GDPR.

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

Come atto di volontà libera rivolto a un fine, quindi, deve ammettersi che *un fine c'è*, che c'è una funzione, una causa, e *dunque* una previsione di essa da parte della legge; e *dunque e necessariamente* un controllo su di essa da parte della legge.

E deve trattarsi, naturalmente, di un fine particolare, ciò che permette di distinguere la base del consenso da quella dell'esecuzione del contratto, di cui alla lettera b) della medesima previsione del Regolamento (art. 6(1)(b) GDPR).

Per spiegare *sul piano funzionale* (quello che ci preme mettere qui in luce) la differenza tra le due basi, possiamo far riferimento alle istruttorie avviate nell'ottobre dello scorso anno dal Garante privacy italiano (e non ancora chiuse alla data in cui chiudiamo il presente contributo)⁴⁸ aventi ad oggetto l'iniziativa di alcuni editori di giornali *online* di prevedere un *banner* che comunica ai potenziali lettori che la lettura del giornale digitale potrà avvenire, a loro scelta, dietro il pagamento di un prezzo in denaro o dietro l'accettazione di *cookie* di profilazione di terze parti.

La vicenda, che riguarda *la Repubblica* e altre testate (le quali in realtà hanno seguito la strada già imboccata da *Le Monde* in Francia), offre effettivamente l'occasione per fare il punto sull'applicazione del GDPR, da un lato, e la tenuta del nuovo assetto normativo disegnato dalla DCD, dall'altro lato.

Per orientarsi, può essere utile proporre una distinzione tra due tipologie di dati personali, che possiamo chiamare «dati serventi» e «dati remuneranti». La distinzione, naturalmente, non attiene ai dati in sé considerati, ossia allo specifico oggetto

delle relative informazioni⁴⁹, bensì alla funzione per la quale essi sono forniti dall'interessato e raccolti dal titolare.

Possiamo dire che alla prima categoria appartengono quei dati che hanno una funzione servente rispetto all'adempimento di un'obbligazione, e la cui fornitura, o permesso di raccolta, corrisponde, nella teoria delle obbligazioni, all'obbligo di cooperazione del creditore all'adempimento dell'obbligazione.

L'esempio classico è quello del dato personale consistente nell'indirizzo del consumatore nella vendita che prevede a carico del venditore l'obbligazione di consegna del bene al domicilio del consumatore. Oppure si può fare l'esempio dei dati personali sulla visione dei film su Netflix, rispetto all'obbligazione contrattuale di Netflix di fornire dei consigli di visione all'utente. Anche questi sono dati serventi, nella misura in cui permettono una profilazione dell'utente funzionale al servizio fornito da Netflix e contrattualizzato con il cliente.

Nell'impianto del GDPR, la base del trattamento dei dati serventi è, coerentemente, quella dell'esecuzione dei contratti di cui art. 6(1)(b) e ben si spiega, di conseguenza, che non sia necessario un consenso *ad hoc* per il trattamento dei dati serventi, tanto meno un consenso revocabile.

I «dati remuneranti», invece, sono quei dati che, in luogo di un prezzo in denaro, o insieme ad un prezzo in denaro, costituiscono la remunerazione (totale o parziale) di una prestazione cui sia tenuto un debitore, tipicamente per contratto. Come abbiamo visto, la DCD contempla proprio contratti siffatti, ossia contratti nei quali il consumatore acquista contenuti digitali fornendo dati personali.

A nostro avviso, a questa tipologia di contratti rispondono anche le offerte delle testate *online* di cui all'oggetto delle riferite istruttorie. In questo caso, infatti, l'eventuale consenso dei lettori a far raccogliere i loro dati personali attraverso *cookie* di terze parti non serve lo scopo di consentire all'editore l'esecuzione della sua prestazione (consentire l'accesso agli articoli) ma costituisce la remunerazione di tale prestazione, perché l'editore può monetizzare questo consenso facendosi pagare in denaro dalle terze parti che installano i *cookie*.

Nel sistema del GDPR, la base del trattamento dei dati remuneranti sembra essere quella del consenso per specifiche finalità ex art. 6(1)(a), e alla relativa disciplina bisogna sicuramente far riferimento nella specifica materia dei *cookie* per coordinarsi con le previsioni del consenso previsto dalle disposizioni nazionali contenute nel D.lgs.

⁴⁸ Facciamo riferimento ai tre comunicati stampa del Garante per la protezione dei dati personali italiano del 18.10.2022, del 21.10.2022 e del 12.11.2022 su cui v. la notizia n. 11 nella Rubrica *Diritto e nuove tecnologie*, in *Persona e mercato*, 4/2022, p. 715 ss.: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2023/01/Osservatorio.pdf> e, sul sito del Garante ai seguenti link: <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>.

⁴⁹ Sulle nozioni di informazioni e dati a proposito della definizione di dati personali, sia consentito il rinvio a S. ORLANDO, *Data vs. Capta: intorno alla definizione di dati*, in *Nuovo Diritto Civile*, 4/2022, p. 14 ss., spec. p. 26 ss.

196/2003 c.d. Codice *privacy*⁵⁰ adottate in attuazione della direttiva 2002/58/CE c.d. e-privacy⁵¹.

Il consenso previsto come base del consenso dall'art. 6(1)(a) GDPR contempla il diritto di revoca da parte dell'interessato, con effetti *pro futuro*.

Comprensibilmente, per la delicatezza e la novità del fenomeno, da più parti si è manifestata l'esigenza di linee guida sulle nuove opportunità e sui nuovi obblighi che gli editori digitali hanno nel quadro normativo arricchito dalla direttiva DCD, considerando che in tale nuovo quadro non soltanto bisogna mettere i potenziali lettori in condizione di prestare il loro consenso in modo libero, consapevole e inequivocabile, ma anche bisogna renderli edotti che si sta chiedendo loro di concludere un contratto che prevede l'acquisto di contenuti digitali in cambio del potere di trattare i loro dati personali per specifiche finalità; ed al contempo occorre informarli del loro diritto di revocare il consenso e delle relative conseguenze. E si è osservato che, attesa la dimensione europea delle normative interessate, oltre all'annunciato intervento del Garante Privacy italiano, sarebbe auspicabile una presa di posizione del Garante europeo e dello EDPB (*European Data Protection Board*).

Naturalmente, questa apertura non comporta affatto che i contratti che prevedono la fornitura dei dati personali in funzione remunerante possano consentire qualunque finalità e modalità di trattamento dei dati personali. Tutto al contrario: questa apertura *in tanto* è ammessa ed è stata operata dall'ordinamento europeo, *in quanto* (come ribadito in tutte le fonti) venga rispettato il GDPR, che, come detto, costituisce il *regime speciale ed imperativo dei dati personali* (v. *retro*, par. 5.2.3).

Va in proposito sottolineato che il regime speciale ed inderogabile dei dati personali approntato dal GDPR comprende la revocabilità del consenso *ma non si esaurisce affatto nella revocabilità del consenso*, perché comprende tutte le altre norme imperative sul trattamento dei dati a partire da tutti i principi di cui all'art. 5 GDPR. Ai fini del discorso che ci preme coltivare in questo intervento sulla liceità ed illiceità del consenso, svilupperemo qui di seguito *in particolare* l'esame della regola contenuta nel principio di limitazione di cui all'art. 5(1)(b) GDPR che *prescrive* che i dati personali vengano raccolti per finalità di trattamento *legittime* (v. *infra* par. 5.2.6). Ma il rilievo è generale e riguarda tutti i

principi di cui all'art. 5(1) GDPR ossia tutte le norme del GDPR che fissano lo *statuto dei dati personali*. Esso deve essere interamente rispettato dai contratti nei quali, secondo la previsione della DCD il consumatore fornisce o si impegna a fornire i suoi dati personali in luogo o insieme ad un prezzo. Sembra opportuno ribadirlo: a tutelare l'interessato nel caso dei contratti di cui discutiamo non c'è soltanto la revoca del consenso.

Le stesse identiche considerazioni vanno fatte a proposito di quei contratti, non previsti dalla DCD, ma previsti da altre fonti (*Data Governance Act* e proposta di *Data Act*: v. *retro*, par. 2), nei quali la fornitura dei dati personali costituisce l'oggetto della prestazione caratteristica in contratti a titolo oneroso o gratuito (c.d. altruismo dei dati).

Anche per questi contratti, la base del consenso deve intendersi articolata e declinata unitariamente come consenso contrattuale al quale l'art. 4, n. 11 GDPR impone un requisito di manifestazione 'rafforzata' della volontà del contraente-interessato. Ed anche per questi contratti varranno tutte le norme imperative sul trattamento dei dati personali, i principi di cui all'art. 5 GDPR e, come detto, la regola della revocabilità del consenso, la quale – lo diciamo qui incidentalmente – è pienamente compatibile con la teoria del contratto, ed in particolare è ben inseribile all'interno dell'amplissima ed articolata fenomenologia ordinamentale del recesso legale⁵².

In altre parole, ed in sintesi, *l'autonomia contrattuale è – nell'ambito della circolazione dei dati personali – modellata dallo statuto imperativo ed inderogabile dei dati personali approntato dal GDPR*.

Comprendere che l'autonomia contrattuale è in quest'ambito - come d'altronde in ogni ambito – necessariamente limitata, e, in particolare che in questo ambito essa è modellata dai divieti e dagli obblighi che disegnano il regime imperativo dei dati personali di cui al GDPR, non è ancora tutto, perché deve ancora comprendersi e valutare *per quale ragione l'interessato presta il suo consenso*.

In proposito è importante osservare che *non basta* dire, quanto ai dati remuneranti, che la loro fornitura serve "per comprare un servizio", così come *non basta* dire, quanto ai dati che formano l'oggetto della prestazione caratteristica di contratti a titolo oneroso o gratuito, che la loro fornitura serve "per ricevere soldi" (contratti a titolo oneroso) o "per altruismo" (contratti a titolo gratuito), perché le «specifiche finalità» del trattamento - che il GDPR im-

⁵⁰ Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n.196 recante il "Codice in materia di protezione dei dati personali".

⁵¹ Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche).

⁵² È sufficiente qui citare, per l'importanza che ha assolto nel segnalare nell'ordinamento italiano la pluralità di funzioni e (di conseguenza) di regimi delle numerose figure di recesso legale, l'opera collettanea *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di G. De Nova, Milano, Giuffrè, 1994.





pone di indicare nell'atto di consenso, ai sensi dell'art. 6(1)(a) – *devono entrare per legge*, ossia sulla base della richiamata previsione prescrittiva del GDPR – *all'interno della causa del negozio*; e, per quanto qui importa osservare, di tutti i contratti: sia i contratti previsti dalla DCD, che prevedono un accordo sul trattamento dei dati personali per specifiche finalità in funzione remunerante; sia gli altri contratti, nei quali (come previsto dal *Data Governance Act* e dalla proposta di *Data Act*) la fornitura dei dati personali a titolo oneroso o gratuito costituisce la prestazione caratteristica, e dove, nondimeno, colui ai quali vengono forniti i dati acquista precisamente il potere di utilizzarli solo per specifiche finalità e nella cornice del regime prescrittivo disegnato dal GDPR.

Si impone così, nell'esame della causa in concreto di tutti questi contratti, una valutazione *analitica* sulle finalità di trattamento, che, non a caso, devono essere «specifiche», nella previsione dell'art. 6(1)(a) GDPR, ossia specificamente asseverabili.

L'interessato deve volere quelle finalità di trattamento ed esse devono essere legittime. Ed infatti nessuno dubita che l'art. 5(1)(b) GDPR che impone che i dati personali debbano essere raccolti per finalità "legittime" si applichi anche in costanza della base del consenso.

Dobbiamo dunque necessariamente concludere che le specifiche finalità di trattamento relativamente alle quali viene prestato il consenso devono essere come minimo *volute e legittime*.

In questo contesto, è importante sottolineare altresì qualcosa che viene generalmente ignorato - mi riferisco soprattutto al fenomeno del *tying* e al settore della pubblicità personalizzata - ossia che *gli interessati possono avere e manifestare uno specifico interesse a che i loro dati personali siano trattati per certe finalità*.

A dispetto di quanto si è mossi a credere sulla scorta di convinzioni sedimentatesi in un'epoca nella quale la dimensione del digitale non aveva ancora assunto quella connotazione *esistenziale* che oggi è viceversa oggettivamente riscontrabile ed innegabile, è ravvisabile uno specifico interesse delle persone al trattamento dei loro dati personali, anche relativamente ai fenomeni del *marketing*. L'argomento meriterebbe una più ampia trattazione⁵³. Qui ci limitiamo a dire che, se storicizziamo il fenomeno del *marketing* e comprendiamo che esso ha ormai da decenni superato la dimensione della pubblicità per assumere quella della comunicazione, si tratta di un

interesse delle persone - che vivono una vera e propria dimensione esistenziale *online* - alla *comunicazione personalizzata* e ai *contenuti digitali*: ossia che si tratta di un interesse delle persone a trovare, a rimanere dentro (o a non essere esclusi da) *il proprio posto nell'ecosistema digitale*.

Nell'ambito del diritto euro-unitario (cui dobbiamo idealmente sempre far riferimento per non incorrere nell'errore di ragionare solo con categorie proprie dell'elaborazione del diritto italiano senza chiederci quale riscontro vi si possa ritrovare nelle fonti del diritto europeo in termini di regole o principi) il GDPR *impone* di stabilire in particolare quali specifiche finalità di trattamento possano definirsi «legittime» e quali, *a contrario*, «illegittime»: art. 5(1)(b) GDPR.

Il punto è - come ben si può intuire - quello di evitare abusi da chi raccoglie dati personali facendo leva sull'interesse delle persone a ricevere contenuti digitali e a vivere nell'ecosistema digitale (interesse ormai diventato autenticamente ed innegabilmente esistenziale, come osservato) e di distinguere dunque tra finalità di trattamento legittime ed illegittime (v. *infra*, par. 5.2.6), ed in ogni caso - anche tra quelle legittime - tra quelle volute e quelle non volute dall'interessato (v. *infra*, par. 5.2.5).

Con un approccio che deve - di conseguenza - tendere a far emergere dalla formula dell'art. 6(1)(a) GDPR una *granularità causale* dell'atto di consenso, quanto meno relativamente: (i) a specifiche finalità di trattamento che l'interessato manifesti di voler scegliere o scartare tra quelle legittime (posto che l'interessato ben può manifestare di non volere specifiche finalità di trattamento pur legittime); e (ii) a specifiche finalità di trattamento illegittime, affidate (nell'epoca dell'intelligenza artificiale) a determinati algoritmi che sono individuabili per la loro idoneità a trattare i dati personali per il perseguimento di finalità illegittime.

Prima di esaminare questi ulteriori aspetti, per concludere con una riassuntiva indicazione normativa di quanto ha tratto oggetto del presente paragrafo, possiamo dire che:

- l'art. 6(1)(a) GDPR è (i) la base del trattamento dei «dati remuneranti» come nelle ipotesi previste dalla DCD, e anche (ii) la base del trattamento dei dati personali che formano l'oggetto della prestazione caratteristica in quei contratti (non previsti dalla DCD ma previsti dal *Data Governance Act* e dalla proposta di *Data Act*) che ne contemplano la fornitura a titolo oneroso o a titolo gratuito. In tutti questi casi, il consenso è un consenso contrattuale al trattamento dei dati personali per specifiche finalità, che deve avere, quanto alla manifestazione di volontà dell'interessato, i requisiti dell'art. 4, n. 11 GDPR e che è revocabile da parte dell'interessato.

⁵³ Sia consentito rinviare a S. ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, in *Persona e mercato*, 4/2022, p. 527 ss.

Entrambi i caratteri sono compatibili con la teoria dei contratti e, più generalmente, dei negozi giuridici (consenso 'rafforzato' a tutela di uno dei contraenti, recesso legale). In tutti questi casi, il contratto deve rispettare integralmente i principi e le norme imperative di cui al GDPR, ciò che può sinteticamente dirsi affermando che l'autonomia contrattuale nella materia della circolazione dei dati personali è modellata sullo statuto inderogabile dei dati personali disegnato dal GDPR;

- l'art. 6(1)(b) GDPR è la base del trattamento dei «dati serventi». In queste ipotesi, la fornitura dei dati risponde all'obbligo di cooperazione del creditore all'adempimento dell'obbligazione, fermo restando, anche in questo caso, che il potere del contraente che riceve i dati personali è funzionalmente qualificato e limitato (all'esecuzione del contratto). Inoltre, seppure in queste ipotesi non c'è un consenso revocabile da parte dell'interessato, il contraente titolare del trattamento rimane pur sempre obbligato al rispetto di tutte le norme e i principi del GDPR che disegnano lo statuto inderogabile dei dati personali.

5.2.5. (segue) sulla granularità causale anche all'interno di fasci di finalità di trattamento legittime. In particolare, le norme del DSA che prevedono il consenso degli utenti sui parametri del targeting e sui parametri dei sistemi di raccomandazione.

Che la normativa europea vada nella direzione di attribuire rilevanza alla granularità causale dei negozi attraverso i quali gli interessati esprimono il loro consenso al trattamento dei loro dati personali⁵⁴ trova conferma nel regolamento (UE) 2022/2065 (*Digital Services Act*, "DSA")⁵⁵, che, da ultimo, ha previsto che i destinatari dei servizi di piattaforme online possano modificare i parametri della pubblicità ad essi rivolta⁵⁶ così come le opzioni che in-

⁵⁴ Cfr. P. STANZIONE, *Conclusioni*, cit. p. 162.

⁵⁵ Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali).

⁵⁶ L'art. 26 DSA rubricato *Pubblicità sulle piattaforme online* così prevede al par. 1 lett. d): "1. I fornitori di piattaforme online che presentano pubblicità sulle loro interfacce online provvedono affinché, per ogni singola pubblicità presentata a ogni singolo destinatario, i destinatari del servizio siano in grado di identificare in modo chiaro, conciso, inequivocabile e in tempo reale quanto segue [...] d) informazioni rilevanti direttamente e facilmente accessibili dalla pubblicità relative ai parametri utilizzati per determinare il destinatario al quale viene presentata la pubblicità e, laddove applicabile, alle modalità di modifica di detti parametri".

fluenzano i parametri dei sistemi di raccomandazione che determinano l'ordine delle informazioni ad essi presentate⁵⁷.

In questo contesto, appare inoltre rilevante osservare come già nella sopra citata sentenza della Corte di Cassazione 17278/2018 si sottolineava che il requisito della specificità del consenso al trattamento dei dati personali debba essere inteso nel senso di ritenere normativamente necessaria quanto meno l'indicazione dei settori merceologici o dei servizi cui i messaggi pubblicitari sono riferiti, e che, viceversa, al fine dell'assolvimento di quel requisito non possa ritenersi sufficiente una generica indicazione della finalità di inviare non meglio identificati messaggi pubblicitari⁵⁸.

5.2.6. La necessità di guardare alle specifiche finalità del trattamento per valutare anche se esse siano legittime e per giudicare sulla validità/invalidità (totale o parziale) del consenso prestato per finalità illegittime.

Veniamo così al terzo motivo per cui appare necessario guardare alle specifiche finalità di trattamento.

⁵⁷ L'art. 27 DSA rubricato *Trasparenza dei sistemi di raccomandazione* così reca: "1. I fornitori di piattaforme online che si avvalgono di sistemi di raccomandazione specificano nelle loro condizioni generali, in un linguaggio chiaro e intellegibile, i principali parametri utilizzati nei loro sistemi di raccomandazione, nonché qualunque opzione a disposizione dei destinatari del servizio che consente loro di modificare o influenzare tali parametri principali. 2. I principali parametri di cui al paragrafo 1 chiariscono il motivo per cui talune informazioni sono suggerite al destinatario del servizio. Essi comprendono i seguenti elementi minimi: a) i criteri più significativi per determinare le informazioni suggerite al destinatario del servizio; b) le ragioni per l'importanza relativa di tali parametri. 3. Qualora siano disponibili diverse opzioni a norma del paragrafo 1 per i sistemi di raccomandazione che determinano l'ordine relativo delle informazioni presentate ai destinatari del servizio, i fornitori di piattaforme online rendono disponibile anche una funzionalità che consente al destinatario del servizio di selezionare e modificare in qualsiasi momento l'opzione preferita. Tale funzionalità è direttamente e facilmente accessibile dalla sezione specifica dell'interfaccia online della piattaforma online in cui alle informazioni è data priorità".

⁵⁸ Cass. 17278/2018, punto 2.6 "[...] Inoltre, ritiene il Collegio, perché il consenso possa essere detto specifico, che esso, per la contraddizione che non lo consente, non possa essere genericamente riferito a non meglio identificati messaggi pubblicitari, sicché colui il quale abbia chiesto di fruire di un servizio di informazioni giuridico-fiscali, si debba vedere poi raggiunto da pubblicità di servizi o prodotti non attinenti alle ricerche effettuate. È allora specifico, per questo aspetto, il consenso se riferito 'ad un trattamento chiaramente individuato', il che comporta la necessità, almeno, dell'indicazione dei settori merceologici o dei servizi cui i messaggi pubblicitari saranno riferiti".



Un controllo sulla funzione o fine degli atti di autonomia privata avviene in tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri della UE, sia che si impieghi il termine «causa» sia che non lo si impieghi o che non lo si impieghi più (come nel caso dell'ordinamento francese: là adesso si dice *but*, fine, ma la riforma ha confermato il controllo di liceità sul *but*)⁵⁹. Nel caso dell'atto di autonomia in che consiste il consenso al trattamento dei dati personali, deve ritenersi che il GDPR prevede che esiste un fine del consenso al trattamento, individuato come detto nelle «specifiche finalità» nell'art. 6(1)(a). E poi abbiamo visto che il GDPR prevede la doverosità che i dati siano raccolti per «finalità legittime» (art. 5(1)(b) GDPR), e dunque, implicitamente distingue tra *finalità legittime* e *finalità non legittime*.

Lo stesso deve dirsi a proposito degli artt. 9 e 22 GDPR relativamente al «consenso esplicito» contemplato in quegli articoli.

Senza girarci intorno, riteniamo che sia necessario affermare un'interpretazione degli artt. 6, 9 e 22 GDPR funzionalmente orientata che consenta di stabilire l'invalidità totale o parziale del consenso (anche del consenso esplicito) laddove sia rivolta a finalità di trattamento illegittime.

In particolare, quanto all'art. 6 par.1 lett. a) GDPR, riteniamo che esso debba interpretarsi nel senso che esso sottintenda necessariamente l'aggettivo «legittime» quando parla di «specifiche finalità»⁶⁰; come d'altronde la successiva lettera b) deve interpretarsi nel senso che esso sottintenda necessariamente l'aggettivo «lecito» quando parla di «contratto», perché davvero non potrebbe sensatamente ritenersi che la base del trattamento possa consistere in questo caso nell'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 con-

senso. 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 dunque contrastata e superata la concezione circolare e formalistica per la 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, al fine, alla causa per la quale il consenso è prestato e che si ricava dalle specifiche finalità del trattamento.*

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) ma in più reso per specifiche finalità di trattamento legittime.

Dunque una giustificazione funzionale deve esserci per la base del consenso, come a ben vedere c'è, per *tutte* le altre basi ex art. 6 GDPR.

Piuttosto, come detto, va promossa, insieme all'idea del requisito della granularità del *consenso*, l'idea della «granularità delle finalità» o granularità causale, che è la specificità delle finalità («specifiche finalità») vista nella dimensione della causa e non solo in quella (pur necessaria) della sola volontà informata, e affermare che solo alcune finalità sono ammesse dall'ordinamento in quanto lecite. Ai fini del controllo sulla legittimità delle finalità non basta dire genericamente «finalità di profilazione», «finalità di *marketing*», «finalità di *targeting*»⁶¹.

Allo stesso modo, deve ritenersi con riferimento al «consenso esplicito» di cui all'art. 9, par. 2 lett. a) e all'art. 22 par. 2 lett. c) GDPR.

Quanto al consenso esplicito previsto per le particolari categorie di dati dall'art. 9 GDPR è significativo osservare che esso è idoneo a vincere il divieto del trattamento dei medesimi dati *solo ove ciò non sia in contrasto* con il diritto dell'Unione o degli Stati membri⁶². Come può ben vedersi, qui è lo stesso GDPR che pone un limite di validità al consenso esplicito per contrasto con altre fonti: che è quanto dire che il consenso esplicito in tali casi (pur

⁵⁹ Cfr., da ultimo e per tutti, R. FORNASARI, *Causa, meritevolezza e razionalità del contratto*, Milano, 2022, p. 267 ss.

⁶⁰ Che la determinata finalità del trattamento per la quale l'interessato acconsente al trattamento debba essere «legittima» è previsto espressamente anche nel nuovo regime dell'altruismo dei dati predisposto dal *Data Governance Act*. V. art. 21(1)(a) DGA: «1. Un'organizzazione per l'altruismo dei dati riconosciuta informa in maniera chiara e facilmente comprensibile gli interessati o i titolari dei dati, prima di qualsiasi trattamento dei loro dati, in merito: a) agli obiettivi di interesse generale e, se opportuno, alla finalità determinata, esplicita e *legittima* per cui i dati devono essere trattati, e per i quali acconsentono al trattamento dei loro dati da parte di un utente dei dati».

⁶¹ Sia consentito rinviare a S. ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, cit.

⁶² Art. 9(2)(a) GDPR: «2. Il paragrafo 1 non si applica se si verifica uno dei seguenti casi: a) l'interessato ha prestato il proprio consenso esplicito al trattamento di tali dati personali per una o più finalità specifiche, salvo nei casi in cui il diritto dell'Unione o degli Stati membri dispone che l'interessato non possa revocare il divieto di cui al paragrafo 1».



se esplicito, per l'appunto, e anche libero, informato, specifico, non ambiguo) sarebbe *illecito* e dunque invalido.

Allo stesso modo – anche se non si può in questa sede sviluppare l'argomento come meriterebbe – deve ritenersi che, allorquando l'art. 22 GDPR prevede che il consenso esplicito possa vincere il divieto contenuto nel primo comma del medesimo articolo, *sottintenda* anch'esso che tale consenso è idoneo a vincere il divieto *solo ove ciò non sia in contrasto* con il diritto dell'Unione o degli Stati membri⁶³.

Anche per il consenso esplicito dell'art. 22 GDPR deve contemplarsi l'ipotesi della illiceità.

Non si vede, d'altronde, come potrebbe definirsi valido un consenso - laddove anche esplicito, libero, informato, specifico e non ambiguo - prestato per finalità di trattamento illegittime in quanto contrastanti con il divieto di porre in essere pratiche commerciali scorrette ex art. 5 direttiva 2005/29/CE (dati personali raccolti e utilizzati per finalità di distorsione comportamentale dei consumatori) o in quanto contrastanti con il divieto di porre in essere pratiche fuorvianti ai sensi dell'art. 25 del *Digital Services Act* (dati personali trattati per finalità di distorsione comportamentale su piattaforme online, anche fuori dai casi di applicazione del divieto delle pratiche commerciali scorrette), o in quanto contrastanti con i divieti degli articoli 28(2) e 26(3) del medesimo DSA (dati personali raccolti per trattamento di profilazione per finalità di pubblicità sulle piattaforme *online* destinate ai minori, o altrimenti basato sulle particolari categorie di dati di cui all'art. 9(1) GDPR), o in quanto contrastanti con il divieto dell'art. 12(1) della proposta di regolamento relativo alla trasparenza e al targeting della pubblicità politica COM(2021) 731 *final* del 25.11.2021 (dati personali raccolti per l'impiego in tecniche di *targeting* o amplificazione in ambito di pubblicità politica che comportano il trattamento delle particolari categorie di dati di cui all'art. 9(1) GDPR), o in quanto contrastanti con il divieto di utilizzare determinati sistemi di intelligenza artificiale, previsto dall'art. 5 della proposta di *Artificial Intelligence Act*⁶⁴ (dati personali raccolti per addestrare sistemi di intelligenza artificiale la cui immissione sul mercato, messa in servizio e uso sono vietati ai sensi di quella disposizione)⁶⁵.

⁶³ D. IMBRUGLIA, *Le presunzioni delle macchine e il consenso dell'interessato*, in corso di pubblicazione.

⁶⁴ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione COM(2021) 206 *final* del 21 aprile 2021.

⁶⁵ 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.

5.2.7. Le sfide costruttive

Molteplici sono le sfide ermeneutiche presentate dai contratti con i quali gli interessati forniscono o si impegnano a fornire dati personali; e molto più numerose di quelle cui si è fatto cenno in questa relazione. Basti pensare ai temi relativi all'interpretazione, all'integrazione e all'esecuzione di questi contratti.

Cionondimeno, come già indicato relativamente alle questioni fin qui velocemente toccate, l'orientamento per affrontarli è *sempre lo stesso*. Esso è chiaro ed univoco: tutti questi temi devono essere affrontati a partire dallo *statuto inderogabile dei dati personali* approntato dal GDPR, che costituisce un vero e proprio regime imperativo. Esso, con i suoi precetti, modella l'autonomia contrattuale nel settore della circolazione dei dati personali, consentendo *in quest'ambito* di imprimere una precisa fisionomia alle regole del diritto europeo dei contratti; con un'azione della quale non possiamo non notare una portata che non è esagerato definire epocale. Fuor di retorica, intendiamo dire che il GDPR consente e *per la prima volta impone* ai giuristi europei una riflessione volta ad una elaborazione *unitaria* (nel senso del diritto dell'Unione europea) sugli atti di autonomia privata e sui contratti in particolare.

Questa volta non si tratta per i giuristi di un'opzione, di una semplice possibilità di confronto culturale, come tante ce ne sono state in passato. Si tratta invece di un *dovere ermeneutico* (nel senso dell'interpretazione in funzione applicativa) imposto dalla prevalenza, ribadita prescrittivamente in ogni fonte normativa, del GDPR sulle altre fonti⁶⁶.

⁶⁶ Quanto al *Data Governance Act*, cfr.: art. 1(3) ("Il diritto dell'Unione e nazionale in materia di protezione dei dati personali si applica a qualsiasi dato personale trattato in relazione al presente regolamento. In particolare, il presente regolamento non pregiudica i regolamenti (UE) 2016/679 e (UE) 2018/1725 e le direttive 2002/58/CE e (UE) 2016/680, anche per quando riguarda i poteri e le competenze delle autorità di controllo. In caso di conflitto tra il presente regolamento e il diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali o il diritto nazionale adottato conformemente a tale diritto dell'Unione, prevale il pertinente diritto dell'Unione o nazionale in materia di protezione dei dati personali. Il presente regolamento non crea una base giuridica per il trattamento dei dati personali e non influisce sui diritti e sugli obblighi di cui ai regolamenti (UE) 2016/679 e (UE) 2018/1725 o alle direttive 2002/58/CE o (UE) 2016/680"); art. 25(3) ("Qualora siano forniti dati personali, il modulo europeo di consenso all'altruismo dei dati garantisce che gli interessati possano dare e revocare il proprio consenso a una specifica operazione di trattamento dei dati conformemente alle prescrizioni di cui al regolamento (UE) 2016/679"); Considerando 4 ("...In caso di conflitto tra il presente regolamento e il diritto dell'Unione in materia di prote-

zione dei dati personali o del diritto nazionale adottato conformemente a tale diritto dell'Unione, il pertinente diritto dell'Unione o nazionale in materia di protezione dei dati personali dovrebbe prevalere ...”; Considerando 31 (“...In tale contesto è importante riconoscere che i diritti a norma del regolamento (UE) 2016/679 sono diritti personali dell'interessato e che quest'ultimo non può rinunciarvi ...”); Considerando 35 (“Il presente regolamento dovrebbe lasciare impregiudicati l'obbligo incombente ai fornitori di servizi di intermediazione dei dati di rispettare il regolamento (UE) 2016/679 e la responsabilità delle autorità di controllo di garantire il rispetto di tale regolamento. Qualora i fornitori di servizi di intermediazione dei dati trattino dati personali, il presente regolamento non dovrebbe pregiudicare la protezione degli stessi. Qualora siano titolari del trattamento o responsabili del trattamento dei dati quali definiti nel regolamento (UE) 2016/679, i fornitori di servizi di intermediazione dei dati sono vincolati dalle norme di tale regolamento”); Considerando 44 (“...per qualsiasi questione che richieda la valutazione della conformità al regolamento (UE) 2016/679, l'autorità competente per i servizi di intermediazione dei dati dovrebbe, se del caso, chiedere all'autorità di controllo competente istituita a norma di tale regolamento di emettere un parere o una decisione”); Considerando 50: (“...Qualora siano titolari del trattamento o responsabili del trattamento dei dati ai sensi del regolamento (UE) 2016/679, le organizzazioni per l'altruismo dei dati riconosciute dovrebbero rispettare le norme di tale regolamento. L'altruismo dei dati sarebbe basato in genere sul consenso degli interessati ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), e dell'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (UE) 2016/679, che dovrebbe rispettare i requisiti per il consenso lecito conformemente agli articoli 7 e 8 di tale regolamento. A norma del regolamento (UE) 2016/679, le finalità di ricerca scientifica potrebbero essere sostenute dal consenso in determinati settori di ricerca scientifica, laddove vi sia rispetto delle norme deontologiche riconosciute per la ricerca scientifica, o soltanto a determinati settori di ricerca o parti di progetti di ricerca. L'articolo 5, paragrafo 1, lettera b), del regolamento (UE) 2016/679 specifica che un ulteriore trattamento a fini di ricerca scientifica o storica o a fini statistici non è, conformemente all'articolo 89, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2016/679, considerato incompatibile con le finalità iniziali...”); Considerando 51 (“...In particolare, per qualsiasi questione che richieda la valutazione della conformità al regolamento (UE) 2016/679, l'autorità competente per la registrazione delle organizzazioni per l'altruismo dei dati dovrebbe, se del caso, chiedere all'autorità di controllo competente istituita a norma di tale regolamento di emettere un parere o una decisione”). Quanto alla proposta di *Data Act* COM(2022) 68 final, cfr.: art. 1(3) (“Il diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali, della vita privata e della riservatezza delle comunicazioni e dell'integrità delle apparecchiature terminali si applica ai dati personali trattati in relazione ai diritti e agli obblighi di cui al presente regolamento. Il presente regolamento non pregiudica l'applicabilità del diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali, in particolare il regolamento (UE) 2016/679 e la direttiva 2002/58/CE, nonché i poteri e le competenze delle autorità di controllo. Per quanto riguarda i diritti di cui al capo II del presente regolamento, e qualora gli utenti siano gli interessati di dati personali soggetti ai diritti e agli obblighi di cui a tale capo, le disposizioni del presente regolamento integrano il diritto alla portabilità dei dati di cui all'articolo 20 del regolamento (UE) 2016/679”); Considerando 7 (“... Il presente regolamento integra e lascia impregiudicato il diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati e di vita privata, in particolare il regolamento (UE) 2016/679 e la direttiva 2002/58/CE. Nessuna disposizione del presente regolamento dovrebbe essere applicata o interpretata in modo da ridurre o limitare il diritto alla pro-

Tra le sfide ermeneutiche più impegnative, c'è sicuramente quella ineludibilmente proposta dalle molte normative che impongono di *qualificare come illegittimi certi utilizzi dei dati personali*⁶⁷, in questo modo indirettamente imponendo di individuare un regime giuridico di invalidità (totale o parziale) dei medesimi contratti relativamente e limitatamente ai casi in cui l'accordo prevede specifiche finalità di trattamento dei dati personali illegittime, rispetto alle quali il consenso dell'interessato-contraente-consumatore deve ritenersi non vincolante.

Come detto, la ricerca di un simile regime non è soltanto una tra le possibili opzioni ermeneutiche, bensì è *imposta* da tutte le norme del diritto europeo dei dati che – costantemente – confermano la prevalenza del GDPR sulle altre fonti.

In particolare, come sottolineato, relativamente alla DCD, la ricerca di un regime di diritto europeo di invalidità dei contratti nei quali i dati personali assurgono ad una funzione remunerativa, è imposta dall'art. 3, par. 8 DCD: «Il diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali si applica a qualsiasi dato personale trattato in relazione ai contratti di cui al paragrafo 1. In particolare, la presente direttiva fa salvo il regolamento (UE) 2016/679 e della direttiva 2002/58/CE. In caso di conflitto tra le disposizioni della presente direttiva e del diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali, prevale quest'ultimo».

La delineazione di tale regime deve, a nostro avviso, procedere dalla norma di cui all'art. 7(2) GDPR dove si dispone che le dichiarazioni dell'interessato *in violazione* del GDPR *non sono vincolanti*⁶⁸.

Ciò, a nostro avviso, consente di individuare due categorie di casi nei quali il consenso non è vincolante, ed è dunque da ritenersi *invalido*:

- per l'assenza di uno dei requisiti del consenso ex art. 4, n. 11 GDPR
- per l'illegittimità delle finalità del trattamento ex art. 5(1)(b) GDPR.

Nel primo caso deve dirsi che l'atto è invalido perché il consenso manca; nel secondo che l'atto è invalido perché il consenso è illecito in quanto

tezione dei dati personali o il diritto alla vita privata e alla riservatezza delle comunicazioni...”).

⁶⁷ V. artt. 26(3) e 28(2) *Digital Services Act*; art. 5 proposta di *Artificial Intelligence Act*; artt. 6(2)(d) e 6(2)(e) proposta di *Data Act*.

⁶⁸ Art. 7(2) GDPR “Se il consenso dell'interessato è prestato nel contesto di una dichiarazione scritta che riguarda anche altre questioni, la richiesta di consenso è presentata in modo chiaramente distinguibile dalle altre materie, in forma comprensibile e facilmente accessibile, utilizzando un linguaggio semplice e chiaro. Nessuna parte di una tale dichiarazione che costituisca una violazione del presente regolamento è vincolante.”.



esprime una causa o funzione pratica illecita nella misura in cui le parti contemplano nel contratto finalità di trattamento dei dati personali illecite.

In attesa di un – auspicabile – intervento del legislatore europeo che procuri regole sull'invalidità dei contratti che presentano queste deviazioni rispetto allo statuto dei dati personali - ossia queste violazioni del GDPR - spetta agli interpreti delineare il relativo regime. Ed è importante sottolinearlo nuovamente: anche in assenza di un espresso intervento del legislatore europeo, il problema esiste già ed è ermeneuticamente ineludibile, proprio a cagione di quella prevalenza delle norme del GDPR (sopra evidenziata) espressamente prevista in tutte le fonti, compresa la DCD.

Si sottolinea inoltre che queste ineludibili sfide costruttive indicano anche molto nettamente l'adeguatezza delle categorie negoziali proprie della tradizione giuridica di tutti gli Stati membri dell'Unione europea rispetto alle istanze di tutela della dignità e degli altri diritti fondamentali.

In particolare, la categoria dell'illiceità consente di proteggere l'interessato *da sé stesso*, permettendo di vedere l'invalidità del suo stesso consenso, anche laddove prestato con tutti i requisiti dell'art. 4, n. 11 GDPR.

E inoltre consente di proteggere anche soggetti diversi dallo stesso interessato, come nel caso in cui certi dati personali vengono raccolti per addestrare sistemi di intelligenza artificiale lesivi di diritti di soggetti *diversi* dagli interessati cui ineriscono quei dati personali: tipicamente, sistemi di intelligenza artificiale assoggettati ai divieti di immissione sul mercato, messa in servizio e uso di cui all'art. 5 dell'*Artificial Intelligence Act*.

L'illiceità è a protezione degli interessi della collettività⁶⁹, in un'ottica di protezione che *comprende e supera* i diritti e gli interessi individuali. L'illiceità negoziale, le azioni collettive e i provvedimenti di *public enforcement*: sono tutti strumenti che, mentre proteggono senz'altro i diritti fondamentali dell'interessato, servono anche, al contempo, alla protezione di interessi della collettività a partire dal controllo sulla lesività delle finalità del trattamento per soggetti terzi rispetto all'interessato-contrante e il titolare-contrante: *oltre l'interessato*.

6. Conclusione: lo *ius nostrum*

⁶⁹ Cfr. le perspicue osservazioni svolte già in epoca pre-GDPR da P. IAMICELI, *Liceità, correttezza, finalità nel trattamento dei dati personali*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, a cura di R. Pardolesi, vol. I, Milano, 2003, p. 395 ss.

Se si intende rettammente che l'autonomia contrattuale nella materia della circolazione dei dati personali è stata *già* prescrittivamente limitata (per la prevalenza del GDPR su tutte le fonti che prevedono contratti aventi ad oggetto la circolazione di dati personali, espressamente riconosciuta e ribadita dalle medesime fonti) ed è dunque da intendersi *già* modellata sullo statuto dei dati personali disegnato dal GDPR, si comprenderà come sia un problema superato quello sotteso a ricorrenti domande del tipo: cosa ne sarà dei dati personali ove affidati all'autonomia contrattuale? Quali bilanciamenti dovremo trovare tra l'autonomia privata (se vi lasciamo il campo libero) e i diritti fondamentali nella materia della circolazione dei dati personali? La dignità delle persone, che vale come limite all'iniziativa economica nel nostro ordinamento (art. 41 Cost.), può valere da limite nell'ordinamento europeo per la circolazione dei dati personali? E vale o non vale negli ordinamenti degli altri Stati membri?

Si tratta di domande inattuali, in quanto superate dalla realtà normativa. Nessun bilanciamento è richiesto, e nessun timore di dover *cominciare* – in conseguenza del riconoscimento della natura negoziale del consenso *privacy* – una discussione di questo tipo in ambito europeo è giustificato. Ed infatti, una simile discussione è stata già affrontata e risolta con la dichiarata e pacifica prevalenza del GDPR su tutte le altre fonti che prevedono la circolazione dei dati personali.

Si tratta semmai di riconoscere con franchezza che quelle dichiarazioni di prevalenza non sono state comprese fino in fondo, e sono state, non di rado (per non dire spesso), qualificate come formule proclamatorie di poco momento applicativo.

Per disinnescare questo *errato* disincanto, si deve riconoscere che il consenso al trattamento dei dati personali è un atto di autonomia privata, che l'autonomia privata è per definizione un potere limitato, e che i limiti all'autonomia privata sono segnati dalla legge. Nel campo della circolazione dei dati personali, l'autonomia contrattuale è oggi modellata e limitata dallo statuto dei dati personali di cui al GDPR.

Né si tratta di limiti tutti interni al GDPR.

Ed infatti, come visto, avendo l'art. 5(1)(b) GDPR previsto che i dati personali debbano essere raccolti per «finalità legittime», ulteriori – e non meno importanti – limiti all'autonomia privata nel campo della circolazione dei dati personali si *impongono* alla valutazione degli interpreti, esterni al GDPR (seppur richiamati in quel modo dal GDPR).

Gli interpreti, pertanto, sono chiamati a delineare (oltre ai limiti interni al GDPR posti a tutela dell'interessato) quelli previsti da tutte le altre nor-



me del diritto dell'Unione e degli Stati membri che *richiedono* (ai sensi del medesimo art. 5(1)(b)GDPR) di qualificare come illegittime determinate finalità di trattamento dei dati personali, anche per finalità di protezione di soggetti diversi dall'interessato.

Dovrà pertanto finalmente riconoscersi, oltre alla portata espansiva del *test* di legittimità richiesto dall'art. 5(1)(b)GDPR, il ruolo fondamentale della teoria del negozio giuridico in questo settore del diritto, in funzione di tutela dei diritti fondamentali.

Ossia dovrà riconoscersi che la teoria del negozio giuridico - attraverso le categorie dei limiti e dei divieti immancabilmente posti all'autonomia privata a partire da quelli ordinati a tutela di diritti fondamentali e di interessi superindividuali, e così, in particolare, attraverso le categorie della causa (funzione) e dell'illiceità - piuttosto che per umiliare l'interessato e per mercificare i dati personali, è idonea ad essere impiegata per più efficacemente realizzare (insieme agli strumenti delle azioni collettive e del *public enforcement*) le istanze di tutela tradizionalmente affidate all'idea del consenso autorizzativo⁷⁰, perché permette e impone di limitare e modellare l'autonomia privata sullo statuto dei dati personali disegnato dal GDPR ed *al contempo*, attraverso il doveroso giudizio sulla legittimità delle specifiche finalità del trattamento dei dati personali, di allargare la visuale e di includere la protezione dell'interessato all'interno della considerazione di interessi ulteriori previsti da altre fonti del diritto dell'Unione e degli Stati membri; e, dunque, di operare con strumenti più adeguati (rispetto a quelli forniti dalla teoria del consenso autorizzativo) al governo e alla dimensione dei processi dell'industria dei *big data*, i quali, come noto, si avvalgono di sistemi *software* di intelligenza artificiale al servizio di interessi economici di società dotate di risorse finanziarie e tecnologiche in alcuni casi comparabili a quelli di veri e propri Stati.

All'immagine degli individui barcollanti nelle loro armature di diritti fondamentali, mandati *da soli* allo sbaraglio verso l'agguerrita schiera delle società dativore (concezione autorizzatoria del consenso *privacy*), dobbiamo sostituire quella di un ordinamento europeo che non consente a nessuno, *nemmeno agli interessati*, che i dati personali siano utilizzati per alimentare e addestrare sistemi di intelligenza artificiale che realizzano finalità illegittime, e, *in primis*, finalità di distorsione comporta-

mentale, persecutorie o discriminatorie, anche laddove il bersaglio di tali illegittime finalità siano persone diverse dagli interessati (concezione negoziale del consenso *privacy*).

Proprio in funzione di tutela della dignità e dei diritti fondamentali di ciascuno e di tutti i consociati, il nostro tempo ci incalza a riconoscere e ad applicare le numerose norme del sorgente diritto europeo dei dati che disegnano già, con nettezza, il profilo di civiltà giuridica della *comunità* dei consociati.

Essa protegge gli individui, ma li supera in forza e in consapevolezza, e permette di combattere in suo nome le battaglie più decisive.

È il nuovo profilo della comunità degli europei, disegnato, con estro antico, dallo *ius nostrum*⁷¹.

⁷⁰ Per riferimenti essenziali sulle tesi della natura autorizzatoria e negoziale del consenso, cfr., S. THOBANI, *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 2 ss.; e, da ultimo, E. TOSI, *Circolazione dei dati personali tra contratto e responsabilità*, cit., p. 89 ss.

⁷¹ Parlo di *ius nostrum* a proposito degli europei seguendo l'uso tramandato dalle Istituzioni di Giustiniano: I. 1.2.2 «[...] *Sed ius quidem civile ex unaquaque civitate appellatur, veluti Atheniensium: nam si quis velit Solonis vel Draconis leges appellare ius civile Atheniensium, non erraverit. Sic enim et ius quo populus Romanus utitur ius civile Romanorum appellamus, vel ius Quiritium, quo Quirites utuntur; Romani enim a Quirino Quirites appellantur. Sed quotiens non addimus, cuius sit civitatis, nostrum ius significamus: sicuti cum poetam dicimus nec addimus nomen, subauditur apud Graecos egregius Homerus, apud nos Vergilius*». Ns. trad.: «Ma ciascun diritto civile prende il nome da ogni particolare comunità, come, per esempio, quella degli Ateniesi: per cui non sarebbe errato chiamare le leggi di Solone o di Dracone diritto civile degli Ateniesi. Pertanto, chiamiamo il diritto utilizzato dal popolo romano diritto civile dei Romani, o diritto dei Quiriti, perché utilizzato dai Quiriti; i Romani, infatti, da Quirino vengono chiamati Quiriti. Ma quando non specificiamo di quale comunità si tratti, ci riferiamo al nostro diritto; esattamente come accade quando si parla del poeta senza aggiungere il nome, sottintendendosi allora tra i Greci lo straordinario Omero, e presso di noi Virgilio».



AUTODETERMINAZIONE, DIGNITÀ E VITA NEL SUICIDIO ASSISTITO E NELL'EUTANASIA*

| 242 Di Antonio Gorgoni

SOMMARIO: 1. *Potere politico e autodeterminazione del paziente nella fase finale della vita. Quale rapporto?* – 2. *I limiti normativi della potestà legislativa rispetto alla sfera di libertà del malato.* – 3. *Tutela della vita quale valore non assoluto.* – 4. *Il “caso Englaro” e le basi degli sviluppi successivi.* – 5. *La legge n. 219/2017 e il pluralismo dei valori ancora incompiuto.* – 6. *Suicidio assistito e procedimento di formazione della volontà quale garanzia della vita e dell'autodeterminazione.* – 7. *Ulteriori sviluppi del sistema ordinamentale.*

ABSTRACT. La legge n. 219/2017 (“Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento”) rappresenta una tappa significativa del percorso di affermazione della centralità della persona anche nelle scelte sulla fine della propria vita. Il suo pregio è di aver bilanciato, con equilibrio, i quattro valori fondamentali che vengono in rilievo: vita, salute, dignità e autodeterminazione. Il saggio muove da questo dato, metodologicamente necessario, per riflettere sul rapporto tra potere legislativo e ambito di intangibilità/incoercibilità della sfera decisionale del paziente, seguendo un filo storico-evolutivo normativo e giurisprudenziale. Questo approccio consente non solo di individuare il fondamento di alcune disposizioni della legge citata, ma anche di intravedere le prospettive *de jure condendo* alle quali il legislatore non può più sottrarsi.

*The law n. 219/2017 (“Regulations on informed consent and advance treatment provisions”) represents a significant step in the process of affirming the centrality of the person also in choices about the end of one's life. Its merit is that it has balanced, with balance, the four fundamental values that are highlighted: life, health, dignity and self-determination. The essay starts from this datum, methodologically necessary, to reflect on the relationship between legislative power and the area of intangibility/incoercibility of the patient's decision-making sphere, following a historical-evolutionary regulatory and jurisprudential thread. This approach allows not only to identify the basis of some provisions of the aforementioned law, but also to glimpse the *de jure condendo* perspectives from which the legislator can no longer escape.*



1. Potere politico e autodeterminazione del paziente nella fase finale della vita. Quale rapporto?

Rispetto alle possibilità di scelta schiuse dalle tecnologie della sopravvivenza e dalla ricerca farmacologica, il tema del fine vita ha incontrato un legislatore non inerte ma esitante nel coniugare libertà individuali e loro limiti o, in altri termini, il garantismo dei diritti¹ con l'ambito della discrezionalità del potere legislativo.

Diversamente dottrina² e giurisprudenza hanno saputo tracciare e sviluppare una linea evolutiva sullo sfondo del progressivo mutamento del rapporto tra individuo e Stato, tra autodeterminazione del singolo e sfera di intervento del potere pubblico.

L'esitazione deriva dalla perdurante intollerabile assenza di una regolamentazione normativa del suicidio assistito, nonostante due interventi di apertura della Corte costituzionale³, e dell'eutanasia. Com'è

noto, la distinzione tra queste due pratiche mediche sta nella diversità della condotta causante la morte del paziente: nell'aiuto al suicidio è il paziente che, con un suo gesto, innesca il farmaco letale; nell'eutanasia è, invece, il medico a somministrare direttamente il farmaco inducendo la morte. In entrambi i casi colui il quale abbia agevolato o provocato il decesso della persona commette un reato (artt. 579-580 c.p.), salvo quanto si dirà a proposito della parziale dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 580 c.p. con riguardo al concorso materiale nell'aiuto al suicidio di un malato incurabile⁴.

In definitiva l'inerzia del legislatore e le due fattispecie penalistiche dell'omicidio del consenziente e dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio comprimono eccessivamente "il governo del corpo" da parte del malato, il quale rimane assoggettato alla malattia e alle tecniche mediche di sopravvivenza. Invece dovrebbe essere il malato stesso a decidere liberamente come affrontare le conseguenze di un male incurabile e se avvalersi dell'innovazione scientifica e tecnologica per sopravvivere. Lo impone il contesto plurale dei valori di riferimento, dove il bene della vita deve confrontarsi con altri beni, in posizione non subordinata, quali l'autodeterminazione e la dignità di ogni persona.

Per stabilire quale possa essere la regolamentazione giuridica complessiva – oltre la legge n. 219/2017 – sul fine vita, è decisivo ritornare su una domanda già posta da autorevoli giuristi: entro quali limiti il legislatore può delimitare l'ambito in cui il malato intenda disporre del suo corpo quando l'Io non vi si riconosca più?⁵ In altri termini: quanto il corpo può essere "giuridificato"?⁶

* Lo scritto è stato destinato al *Liber amicorum* per il Prof. Paolo Zatti.

¹ V. ROPPO, *Garantismo*, Ariccia (Roma), 2022, p. 29-46, dopo aver illustrato le diverse declinazioni del garantismo, coglie l'essenza di questo termine, caposaldo della democrazia: il bilanciamento ragionevole e proporzionato tra diritti, libertà e valori contrapposti (p. 269-293). Ed è proprio la fase della fine dell'esistenza umana a esigere, come si vedrà meglio in queste pagine, un delicato ed effettivo bilanciamento senza assolutismi o, come direbbe Vincenzo Roppo, senza un "garantismo intransigente". Si affaccia anche, stante la sottolineata inerzia del legislatore, un problema di "garantismo istituzionale", ossia di non travalicamento del potere giudiziario rispetto alla sfera di competenza (discrezionale) del legislatore (artt. 70, 101 e 102 Cost.).

² P. ZATTI, *Principi e forme del "governo del corpo"*, in *Tratt. di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011, I, p. 99 ss.; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 250 ss., il quale sintetizza la storia del termine "autodeterminazione" a partire dal primo dopoguerra; L. NIVARRA, *Autonomia (bio)giuridica e diritti della persona*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, p. 719 ss.; R. CATERINA, *Ai confini dell'autonomia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 3, p. 462 ss.; G. CRICENTI, *I diritti sul corpo*, Napoli, 2008. V. la posizione critica di C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 4, p. 1037 ss.

³ Corte cost., 16 novembre 2018, n. 207, in *Fam. e dir.*, 2019, 3, p. 229 ss., con nota di E. FALLETTI, *Suicidio assistito e separazione dei poteri dello Stato. Note sul caso Cappato*; in *Corr. giur.*, 2019, 4, p. 457 ss. con nota di E. BILOTTI, *Ai confini dell'autodeterminazione terapeutica. Il dialogo tra il legislatore e il giudice delle leggi sulla legittimità dell'assistenza medica al suicidio*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 3, p. 540 ss., con nota di M. AZZALINI, *Il "caso Cappato" tra moniti al legislatore, incostituzionalità "prospettate" ed esigenze di tutela della dignità della persona*. Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 2, p. 357 ss., con nota di M. AZZALINI, *Prigionieri del noto? La Consulta chiude il caso Cappato ma rischia di perdersi nel "labirinto" del fine vita*; in *Fam. e dir.*, 2020, 3, p. 221 ss., con nota di M. DOGLIOTTI, *Il suicidio assistito e il difficile rapporto tra i poteri dello Stato*; in *Corr. giur.*, 2020, 2, p. 145 ss., con nota di M. BIANCA, *Aiuto*

al suicidio è ancora reato. Riflessioni privatistiche sulla esimente di responsabilità dell'aiuto al suicidio.

⁴ Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, cit.

⁵ P. ZATTI, *Principi e forme del "governo del corpo"*, cit., p. 101 ss. ha indagato magistralmente le diverse sfaccettature dell'appartenenza – una "nebulosa" – del corpo. Egli afferma che "il diritto è chiamato a distinguere, tra relazioni in cui la realtà biologica dell'individuo è assorbita nel valore e nella tutela dell'identità" con riferimento alle quali viene in rilievo il "mio" corpo, e altre relazioni "in cui si possa mantenere, ma governare, una dicotomia tra io-soggetto e corpo-oggetto dove rileva, invece, il corpo "mio". Questa distinzione tra il "mio" corpo (come esperienza di sé, l'essere un corpo) e il corpo "mio" (come possibile oggetto non di proprietà) dovrebbe essere valorizzata dal legislatore, nel senso non già di eterodirigere la persona, ma di garantirne spazi di libertà senza svilirne la vita. Un altro grande giurista, S. RODOTÀ, *Il corpo "giuridificato"*, in *Tratt. di biodiritto*, cit., era in sintonia, anche terminologica, con Paolo Zatti; scrive, infatti, Rodotà che "la giuridificazione non può costruire una distanza della persona dal suo corpo" (p. 60).

⁶ S. RODOTÀ, *Il corpo "giuridificato"*, in *Tratt. di biodiritto*, cit., p. 51 ss. traccia un quadro nitido degli ambiti più rilevanti in cui il legislatore dovrebbe intervenire per evitare le derive del "riduzionismo biologico" della persona e della logica proprietaria delle parti staccate dal corpo (cfr. in part. pp. 60-63 in



La questione, ancora aperta, è delicatissima perché, da un lato, evoca il riconoscimento di una sfera intima della persona impermeabile al potere regolativo discrezionale del legislatore⁷, dall'altro, impone di non obliterare l'intervento solidaristico delle istituzioni e delle professionalità coinvolte a tutela della vita e a sostegno (anche psicologico) del paziente. Il punto di equilibrio tra queste due esigenze normative, di libertà e di protezione della persona, è già emerso con chiarezza se solo si guardi all'evoluzione ordinamentale.

Si intende riflettere perciò sui limiti che incontra il potere politico rispetto alla sfera intima del singolo e sulla possibile ulteriore evoluzione dell'ordinamento quanto alle scelte praticabili dal malato nella fase finale della sua vita. Il che condurrà a chiedersi se sia configurabile un vero e proprio diritto di morire⁸ e finanche un diritto di scegliere come morire.

2. I limiti normativi della potestà legislativa rispetto alla sfera di libertà del malato.

In ordine ai limiti del potere politico rispetto alla libertà personale del malato è indispensabile richiamare alcune disposizioni sovraordinate alla legge ordinaria, le quali esprimono, com'è stato lucidamente affermato⁹, un "trasferimento di potere, anzi di sovranità" dallo Stato all'individuo. L'art. 32, comma 2, Cost., nel porre la riserva di legge per i trattamenti sanitari obbligatori, stabilisce che in nessun caso la legge può "violare i limiti derivanti dal rispetto della persona umana". Il potere politico, quindi, da un lato si autolimita di fronte al valore della persona, dall'altro – ed è il punto di maggior guadagno ermeneutico – attribuisce alla persona stessa il potere di scegliere che cosa sia più rispetto-

cui si enuncia l'idea di corpo come "unità funzionale", utile tra l'altro sul piano risarcitorio). L'Autore analizza in particolare il corpo nel ciberspazio dove esso si scompone, si dissemina, si falsifica e dove è manipolabile (attraverso i dati biometrici) e localizzabile. C'è un intreccio tra corpo fisico e tecnologia nel web, tra corpo fisico e nanotecnologie che deve essere regolato tenendo conto dei riferimenti costituzionali alla libertà, dignità e uguaglianza (p. 68-70).

⁷ P. ZATTI, *Maschere del diritto. Volti della vita*, Milano, 2009, p. 296 ss., si chiede "se sia giusto che una legge dello Stato vincoli i cittadini a riconoscersi in una determinata antropologia"; il che evoca il rapporto tra diritto e filosofia. La questione è posta dall'A. anche rispetto alle verità scientifiche, le quali non dovrebbero penetrare in quel "territorio" più profondo dell'essere umano da lasciare al governo della volontà del singolo paziente.

⁸ S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 145, già in anni risalenti si interrogava sull'esistenza del "diritto di morire" o, più esattamente, del "diritto di morire con dignità".

⁹ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 259.

so di sé e delle proprie più radicate convinzioni¹⁰. Diversamente, se tale attribuzione spettasse allo Stato, crollerebbe proprio il limite costituzionale del rispetto della persona umana, potendo il legislatore decidere sugli aspetti che connotano maggiormente la sfera più profonda dell'individuo.

Una conferma di questa cessione di sovranità si desume dal confronto tra l'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu) e l'art. 26 della Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina del 1997. Quest'ultimo articolo¹¹, diversamente dall'art. 8 Cedu, non prevede tra le ragioni giustificatrici dell'intervento di un'autorità pubblica la necessità di protezione della morale. A volere significare che la legge ordinaria non impone scelte al singolo individuo su ciò che è bene o ciò che è male, almeno con riferimento alle questioni attinenti alla salute; egli è considerato libero di costruire la propria identità e di assumere responsabilmente quelle decisioni che gli corrispondano (libertà e coscienza morale).

La valorizzazione dell'identità personale comporta una marcata riduzione delle imposizioni e intrusioni dello Stato o dei privati nelle scelte essenziali fondamentali a tutto vantaggio dell'autodeterminazione¹². Si pensi alla crescente

¹⁰ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 259, sottolinea l'ampliamento dell'ambito applicativo dell'ultima parte dell'art. 32, comma 2, Cost. sul limite del rispetto della persona umana: si è passati dalla sua finalità storica di protezione della fisicità della persona (uomo-cavia/sperimentazioni) a quella dei moti della coscienza. Rodotà cita, infatti, Vezio Crisafulli, il quale aveva ricondotto proprio a tale disposizione il rispetto della libertà di coscienza e della fede religiosa.

¹¹ L'art. 26 Conv. di Oviedo stabilisce che "l'esercizio dei diritti e le disposizioni di tutela contenute nella presente Convenzione non possono essere oggetto di altre restrizioni all'infuori di quelle che, previste dalla legge, costituiscono delle misure necessarie, in una società democratica, alla *sicurezza pubblica*, alla *prevenzione delle infrazioni penali*, alla *protezione della salute pubblica* o alla *protezione dei diritti e libertà altrui*". Il potere pubblico, quindi, è legittimato nella sua azione politica solo ove si debbano tutelare determinate finalità, perché, come stabilisce l'art. 1 della stessa Convenzione, la persona è protetta "nella sua dignità e nella sua identità" e le è garantito "il rispetto della sua integrità e dei suoi altri diritti e libertà fondamentali". L'identità e l'integrità personale, quali valori giuridici primari espressivi dell'essenza della persona, sono fattori che contengono il potere legislativo. Identità personale e coercizione pubblica tendenzialmente non si armonizzano.

¹² Cass., 9 marzo 2023, n. 7029, in www.osservatoriofamiglia.it, afferma che "costituisce innegabile portato dell'evoluzione della società negli ultimi decenni l'acquisizione della consapevolezza del *rispetto che merita qualunque scelta di orientamento sessuale* e del fatto che *essa attiene a una sfera intima e assolutamente riservata della persona* [corsivo mio]". Quindi né il potere politico né i privati possono violare questa sfera personalissima limitando l'autodeterminazione del singolo o rendendola oggetto di scherno. Nel caso di specie la Cassazione ha cesurato alcune



rilevanza dell'identità di genere auto-percepita¹³, dell'opinione del disabile¹⁴ o del minore di età¹⁵ nelle questioni che li riguardano. Rimanendo in ambito sanitario, l'art. 3, comma 2, l. n. 219/2017 stabilisce non solo che il rappresentante legale debba tener conto della volontà del minore stesso, ma anche che la decisione assunta abbia lo scopo di tutelarne la salute psicofisica, la vita “nel pieno rispetto della sua dignità”¹⁶. Anche il disabile vede valorizzata la capacità di esprimere il proprio volere, stante la necessità di coniugare la tutela della vita con quella della dignità (art. 3, commi 3 e 4, l. n. 219/2017)¹⁷.

frasi pronunciate ai danni di una collega di lavoro, ritenute lesive della sua dignità in quanto volte a schernirne pubblicamente il supposto orientamento omosessuale. Sul piano applicativo, la clausola generale del recesso per giusta causa del datore di lavoro rispetto al lavoratore che ha tenuto la condotta lesiva va concretizzata con i parametri valoriali di cui agli artt. 2 (diritti inviolabili), 3 (pari dignità sociale senza distinzione di sesso), 4 e 35 della Costituzione e dell'art. 26 d. lgs n. 198/2006 (codice delle pari opportunità tra uomo e donna).

¹³ AA.VV., *Identità sessuale e auto-percezione di sé. Riflessioni a margine della legge tedesca sui «trattamenti di conversione»*, a cura di V. PESCATORE, Torino, 2021, *passim*. L'elemento che accomuna gli Autori del libro è il riferimento ai valori e ai diritti fondamentali che informano il tema dell'identità di genere: dignità, salute, autodeterminazione, uguaglianza e diritto all'identità personale (art. 2 Cost.); un diritto, quest'ultimo, da intendersi nell'accezione “più matura” di diritto della persona di essere considerata dagli altri come ella si sente e quindi come diritto di divenire ciò che la persona sente di essere: Questo aspetto è ben sottolineato, nel saggio introduttivo del volume, da V. PESCATORE, *La legge tedesca sui trattamenti di conversione al crocevia tra libertà fondamentali e diritto all'identità personale*, p. 16.

¹⁴ Cfr.: art. 410, comma 1, c.c. art. 3 lett. a) e art. 12, comma 4, Convenzione sui diritti delle persone con disabilità del 2006 ratificata con legge n. 18/2009 e art. 26 CDFUE.

¹⁵ Cfr.: art. 315-bis, comma 3, c.c., art. 24, comma 1, CDFUE e art. 12 Convenzione di New York sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 1989 ratificata con legge n. 176/1991).

¹⁶ Se la dignità si lega all'identità personale nel senso che la prima si riempie di contenuto valoriale in ragione del progressivo sviluppo della seconda, si potrà giustificare in base a questi due pilastri dell'ordinamento la prevalenza della volontà del “grande minore” (di anni dodici) rispetto al volere dei genitori. Ciò è accaduto, di recente, con riguardo alla vaccinazione anti Covid, laddove il minore intendeva vaccinarsi mentre uno dei genitori era contrario. In questo caso, il trib., ascoltato il minore, ha autorizzato l'altro genitore, favorevole alla vaccinazione, a rappresentare il figlio sottoscrivendo il modulo sul consenso informato (Trib. Firenze, 15 febbraio 2022; Trib. Milano, 13 settembre 2021, Trib. Monza, 22 luglio 2021, tutte in *Banca dati-Leggi d'Italia*).

¹⁷ Ai sensi dell'art. 3 comma 3 l. n. 219/2017, l'interdetto, ove possibile, deve essere sentito dal tutore, il cui consenso al trattamento medico è volto alla “tutela della salute psicofisica e della vita della persona nel pieno rispetto della sua identità. Al beneficiario dell'amministrazione di sostegno è riconosciuta, invece, una capacità di agire più ampia, potendo egli esprimere o rifiutare il consenso al trattamento sanitario unitamente all'amministratore di sostegno. L'art. 3, comma 4, l. n. 2019/2017 prevede, infatti, che quand'anche all'amministratore di sostegno sia stata attribuita la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, il consenso è espresso “anche” dallo stesso

Insomma il sistema valoriale alla base del nostra Repubblica consta di un intreccio tra vita, salute, dignità e autodeterminazione (art. 1 l. n. 219/2017), tutti beni, questi, da salvaguardare in ossequio agli artt. 2, 13 e 32 Cost. e agli artt. 1, 2 e 3 CDFUE come interpretati e valorizzati dalla giurisprudenza e dalla migliore dottrina.

Se questi sono i valori in campo, compito del potere pubblico non è quello di positivizzare la propria ideologia nell'ambito del fine vita, ma di consentire al malato di scegliere quale sia la soluzione migliore per sé¹⁸. E qui veniamo a un altro punto forte del sistema ordinamentale: la cessione della sovranità all'individuo non implica affatto un soggettivismo assoluto. L'autodeterminazione, pur essendo un diritto autonomo dal diritto alla salute¹⁹, non è stata assolutizzata dalla Costituzione, perché la libertà ha una fondazione sociale come si evince, tra l'altro, dal riferimento alla “dignità sociale” di cui all'art. 3, comma 1, Cost. e dal principio di solidarietà qualificata ancora una volta come “sociale”²⁰.

Vedremo, quindi, come al paziente sofferente debba essere assicurato un contesto comunicativo e di sostegno in cui egli possa maturare le proprie determinazioni, anche assumendo la decisione di terminare la propria vita. Ma allora se le istituzioni devono garantire alla persona uno spazio di libertà (art. 3, comma 2, Cost.), rimuovendo gli ostacoli che le impediscono di affermare se stessa anche nel fine vita, si configura, come si cercherà di dimostrare più ampiamente, in certi casi ed entro limiti pre-

amministratore. Cfr. anche l'art. 3, comma 5. L. n. 219/2017 come reinterpretato a tutela della vita dalla Corte cost., 13 giugno 2019, n. 144 su cui *infra* in nota.

¹⁸ Secondo A. APOSTOLI, *Trattamenti di conversione sessuale e principi costituzionali*, in *Identità sessuale e auto-percezione di sé*, cit., p. 111, “se è vero com'è vero che la Repubblica esprime e assicura i principi dell'invulnerabilità dei diritti, dell'eguaglianza, della pari dignità e della libertà di tutti i suoi membri, allora è anche vero che la stessa Repubblica non autorizza la sostituzione di determinazioni eteronome all'autonomia del soggetto”.

¹⁹ Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, in *Corr. giur.*, 2010, 9, p. 1201 ss., con nota di A. DI MAJO, *La responsabilità da violazione del consenso informato*; *Giur. it.*, 2011, 4, c. 816 ss., con nota di G. CHIANINI, *Il medico (ir)responsabile e il paziente (dis)informato. Note in tema di danno risarcibile per intervento terapeutico eseguito in difetto di consenso*; in *Obbligaz. e contr.*, 2011, 3, p. 191 ss., con nota di A. GORGONI, *Il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione nella responsabilità medica*. In senso conforme cfr. Cass., 11 gennaio 2023, n. 509, in *Banca dati-Leggi d'Italia*. Cfr. più di recente G. NAVONE, *La responsabilità del medico per inosservanza dell'obbligo informativo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 6, p. 1394 ss.

²⁰ G. ALPA, *Solidarietà. Un principio normativo*, Bologna, 2022.



cisi, un diritto di morire e un diritto di scegliere come morire²¹.

È pacifico che le due fattispecie penalistiche dell'omicidio del consenziente e dell'istigazione o aiuto al suicidio non tengono conto – perché risalenti nel tempo – del mutato contesto medico-scientifico in cui al paziente è data la possibilità di continuare a vivere solo come corpo, senza socialità né progetti, con sofferenze fisiche e psichiche talvolta non arginabili e non più sopportabili. E la politica, sebbene non sia riuscita a introdurre una normativa che consenta al malato di liberarsi dalla tecnoscienza, si è mostrata comunque consapevole del *favor* dell'opinione pubblica per l'aiuto al suicidio assistito, come emerge dalle introduzioni ad alcuni disegni di legge in materia²².

Vero è che, ad oggi, la conservazione della cornice normativa esistente costringe il malato a subire, in certi casi, una condizione fisio-psichica non voluta e a recarsi in un altro paese per porre fine alla propria esistenza; questo non fa onore al nostro Paese. Gli artt. 579 e 580 del codice penale andrebbero modificati in un rinnovato bilanciamento tra vita, autodeterminazione, dignità e salute che sia più coerente con il personalismo.

Si ravvisa, insomma, pur in un contesto normativo in evoluzione per opera soprattutto della giurisprudenza, un disequilibrio tra l'ambito del potere pubblico e quello della libertà del singolo di scegliere se e come morire; vi è ancora una predominanza del primo, espressa da disposizioni penali anacronistiche e civili da implementare, incompatibile con il quadro ordinamentale di riferimento da cui emerge

²¹ Il legislatore è ben consapevole della rilevanza della volontà libera del paziente di porre fine alla propria vita, tant'è che nell'Introduzione alla proposta di legge n. 3101 (XVIII legislatura) d'iniziativa del deputato Trizzino, intitolata "Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita", si afferma: "il pubblico (...) deve intervenire per permettermi di esercitare in piena libertà il mio diritto a scegliere se continuare a vivere – senza dolore – o morire dignitosamente". Perciò la volontà di morire del paziente rileva in un contesto di socialità che ne assicuri la riconducibilità alla sfera identitaria del paziente stesso.

²² Nell'introduzione al testo del ddl n. 912-XVIII legislatura ("*disposizioni in materia di eutanasia*"), in www.senato.it, dopo un richiamo al pensiero di alcuni premi Nobel favorevole all'autodeterminazione del malato, si afferma che "nelle società moderne e secolarizzate l'opinione pubblica è, quindi, sempre più favorevole a richiedere una morte assistita, dignitosa e, per quanto possibile, libera da sofferenza inutile. Viene quindi riconosciuto un diritto a non subire accanimento terapeutico quando le condizioni sono irreversibili. C'è un diritto alla vita ma anche un diritto alla morte". Cfr. anche il testo unificato adottato come testo base dalle Commissioni riunite II e XII contenente "*disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita*" e la proposta di legge n. 3101 presentata il 10 maggio 2021, reperibili *on line* nel sito della Camera e del Senato.

la necessità di garantire al malato una maggiore disponibilità della propria vita²³.

Non si giustifica questo doloroso silenzio del legislatore, limitante il campo delle scelte individuali e offensivo del senso di dignità del vivere del malato.

3. Tutela della vita quale valore non assoluto.

Ritenere che la vita sia un bene giuridico protetto in assoluto è un'affermazione insostenibile sul piano giuridico. Semmai è una certa impostazione filosofica a far leva sull'universalità dell'etica, la quale garantirebbe il diritto alla vita e alla cura, opponendosi a ogni tentativo di configurare una forma giustificabile di aiuto al suicidio e, meno che mai, un diritto di morire²⁴.

Eppure diritto e filosofia dovrebbero integrarsi fruttuosamente – si è parlato acutamente di "filosoficità dell'esperienza giuridica"²⁵ o di "ermeneutica assiologica"²⁶ – ma talvolta esse si scontrano sulla metodologia di risoluzione dei problemi sociali. E allora il giurista deve ribadire che connaturata alla sua scienza non è la perfetta coerenza del sistema ordinamentale, né la razionalità stringente del discorso, ma la ragionevolezza della soluzione rispet-

²³ F. D. BUSNELLI, *Problemi giuridici di fine vita tra natura e artificio*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 2, p. 153 ss., propende per l'indisponibilità della vita, pur riconoscendone la tensione con la dignità umana e con l'autodeterminazione del paziente (p. 161).

²⁴ Così A. PESSINA, *Darsi la morte. Alcune riflessioni filosofiche su suicidio e suicidio medicalmente assistito*, in *Riv. di fil. Neo-Scolastica*, 2020, 3, p. 825 ss.

²⁵ A. PUNZI, *Filosofia del diritto* (voce), in *Enc. dir.* - agg. 2002, VI, p. 1171, muovendo dal superamento della distinzione tra "filosofia del diritto per i giuristi" e "filosofia del diritto per filosofi", sostiene la necessaria compenetrazione tra diritto e filosofia. Il bisogno esistenziale di verità contro il nichilismo, la diffusione dell'ermeneutica e la restituzione del diritto "all'orizzonte della ragion pratica" rendono quasi naturale l'intreccio tra queste due scienze pratiche. Anche G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, p. 77-78, sottolinea come la filosofia sia connaturata al lavoro del giurista purché si sia convinti, secondo le parole di Heidegger, che la filosofia "non ha il compito di prendersi cura dell'umanità universale", ma deve essere "filosofia del proprio tempo, logica e interpretazione della vita come è adesso"; ciò, continua Vettori, unitamente alla "coscienza storica".

²⁶ P. PERLINGIERI, *Dialogando con due filosofi, ermeneuti del diritto, in Giuristi e loro opere. Un itinerario*, Napoli, 2022, p. 275 e 284-285, sottolinea le ineludibili radici filosofiche dell'interpretazione e lo stretto legame tra teoria dell'interpretazione, "organizzazione socio-giuridica dei poteri che decidono [e] valori che rappresentano il patto costitutivo di tale organizzazione e quindi [con] la gerarchia delle fonti". Si aggiunga che le norme, nel loro insieme, esprimono una filosofia della vita. Da qui l'invito ai filosofi di "contribuire ad individuare la filosofia che è nel diritto".

to alla *quaestio facti*²⁷ e all'inseparabile contesto sociale e normativo di riferimento²⁸, dominato dal valore della persona e dalla sua dignità²⁹. Non fosse altro perché la coesistenza di più valori costituzionali impone un loro bilanciamento, il quale soltanto garantisce la tenuta sociale, col fissare un punto di equilibrio accettabile assiologicamente e non solo (e non tanto) logicamente³⁰. Perciò delimitare uno spazio di legittimità dell'aiuto al suicidio, ben possibile come ha dimostrato la Corte costituzionale, non significa al contempo, come è stato affermato, che chi scelga di non suicidarsi si porrebbe su un piano di immoralità³¹.

²⁷ G. BENEDETTI, *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Bologna, 2022, p. 216, afferma che la ragionevolezza non è "un canone gnoseologico dell'interpretazione, ma (...) un principio alla cui stregua saggiare il fatto che ambisce a divenire diritto". L'interprete deve drammatizzare gli esiti interpretativi, valutandoli sul piano della pratica, "alla luce della *phronesis* gadameriana che è saggezza prudente". Questo approccio metodologico appare adeguato alla complessità dell'oggi come ci ricordano due altri Autori: A. PUNZI, *Filosofia del diritto*, cit., p. 1173-1174, quando scrive che "il nostro tempo sembra volere tornare a ragionare in termini di verità. Senza dogmatiche pretese di possederla. Senza dogmatiche pretese che non esista"; G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, cit., p. 166, ritiene che il civilista, attraverso l'"ermeneutica dell'effettività", "[possa] vivere il diritto come esperienza veritativa; meglio, il diritto diviene luogo di verità attraverso precisi percorsi". Senza, però, farsi schiacciare del fatto, operando, secondo Giuseppe Benedetti richiamato da Giuseppe Vettori, come "vigili custodi del dover essere".

²⁸ G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, cit., p. 165, afferma che "il procedimento ermeneutico deve porsi il problema della coerenza del sistema [n.d.r. si evoca la dogmatica di Luigi Mengoni] e la dimensione del Forse va intesa come consapevolezza che non si può possedere la verità se non nella forma di doverla cercare ancora".

²⁹ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo-europeo delle fonti, Fonti e interpretazione*, Napoli, 2020, II, p. 225 ss., nel discorrere del bilanciamento quale attività interpretativa, afferma, riprendendo le parole di Pierluigi Chiassoni, che "l'interpretazione è sempre realizzata con una certa dose di discrezionalità «vuoi nello stabilire il peso delle variabili, qualora si adotti la via del bilanciamento, vuoi nello stabilire le condizioni di applicazione dei principi e nel qualificare i fatti». Strumento di contenimento della discrezionalità è, secondo l'illustre A., la ragionevolezza nel modo di utilizzo dei principi e dei valori, inevitabilmente condizionato dal contesto storico-culturale di riferimento (p. 398 ss.) e "da indici normativi, dai valori-guida del sistema, desumibili dai principi e dalle regole unitariamente considerati" (p. 402).

³⁰ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 404-406, chiarisce come non si tratti di teorizzare "che in diritto il razionale sia soltanto ragionevole"; piuttosto imprescindibile è "un argomentare giuridico che sia compatibile necessariamente con un preciso contesto valoriale e culturale o, se si preferisce, con la razionalità-ragionevolezza del sistema racchiusa nei suoi fondamenti identificativi".

³¹ Così, invece, A. PESSINA, *op. cit.*, p. 838, secondo cui "indicando condizioni oggettive di legittimità del suicidio si pongono nell'implicita condizione di ritenere immorale la scelta di chi, in condizioni analoghe, lo rifiutasse". Il giurista ragiona diversamente: la rilevanza dell'identità personale di ciascun

È innegabile che la vita umana debba beneficiare di un livello elevato di protezione, ma la Costituzione non è strutturata sull'universale; essa si concentra sulla persona singola, sullo sviluppo della sua personalità, sulle libertà individuali, sul pluralismo dei valori e sul riconoscimento reciproco dei diritti fondamentali. Ne consegue che la dignità umana è concepibile non già come un tutt'uno con il diritto alla vita, se non smarrendo la propria autonomia concettuale, ma come bene autonomo in posizione dialettica anche oppositiva con il bene vita.

Sia chiaro: la vita umana gode della massima considerazione da parte degli ordinamenti imperniati sul costituzionalismo novecentesco. La Costituzione italiana, pur non menzionando espressamente il diritto alla vita, lo postula necessariamente quale architrave del principio personalistico (artt. 2, 11, 22, 27, commi 3 e 4, 31, 32 Cost.), anche in prospettiva futura (art. 9, comma 3, Cost.). La Convenzione per la salvaguardia dei diritti fondamentali e delle libertà fondamentali, resa esecutiva con legge n. 848/1955, dedica l'art. 2 proprio al "diritto alla vita", stabilendo che esso è protetto dalla legge. Parimenti l'art. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [di seguito CDFUE] stabilisce che "Ogni persona ha diritto alla vita".

Queste disposizioni, tuttavia, non devono essere isolate dal complesso sistema ordinamentale, bensì lette con altri articoli della Costituzione: con l'art. 2 che riconosce e promuove i diritti inviolabili, l'identità e la dignità della persona (oltre agli artt. 32, comma 2, 36, comma 1 e 41, comma, 2); con l'art. 13 comma 1 che proclama l'invulnerabilità della libertà personale e con l'art. 32 che tutela la salute e pone una riserva di legge per i trattamenti sanitari obbligatori.

Vi sono, inoltre, altre fonti da richiamare quali la Convenzione di Oviedo del 1997, resa esecutiva con legge n. 145/2001, con il suo art. 5 sul consenso del paziente, la CEDU il cui l'art. 8 prevede il diritto al rispetto della vita privata e la CDFUE che all'art. 3 declina il diritto all'integrità della persona in ulteriori posizioni giuridiche soggettive indicate nel comma 2.

Da queste fonti si desume, per un verso, la rilevanza del consenso informato quale fondamento di ogni trattamento medico³², per altro verso, la neces-

individuo e della diversità di opinioni su come affrontare la fine della propria vita implica che, a parità di condizioni, debba essere tutelato sia chi propenda per il suicidio assistito sia chi scelga di vivere fino alla fine. Entrambe le scelte hanno valore giuridico in quanto attuative dell'identità e della dignità personale.

³² Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 3, p. 363 ss., con nota di E. PALMERINI, *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 10, p. 331 ss., con nota di M. AZZALINI, *Tutela*



sità, in certe situazioni, di bilanciare il diritto di autodeterminarsi sulla propria salute con la tutela della vita e con la dignità umana; concetto, quest'ultimo, sfuggente solo se lo si pensa in astratto, da valorizzare, invece, in concreto senza assolutismi, accogliendone un'accezione, non tanto oggettiva o soggettiva³³, bensì coerente con il contesto giuridico volta a volta in rilievo. Perciò se da un lato è inaccettabile che qualsivoglia pretesa incentrata sulla propria idea di dignità personale benefici in ogni caso della forza giuridica³⁴, dall'altro è pure inso-

dell'identità del paziente e rifiuto delle cure: appunti sul caso Englaro; in *Fam. pers. e succ.*, 2008, 6, p. 508 ss., con nota di A. GORGONI, *La rilevanza della volontà sulla fine della vita non formalizzata nel testamento biologico*; in *Fam. e dir.*, 2008, 2, p. 129 ss., con nota di R. CAMPIONE, *Stato vegetativo permanente e diritto all'identità personale in un'importante pronuncia della Suprema Corte*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 1, p. 100 ss., con nota di A. VENCHIARUTTI, *Stati vegetativi permanenti: scelte di cura e incapacità*. Cfr. F. D. BUSNELLI, *Il caso Englaro in Cassazione*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 966 ss., secondo cui la Cassazione non avrebbe incrinato il principio della indisponibilità della vita né invaso il campo del legislatore.

³³ R. BIN, *La Corte, i giudici e la dignità umana*, in *BioLaw journal*, 2019, 2, p. 1 ss., sottolinea come l'argomento della dignità non si basi su un'impostazione assolutamente oggettiva della stessa. In alcune pronunce della Consulta si evince come la dignità sia stata intesa sì in senso oggettivo, ma con significative aperture alla valutazione del caso concreto in cui l'oggettività sfuma. Emblematica è la sentenza della Corte cost., 7 giugno, 2019, n. 141, in *Banca dati-Leggi d'Italia*, sul reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione volontariamente e consapevolmente esercitata. La Consulta respinge la questione di costituzionalità e conferma la punibilità solo del terzo che interagisce con la prostituzione altrui anche rispetto al fenomeno delle escort (giovani donne ritenute deboli e perciò da tutelare), ribadendo così che l'offerta di sesso verso corrispettivo è lesivo della dignità della donna; dignità intesa in un'accezione oggettiva e quale bene giuridico protetto dalla normativa penalistica. È la dignità di cui all'art. 41, comma 2, Cost., tale per cui "il legislatore (...) ravvisa nella prostituzione, anche volontaria, una attività che degrada e svilisce l'individuo, in quanto riduce la sfera più intima della corporeità a livello di merce a disposizione del cliente" (§ 6.1). A ciò però si aggiunge nella sentenza in esame che, in forza del principio di offensività in concreto, vi è "il potere-dovere del giudice comune di escludere la configurabilità del reato in presenza di condotte che, in rapporto alle specifiche circostanze, si rivelino concretamente prive di ogni potenzialità lesiva" (§ 7.3). Spetta pertanto al giudice valutare se, rispetto al caso concreto, vi sia stata o meno lesione della dignità della donna. Più incentrata sulla dignità in senso soggettivo è, invece, l'ordinanza della Corte cost. n. 207/2018, cit. sul caso "Cappato", sebbene la fattispecie di aiuto al suicidio non punibile è stata attentamente delimitata dalla Consulta. Insomma propendere per un'accezione radicalmente oggettiva o soggettiva della dignità non sembra un approccio promettente né seguito dalla giurisprudenza.

³⁴ Corte di Giustizia, 14 ottobre 2004, C-36/02 *Omega c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, in www.curia.europa.eu, ammette la compatibilità con il diritto comunitario di un provvedimento adottato dal sindaco di Bonn con cui, in ragione della violazione della dignità umana, si vieta un gioco a laser in cui si uccidevano gli avversari, ciascuno con un particolare giubbotto, indirizzandogli contro il fascio di luce.

stenibile che la dignità del malato sia eterodiretta dall'agire politico. La dignità non spalanca un mondo parallelo a quello dei diritti – o quanto meno non dovrebbe³⁵ – e non deve diventare uno strumento di sopraffazione dell'individuo; essa è l'esito di una valutazione ermeneutica del fatto nel sistema giuridico di riferimento, pur recando un'eccedenza rispetto ai diritti previsti dalle fonti giuridiche³⁶.

Seguendo quest'impostazione, allora, il bene vita non è gerarchicamente superiore al bene dignità, anzi sembrerebbe semmai il contrario³⁷. Non è un caso che la CDFUE esordisca con un articolo sulla "dignità umana", collocando successivamente nell'art. 2 il diritto alla vita, a voler sottolineare che una vita senza dignità è una condizione negativa cui l'ordinamento deve rimediare. È la dignità ad attribuire un senso all'esistenza, ecco perché essa "deve essere rispettata e tutelata" (art. 1 CDFUE). Ma questo senso non può provenire da un soggetto terzo.

Si impone allora una domanda: si viola la dignità della persona costringendola a vivere con sofferenze insopportabili? Ancora: ammettere l'aiuto al suicidio negando al contempo la legittimità in ogni caso dell'eutanasia lede la dignità e il principio di uguaglianza?

³⁵ R. BIN, *La Corte, i giudici e la dignità umana*, cit., p. 2, sembra critico sull'utilizzo della dignità umana in senso oggettivo nella giurisprudenza sulla gestazione per altri, poiché si finisce con l'accettare ciò che altra giurisprudenza sulla filiazione ha rifiutato, ossia che le colpe dei genitori possano ricadere sui figli.

³⁶ B. PASTORE, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Torino, 2021, p. 36, afferma che "la dignità, nei suoi contenuti e nelle esigenze che esprime, è il risultato della comprensione di ciò che significa essere umano (...). Pertiene, così, alla persona concreta, calata nella contingenza delle proprie situazioni di vita e nel tessuto delle relazioni sociali (...). La dignità (...) è termine riassuntivo del mondo dei diritti. Essa ha sempre una eccedenza rispetto ai diritti riconosciuti. Si mantiene al di là della loro positivizzazione. Opera come concetto critico atto a valutare (e contestare) le scelte giuridiche e politiche in nome del valore della persona". Secondo F. D. BUSNELLI, *Le alternanti sorti del principio di dignità della persona umana*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 5, p. 1083-1085, critico nei confronti di una concezione soggettiva e individualista della dignità legata ai concetti di autonomia e libertà, va valorizzata la componente "socialmente relazionale" delle dignità e l'idea di Vincenzo Scalisi di un'"ermeneutica della dignità".

³⁷ Spunti in questo senso si possono trarre dalle parole del filosofo di Walter Benjamin riprese da S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 253: "Falsa e miserabile è la tesi che l'esistenza sarebbe superiore all'esistenza giusta, se esistenza non vuol dire altro che nuda vita. L'uomo non coincide infatti in nessun modo con la nuda vita dell'uomo; né con la nuda vita in lui né con alcun altro dei suoi stati o proprietà, anzi nemmeno con l'unicità della sua persona fisica". C'è insomma una parte invisibile della persona, quella più importante – l'anima, l'Io – da cui dipende la vita nel suo svolgersi e nella sua fine; il diritto non può entrare in essa privando l'individuo del governo di Sé.

Si cercherà di rispondere, ripercorrendo diacronicamente lo sviluppo dell'ordinamento giuridico sulle questioni del fine vita. Uno sviluppo reso necessario, come ha ben sottolineato la Corte costituzionale³⁸, a causa degli avanzamenti della scienza medica e della tecnologia nel mantenere in vita la persona, nonostante la compromissione di alcune delle sue funzioni vitali. Da qui il problema della "giuridificazione" del corpo e dei limiti entro cui possa intervenire la politica, la quale, in linea generale, deve non già privare la persona del controllo di Sé, ma favorire decisioni mature e consapevoli.

Fatti nuovi determinano questioni inedite e impongono all'interprete di rileggere valori come, ad esempio, la libertà personale riconosciuta dall'art. 13, comma 1, Cost., la cui inviolabilità rischia di essere elusa da un sistema che privi gli individui della signoria sul proprio corpo per attribuirlo a un terzo (al medico, ai familiari, allo Stato). Prova troppo obiettare che la vulnerabilità connaturata ai malati incurabili impedirebbe allo Stato di creare un sistema che ne agevoli la morte³⁹. Non si può certo considerare il malato ontologicamente incapace di assumere decisioni consapevoli sulla fine della propria esistenza, altrimenti si avrebbe un esproprio surrettizio della signoria sul proprio corpo che diverrebbe oggetto delle decisioni altrui. Il legislatore, infatti, non ha precluso al malato di interrompere o di rifiutare un trattamento necessario per la propria sopravvivenza (artt. 1, comma 6 e 4 legge n. 219/2017).

Piuttosto il punto rilevante è un altro: ogni malato in condizioni disperate e desideroso di morire deve essere supportato dal medico e da tutto il sistema

sanitario; l'"alleanza terapeutica" tra medico e paziente è un indispensabile strumento di tutela della vita, oltre a favorire la maturazione delle determinazioni del paziente. Fermo restando che, oltre a quest'alleanza, l'ultima parola compete al paziente come emerge dall'evoluzione culturale e giuridica intercorsa almeno dal 2007. La ripercorreremo rispetto a tre fattispecie: 1) persona in stato vegetativo permanente che non abbia redatto disposizioni anticipate di trattamento; 2) paziente tenuto in vita da un sostegno vitale, desideroso di essere aiutato a morire (suicidio assistito)⁴⁰; 3) paziente intenzionato a porre fine alla propria vita, ma impossibilitato a compiere qualunque gesto (eutanasia).

4. Il "caso Englaro" e le basi degli sviluppi successivi.

Nel 2007 quando è stata pronunciata la sentenza della Cassazione sul "caso Englaro" non esisteva un riferimento normativo specifico sulla liceità dell'interruzione di un trattamento salva vita. La legge su questo delicato aspetto è intervenuta nel 2017 (n. 219), dettando "*Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*". Nel frattempo i sanitari non erano affatto persuasi né della legittimità della condotta interrutiva del sostentamento vitale, né della rilevanza del cosiddetto testamento biologico mancando l'attualità del consenso. Come vedremo tale legge ha fatto chiarezza su entrambi questi aspetti.

Va ricordato che "il caso Englaro" presentava una caratteristica peculiare: Eluana Englaro, una giovane donna in coma vegetativo irreversibile dal 1992 per un incidente stradale⁴¹, non poteva esprimere la propria volontà sulla continuazione o meno del trattamento salvavita di alimentazione e idratazione artificiale cui era sottoposta. Inoltre, prima del fatto lesivo, ella non aveva lasciato alcuno iscritto sui trattamenti di fine vita. Dunque la strada sem-

³⁸ Corte cost., 16 novembre 2018, n. 207, in *Fam. e dir.*, 2019, 3, p. 229 ss., con nota di E. FALLETTI, *Suicidio assistito e separazione dei poteri dello Stato. Note sul "caso Cappato"*; in *Corr. giur.*, 2019, 4, p. 457 ss., con nota di E. BILOTTI, *Ai confini dell'autodeterminazione terapeutica. Il dialogo tra il legislatore e il giudice sulla legittimità dell'assistenza medica al suicidio*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 3, p. 540 ss., con nota di M. AZZALINI, *Il "caso Cappato" tra moniti al legislatore, incostituzionalità ed esigenze di tutela della dignità della persona*.

³⁹ B. PASTORE, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, cit., p. 13, sottolinea come la vulnerabilità "[sia] di importanza vitale per la comprensione delle istituzioni giuridiche. Essa si pone come di praticabilità, e della stessa pensabilità, del diritto". Da qui l'esigenza di protezione da parte dello Stato, ma anche reciproca tra gli individui, essendo la vulnerabilità una condizione universale che accomuna gli uomini oltre che legata a concreti contesti esistenziali. L'Autore si sofferma a lungo sulla necessità istituzionale di sostenere l'autonomia delle persone vulnerabili (p. 45 ss.) al fine di ridurre proprio l'esposizione alla vulnerabilità evitando che questa si trasformi in "vulnerabilità democratica" (p. 51). Interessante è anche il discorso sulla solidarietà quale valore che esige attenzione alla vulnerabilità secondo una linea di interventi verticale ma anche orizzontale (p. 54 ss.). Insomma la persona vulnerabile va aiutata a esercitare la propria autonomia decisionale.

⁴⁰ È preferibile che il legislatore, quando interverrà, non utilizzi il sintagma stigmatizzante "suicidio assistito", ma un'altra espressione quale, ad esempio, "assistenza medica per porre fine alla vita". Il punto da prendere in considerazione rispetto a un malato che avverta l'insostenibilità della propria condizione non è tanto quello di consentire il suicidio, ma di aiutarlo a liberarsi dalle proprie sofferenze e da uno stato fisico e psichico incompatibile con il proprio senso di dignità della vita.

⁴¹ Nella sentenza "Englaro" si dà atto che la paziente "è radicalmente incapace di vivere esperienze cognitive ed emotive, e quindi di avere alcun contatto con l'ambiente esterno: i suoi riflessi del tronco e spinali persistono, ma non vi è in lei alcun segno di attività psichica e di partecipazione all'ambiente, né vi è alcuna capacità di risposta comportamentale volontaria agli stimoli sensoriali esterni (visivi, uditivi, tattili, dolorifici), le sue uniche attività motorie riflesse consistendo in una redistribuzione del tono muscolare".



brava obbligata: Eluana doveva essere tenuta in vita anche se in SVP.

I giudici ai quali era stato richiesto dal tutore di Eluana – al tempo interdetta affinché avesse un rappresentante legale - di ordinare al medico l'interruzione del presidio salva vita avevano davanti a sé due ostacoli: 1) l'idea piuttosto radicata che l'interruzione del sostentamento vitale da parte del medico si sostanziasse in una condotta penalmente rilevante; 2) la convinzione che l'impossibilità di esprimere una volontà interruttiva attuale del trattamento vitale imponesse al personale sanitario di continuarlo in ossequio al principio di solidarietà sociale e di tutela della vita quale valore indisponibile.

La Cassazione, tuttavia, non si è lasciata irretire e, da un lato, ha chiarito la cornice giuridica di riferimento del rapporto tra doveri del medico e autogoverno del Sé, dall'altro, in mancanza di una specifica disposizione di legge, ha ricostruito, nel quadro dei principi costituzionali e sovranazionali pertinenti, la regola da applicare al caso concreto. È utile riprendere alcuni passaggi della motivazione, i quali hanno costituito la base giuridica della legge n. 219/2017 e della pronuncia della Corte costituzionale che ha delineato, come vedremo meglio più avanti, una fattispecie di non punibilità dell'aiuto al suicidio⁴².

La Suprema Corte, dopo aver richiamato le disposizioni dalle quali si desume il consenso informato quale presupposto di liceità di ogni trattamento medico⁴³, il principio personalistico preclusivo di ogni strumentalizzazione della persona e la nozione di salute come completo benessere fisico e psichico, ha affermato con nettezza che “la salute dell'individuo non possa essere oggetto di imposizione autoritativo-coattiva”⁴⁴ da parte di soggetti terzi. Solo la legge impone un trattamento sanitario obbligatorio (art. 32, comma 2, Cost.), sempreché il provvedimento impositivo sia volto a impedire che l'individuo interessato sia artefice di un danno alla salute degli altri, che vi sia una utilità per il soggetto medesimo⁴⁵, oltre a dover essere previsto uno stru-

mento di tutela in caso di danno all'interessato in applicazione del principio di solidarietà sociale⁴⁶.

C'è, insomma, un nesso strettissimo tra la libertà personale, il governo del proprio corpo senza il quale ne risentirebbe proprio la libertà personale e il consenso informato quale atto di autonomia implicato da tale nesso. È legittimo, secondo la Cassazione, anche il rifiuto del trattamento sebbene esso determini la morte del paziente. È evidente, infatti, l'impossibilità giuridica di imporre la vita senza al contempo violare la libertà personale e la signoria sul proprio corpo spettante a ciascun individuo ed espressa dal *diritto all'integrità della persona*. L'integrità è intesa dall'art. 3 CDFUE come unità tra soma e psichiche, pertanto ogni costrizione a vivere si porrebbe in contrasto con il versante psichico di tale diritto, creando una contrapposizione con il soma.

Va ricordato un ulteriore passaggio della motivazione della sentenza “Englaro”, significativo della vocazione ontologica del diritto di porsi accanto alla persona su un piano non già verticale e impositivo, ma orizzontale e comprensivo di chi soffre: secondo la Cassazione la dignità umana, quale valore cardine del sistema ordinamentale, esige di attribuire rilevanza al modo in cui il paziente intenda vivere le fasi finali della sua esistenza, finanche lasciandosi morire⁴⁷. In altri termini, i canoni della dignità umana in base ai quali affrontare la malattia devono essere quelli *soggettivi* propri dell'interessato e non quelli oggettivati dallo Stato valevoli per tutti i consociati. Perciò l'accezione di dignità applicabile al fine vita è soggettiva⁴⁸, altrimenti si afferma una morale unica, la quale è stata respinta dall'ordinamento costituzionale e anche, in chiave di nesso tra diritto e filosofia, dal grande filosofo Friedrich Nietzsche, perché essa “nega la vita”⁴⁹,

mente disposto solo dopo aver esperito ogni iniziativa concretamente possibile, sia pur compatibilmente con le condizioni cliniche, di volta in volta accertate e certificate, in cui versa il paziente – ed ove queste lo consentano – per ottenere il consenso del paziente ad un trattamento volontario”. La Suprema Corte indica altresì tre condizioni giustificatrici del TSO.

⁴² Corte cost., n. 23 giugno 1994, n. 258, in *Banca dati-Leggi d'Italia*; Corte cost., 18 aprile 1996, n. 118, in *Danno e resp.*, 1996, 5, 573, con nota di G. COMANDÉ, *Diritto alla salute tra sicurezza sociale e responsabilità civile*; Corte cost., 6 marzo 2023, n. 35, in *Banca dati-Leggi d'Italia*.

⁴³ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., § 6.1.

⁴⁴ Con riguardo, invece, alla fattispecie della gestazione per altri, la dignità umana, segnatamente della c.d. madre surrogata, è stata intesa in un'accezione oggettiva (cfr. Cass. Sez. un., 8 dicembre 2022, n. 38162, in *Banca dati-leggi d'Italia*).

⁴⁵ F. NIETZSCHE, *Ecce Homo. Come si diventa ciò che si è*, Milano, 1991, p. 144, in quest'opera scritta nel 1888, nel rivolgere una forte critica alla morale cristiana della rinuncia a sé, sostiene la posizione dell'“immoralista”, a voler sottolineare l'unicità della persona. È evidente che un'unica impostazione teorica su

⁴² Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, cit.

⁴³ Vengono richiamati gli artt. 2, 13 e 32 Cost., l'art. 5 della Convenzione del 4 aprile 1997 proprio sul consenso quale condizione indispensabile di ogni trattamento medico, l'art. 3 della Carta di Nizza sul diritto all'integrità della persona la cui esistenza postula necessariamente il consenso del paziente, l'art. 33 l. n. 833/1978 (“Istituzione del Servizio sanitario nazionale”) e l'art. 35 dell'allora vigente Codice di deontologia medica secondo cui “in presenza di documentato rifiuto di persona capace, il medico deve in ogni caso desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona”.

⁴⁴ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., § 6.1.

⁴⁵ Cass., 11 gennaio 2021, n. 509, cit., afferma, nel caso di malattia mentale del paziente, che il TSO “può essere legittima-

avversativa com'è della libertà personale e del diritto all'integrità della persona.

Comprendere umanamente l'intendimento di non volere più vivere non implica affatto un atteggiamento passivo delle istituzioni di abbandono della persona debole e sofferente; tutt'altro. Secondo la Cassazione, di fronte al rifiuto della cura da parte del diretto interessato, c'è spazio – nel quadro “dell'alleanza terapeutica che tiene uniti il malato ed il medico nella ricerca insieme di ciò che è bene rispettando i percorsi culturali di ciascuno – per una strategia della persuasione, perché il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima *solidarietà concreta* nelle situazioni di debolezza e di sofferenza”.

Questo dovere di attivarsi, scaturente dal dovere di solidarietà e dal valore della vita da preservare con ogni sforzo, è stato declinato dalla legge n. 219/2017 in diverse disposizioni (art. 1, commi 1, 5 e 8 e art. 4, comma 5). Va riconosciuto però che l'ultima parola spetta al paziente, il quale, se ribadisce la volontà di morire nonostante il sostegno e le cure ricevute, ha diritto all'attuazione del suo volere (art. 1, comma 6, l. n. 219/2017).

Il “caso Englaro”, tuttavia, recava una specificità ancora oggi non oggetto di una specifica disposizione di legge: la paziente non poteva esprimere la propria volontà sulla prosecuzione o meno del sostegno vitale. È noto che la Cassazione ha ricostruito con acume ermeneutico la regola del caso concreto, superando l'assunto, solido solo in apparenza, secondo cui la persona incapace di esternare la propria volontà sulla propria condizione patologica deve essere sempre mantenuta in vita a tutela della dignità in sé dell'esistenza umana. In verità neppure l'incapace di intendere e di volere può essere costretto a restare “prigioniero” del proprio corpo; egli ha diritto di autodeterminarsi e di affermare la *propria* concezione di vita dignitosa. Come?

È evidente che la Suprema Corte è entrata in un terreno delicatissimo: quello della ricerca, ritenuta legittima, della “*volontà presunta*” del paziente, ossia di quella decisione che egli avrebbe assunto se avesse avuto la capacità di comunicare con i medici. Ma qual è il fondamento giuridico della volontà presunta? Lo si riscontra, a parte alcune significative disposizioni citate nella sentenza in esame⁵⁰, so-

profili esistenziali collide con l'unicità della persona, impedendole di esprimersi.

⁵⁰ Esse sono: l'art. 5 d. lgs. n. 211/2003 (“*attuazione della direttiva 2001/20/CE relativa all'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico*”), con riguardo agli adulti incapaci di dare validamente il proprio consenso informato, stabilisce che il consenso espresso dal rappresentante legale “deve rappresentare la presunta volontà del soggetto” (cfr. anche, della stessa legge, l'art. 4 in cui si afferma che il consenso espresso

prattutto nel principio di non discriminazione nell'esercizio dei diritti fondamentali in base a una “condizione personale” (art. 3, comma 1, Cost.) qual è, appunto, l'incapacità originata dalla disabilità⁵¹.

A questo riferimento normativo si aggiunge, più specificamente, la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità (fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali) del 2006, ratificata con legge n. 18/2009, la quale garantisce al disabile il godimento di tutti i diritti e le libertà fondamentali, attraverso un rappresentante legale che esprima non già il proprio punto di vista, bensì “la volontà e le preferenze della persona” secondo il principio di proporzionalità e di corrispondenza alle condizioni della persona (artt. 1, 5 e 12 della Convenzione).

La Cassazione, pertanto, nel 2007, coglieva un punto fondamentale: il rappresentante legale “deve decidere non «al posto» dell'incapace né «per» l'incapace, ma «con» l'incapace, ricostruendo la sua presunta volontà [sulla base dei] desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalla sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalla sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche”⁵². Occorre, continua la Suprema Corte, “dare sostanza e coerenza all'*identità complessiva del paziente* e al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona”⁵³.

dal rappresentante legale del minore “deve comunque rispecchiare la volontà” di quest'ultimo); l'art. 13 l. n. 194/1978 prevede che la richiesta di interruzione volontaria della gravidanza possa essere presentata dal tutore o dal marito non tutore dell'interdetta, sebbene, in tali casi, la richiesta debba essere confermata dalla donna, a dimostrazione che la rappresentanza su profili personalissimi è ammissibile purché il rappresentante veicoli non già i propri *desiderata*, ma quelli del rappresentato; l'art. 6 della Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, analogamente alle precedenti disposizioni, stabilisce che il rappresentante legale della persona incapace (minore di età o disabile) presta il consenso al trattamento medico, consenso la cui validità è subordinata al coinvolgimento del rappresentato nella procedura di autorizzazione, affinché emergano, per quanto possibile, gli intendimenti di quest'ultimo.

⁵¹ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., § 7.1. afferma che “superata l'urgenza dell'intervento derivante dallo stato di necessità, l'istanza personalistica alla base del principio del consenso informato ed il *principio di parità di trattamento tra gli individui*, a prescindere dal loro stato di capacità, impongono di ricreare il dualismo dei soggetti nel processo di elaborazione della decisione medica: tra medico che deve informare in ordine alla diagnosi e alle possibilità terapeutiche, e paziente che, attraverso il legale rappresentante, possa accettare o rifiutare i trattamenti prospettati [corsivo mio]”. La persona, quindi, non è annullata dall'incapacità, sebbene occorra cautela e rigore nel farsi strumento della volontà altrui.

⁵² Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., § 7.3.

⁵³ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., § 7.5.



È ciò che è avvenuto nel “caso Englaro” nel procedimento in Corte d’Appello⁵⁴, svoltosi dopo la storica sentenza della Cassazione, ritenuta, a ragione, pienamente rispondente al garantismo istituzionale⁵⁵; i giudici hanno ritenuto che da un insieme di elementi di prova “chiari, precisi e concordanti” fosse stata chiarita la volontà presunta della paziente, la quale, se avesse potuto parlare, sarebbe stata assolutamente contraria al proprio mantenimento in via attraverso presidi medici in condizione di definitiva incoscienza. La Corte d’Appello, di conseguenza, ha autorizzato il personale sanitario a interrompere il presidio di sostentamento vitale; cosa che, com’è noto, è avvenuta.

5. La legge n. 219/2017 e il pluralismo dei valori ancora incompiuto.

La sentenza Englaro ha posto in rilievo la relatività del bene vita e il rapporto tra autodeterminazione del paziente e tutela solidaristica dell’esistenza. Tuttavia la mancanza di una legge organica sulla rilevanza e sull’efficacia delle dichiarazioni di fine vita ha comunque esposto il paziente, negli anni successivi al 2007, al volere di soggetti terzi: dello Stato, il quale con il suo silenzio legislativo ha finito con l’imporre la propria ideologia *pro vita*; del personale sanitario, spaventato dal confine sottile tra rifiuto delle cure e eutanasia (attiva e passiva) e dalle sanzioni penali poste a loro carico (artt. 579-580 c.p.); dai familiari, restii a favorire la morte del loro caro.

La legge, nonostante i passi avanti effettuati in dottrina e in giurisprudenza, è entrata in vigore solo 10 anni dopo il “caso Englaro”. Di certo essa ha chiarito diversi aspetti⁵⁶, rassicurando il medico

sull’assenza di una sua responsabilità in caso di interruzione di un sostegno vitale (art. 1, comma 6, l. n. 219/2017); resta però incompleta perché non tratta dell’aiuto al suicidio e dell’eutanasia. Su queste due pratiche si tornerà più avanti, non prima di avere ripreso alcuni aspetti cardine della legge da cui si desume un punto essenziale: la persona non può essere privata del suo Sé, del proprio intimo sentire la vita, al quale soltanto è assoggettato il corpo⁵⁷.

La legge 219/2017 conferma, infatti, quel pluralismo (e non relativismo)⁵⁸ dei valori, sottolineato nel “caso Englaro”, i quali si integrano reciprocamente senza che vi sia una supremazia assiologica di uno di essi. Stabilisce l’art. 1 che la legge, “nel rispetto dei principi di cui agli artt. 2, 13 e 32 della Cost. e degli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all’autodeterminazione della persona”. Quattro beni, dunque, rilevano la cui sintesi è l’esito di un bilanciamento effettuato anzitutto dal legislatore⁵⁹.

ivi, 2019, 1, p. 26 ss.; I. PIZZIMENTI, *Il diritto di conoscere o di non conoscere il proprio stato di salute: modalità e contenuto dell’informazione*, ivi, 2019, 1, p. 67 ss.; U. SALANITRO, *Il consenso, attuale o anticipato, nel prima della responsabilità medica*, ivi, 2019, 1, p. 125 ss.; M. MANTOVANI, *Relazione di cura e disposizioni anticipate di trattamento*, ivi, 2019, 1, p. 188 ss.

⁵⁷ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, cit., § 6, è consapevole che il corpo non possa essere disgiunto dalla percezione che se ne abbia dello stesso, altrimenti la persona viene asservita a un’ideologia altrui. Essa afferma, infatti, che “il consenso [ai trattamenti sanitari] *afferisce alla libertà morale* del soggetto e alla sua autodeterminazione, nonché alla sua libertà fisica intesa come diritto al rispetto della propria integrità corporea, le quali [libertà] sono tutti profili della libertà personale proclamata inviolabile dall’art. 13 Cost.”. Il consenso, quindi, da un lato, consegue alla capacità di scegliere secondo la propria coscienza in accordo con i valori e concezioni di riferimento (libertà morale), dall’altro, è indispensabile per sottrarre il proprio corpo alla strumentalizzazione altrui (libertà fisica). Sul consenso informato in “funzione di sintesi tra il diritto all’autodeterminazione e quello alla salute” cfr.: Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Banca dati-Leggi d’Italia*, in cui si afferma che il consenso informato, il cui fondamento sta negli artt. 2, 13 e 32 Cost., svolge “la funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all’autodeterminazione e quello alla salute”; Corte cost., 30 luglio 2009, n. 253, in *Banca dati-Leggi d’Italia*; Corte cost., 22 ottobre 1990, n. 471, in *Banca dati-Leggi d’Italia*, la quale afferma come il precetto di cui all’art. 13 comma 1 Cost. postuli il potere della persona di disporre del proprio corpo.

⁵⁸ P. PERLINGIERI, “*Dittatura del relativismo*” e “*tirannia dei valori*”, in *Giuristi e loro opere. Un itinerario*, Napoli, 2022, p. 464 ss., chiarisce come entrambe le impostazioni indicate nel titolo di questo saggio siano state rifiutate dalla Costituzione. L’idea del relativismo quale pluralismo “non comunicante” è pur sempre un assolutismo che urta con il personalismo (non già individualismo) e con il solidarismo architavvi della Costituzione.

⁵⁹ La legge n. 219/2017 è pregevole proprio in ragione dell’attento bilanciamento compiuto dal legislatore tra i quattro valori indicati nell’art. 1. A titolo esemplificativo si possono richiamare le “azioni di sostegno al paziente” di cui all’art. 1,

⁵⁴ Corte App. Milano, 25 giugno 2008, n. 88, in *Corr. mer.*, 2008, 10, p. 1031 ss., con nota di G. MARRA, Il rifiuto dei trattamenti di sostegno vitale può essere espresso dal tutore e fondarsi su prove presuntive

⁵⁵ Corte cost., ord., 8 ottobre 2008, n. 334, in *Banca dati-Leggi d’Italia*, ha ritenuto inammissibile il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, non sussistendone il requisito oggettivo. È stata perciò esclusa l’esorbitanza dai limiti del potere del giudiziario, come pure la violazione del principio di soggezione dei giudici soltanto alla legge. Cfr. le lucide considerazioni adesive alla pronuncia di V. ROPPO, *Garantismo*, cit., p. 88-91, il quale commenta altresì favorevolmente il rifiuto della firma da parte dell’allora Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano, al decreto legge con il quale il Governo intendeva vietare la procedura di interruzione del sostegno vitale di Eluana Englaro, ordinata dalla Corte d’appello in attuazione del principio di diritto posto da Cass. n. 21748/2017, cit.. Secondo l’analisi di Roppo si è trattato di una corretta affermazione del garantismo istituzionale “in pro della magistratura”.

⁵⁶ P. ZATTI, *Brevi note sull’interpretazione della legge n. 219 del 2017*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1, p. 3 ss.; G. DI ROSA, *La relazione di cura e di fiducia tra medico e paziente*,

Il pluralismo dei valori comporta che la vita possa entrare in conflitto con la dignità del paziente, il quale ha diritto di rifiutare ogni trattamento medico. Consentire di morire non significa introdurre una contraddizione nell'ordinamento, perché vita e dignità sono valori legati, seppur autonomi⁶⁰, che devono rimanere in armonia. Se, invece, secondo il malato, non c'è più dignità nel vivere, non c'è neppure vita tollerabile.

È evidente, però, che l'ordinamento ponga un forte accento protezionistico sull'esistenza, il quale è insito nella "relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico", incentrata sul consenso informato; consenso che è significativo solo se le informazioni veicolate dal medico siano complete, aggiornate e comprensibili, comprensive dell'esplicazione delle alternative e delle conseguenze del rifiuto del trattamento sanitario (art. 1 comma 3). Non basta: il consenso postula che il dialogo medico paziente si svolga "nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente" (art. 1 comma 4).

Diversificare la comunicazione è essenziale affinché si realizzi la cura del paziente richiesta dalla legge; ciò richiede tempo, così l'art. 1 comma 8 stabilisce che "il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura". Comunicare è non soltanto trasmissione di dati medici, ma soprattutto capacità di occuparsi con solerzia e premura del paziente, facendolo sentire protetto e compreso⁶¹. Questo evoca il sostantivo "cura": solo chi avverte l'altrui attenzione empatica conserverà un

comma 5, il legame tra la comunicazione e la cura di cui all'art. 1, comma 8, la garanzia della terapia del dolore ex art. 2, l'attenzione particolare riservata ai minori e agli incapaci (art. 3) e l'indicazione di casi in cui le disposizioni anticipate di trattamento possono essere disattese dal medico.

⁶⁰ Emblematica è la fattispecie del danno morale terminale (o c.d. da lucida agonia) in cui il bene protetto è proprio la dignità della persona colpita dal fatto di aver dovuto attendere lucidamente la propria morte a causa di un fatto illecito (cfr. *ex multis*: Cass., 27 settembre 2017, n. 22451 e Cass., 15 dicembre 2022, n. 36841, entrambe in *Banca dati-leggi d'Italia*).

⁶¹ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 277, sottolinea come la relazione medico paziente sia "relazione comunicativa, irriducibile alla banalizzazione del consenso attraverso la firma di un modulo che evoca piuttosto la sottoscrizione di un contratto di assicurazione o di fornitura di servizi, o nel quale si manifesta l'attitudine «difensiva» del medico, soprattutto preoccupato di mettere il suo agire al riparo da eventuali responsabilità civili o penali". L'Autore sottolinea come continuo le parole adoperate rispetto all'unicità del malato e il tempo, inevitabilmente diverso da caso a caso, da dedicare alla comunicazione. Egli aggiunge che al di fuori della relazione terapeutica, entrando più propriamente nel fine vita, non è certo sufficiente un colloquio con il medico per garantire l'autodeterminazione del paziente; occorre una risposta istituzionale volta a sostenere la vita (cfr. art. 1, comma 5, l. n. 219/2017), come quella fornita dalla previsione normativa, presente in alcuni ordinamenti, di un indennizzo per il familiare che si prende cura di un malato terminale.

maggiore attaccamento alla vita. Occorre una "comunicazione circolare" in cui il medico si comporti non già come il depositario della conoscenza tecnica dal quale soltanto possa provenire l'indicazione della via da seguire, ma come chi sappia ascoltare il paziente "per tradurne i propositi nella lingua della scienza e riproporli [al medesimo]"⁶². L'art. 1, comma 2, pone l'accento sull'"incontro" tra l'autonomia decisionale del paziente e la competenza del medico, condizione indispensabile dell'espressione del consenso informato.

Questo tipo di rapporto, attuativo di una mediazione tra scienza ed esperienza, non va ascritto all'utopia, ma a un obiettivo saliente da perseguire quale segno di una civiltà attenta alle profondità umane; opportunamente l'art. 1, comma 10, l. n. 219/2017 stabilisce che la professionalità di tutti i sanitari "comprende la formazione in materia di relazione e di comunicazione con il paziente (...)".

Non è affatto singolare che il legislatore evochi rapporti umani significativi tra medico e paziente, perché è una prerogativa del diritto svolgere una funzione promozionale dei valori fondamentali della Repubblica, cosicché ciascuno possa concorrere al progresso anche "spirituale" della società (art. 4, comma 2, Cost.). In questa direzione di rinnovamento virtuoso delle relazioni intersoggettive si situa il disposto di cui all'art. 1, comma 5, l. n. 219/2017 secondo cui "qualora il paziente esprima la rinuncia o il rifiuto di trattamenti necessari alla propria sopravvivenza, il medico prospetta al paziente e, se questi vi consente, ai propri familiari, le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative e promuove ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica". Ecco che il diritto alla vita, immanente alla Costituzione e previsto espressamente dall'art. 2 CDFUE, responsabilizza il medico, il quale si adopera affinché la decisione del paziente sia ripensata e sia comunque autentica, poi-

⁶² P. ZATTI, «Parole tra noi così diverse». *Per una ecologia del rapporto terapeutico*, in *Nuova giur. civ. com.*, 2012, 3, p. 143 ss., affronta con rara profondità il tema della comunicazione tra medico e paziente, ponendo l'accento sulla necessità di includere in essa i significati non solo della medicina ma del malato. Così che quest'ultimo possa veicolare la "sua possibile salute, [il] suo stare bene o stare meglio, [la] sua necessità o scelta". Se la comunicazione è unidirezionale, diseguale in quanto espressiva di una relazione gerarchica, l'ammalato resta ammutolito. Secondo l'A., "i medici dovrebbero ritrovare, in termini nuovi, il loro ruolo antico di mediatori tra scienza ed esperienza: conoscere le parole della scienza e capire le parole dell'esperienza dette dall'altro parlante, la persona malata" (p. 148). Occorrerebbe – lo si sottolinea nello scritto – preparare i futuri medici anche alle tecniche per avvicinare un malato in grave difficoltà. Va riconosciuto che alcune indicazioni fornite dall'A. per instaurare un rapporto empatico tra medico e paziente sono state accolte dalla legge n. 219/2017.



ché assunta in un contesto di sostegno e non di gelido e povero vuoto istituzionale.

Il connotato solidaristico e sociale emerge da altre due disposizioni a tutela del diritto alla vita.

La prima è quella contenuta nell'art. 3, comma 5, l. 219/2017, ai sensi del quale qualora il rappresentante dell'incapace legale *rifiuti le cure proposte*, laddove il medico le ritenga invece necessarie, la decisione finale, in assenza di disposizioni anticipate di trattamento, è rimessa al giudice tutelare su ricorso dello stesso rappresentante della persona interessata, dei soggetti di cui all'art. 406 c.c. ss. (*id est*: coniuge, convivente di fatto, parenti entro il quarto grado e affini entro il secondo), del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria. Si conferma quindi, come rilevato nel “caso Englaro”, che il rappresentante legale non possa sostituirsi al rappresentato nella scelta di rifiutare le cure, salvo che il giudice tutelare gli abbia attribuito espressamente tale potere.

Quid juris se, invece, medico e rappresentante legale concordino nell'interruzione delle cure? L'art. 3, comma 5, l. 219/2017 è muto al riguardo. La Corte costituzionale ha effettuato un'interpretazione costituzionalmente orientata che garantisce il diritto alla vita, secondo la quale i commi 4 e 5 dell'art. 3 l. 219/2017 non attribuiscono *ex lege* a ogni amministratore di sostegno, pur investito dal giudice della rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, anche il potere di accordare o di negare il consenso informato ai trattamenti di sostegno vitale⁶³. Il rifiuto delle cure, incidendo su diritti personalissimi, esige la conoscenza della volontà del beneficiario, attuale o presunta che sia; spetta al giudice tutelare, acquisita la prova di tale volontà, valorizzata dall'art. 3, comma 4, attribuire all'amministratore di sostegno il potere rappresentativo *specifico* di negare il consenso a un trattamento di sostegno vitale.

La seconda disposizione attiene all'efficacia delle disposizioni anticipate di trattamento nella loro fase attuativa. Ai sensi dell'art. 4, comma 5, l. 219/2017, il medico deve disattendere le DAT – sebbene nel testo si affermi che esse “*possono essere disattese*” – “qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita”. In queste situazioni, poiché le disposizioni del paziente appaiono oscure, non cal-

zanti o superate dagli sviluppi della medicina, prevale un principio di precauzione a tutela della vita.

Non vi è insomma un rilievo assoluto dell'autodeterminazione, né un'accentuazione soggettivistica nella dinamica giuridica del fine vita; spicca piuttosto una tutela coerente dell'esistenza in attuazione della solidarietà verso il paziente, al quale è garantita la libertà di rifiutare le cure. L'art. 1, comma 6, l. 219/2017 è netto nell'affermare che “il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile e penale”. Ancora: “il medico è tenuto al rispetto delle DAT” (art. 4 comma 5) e, con riguardo alle indicazioni fornite dal paziente nella pianificazione condivisa della cura (art. 5 comma 1), “il medico e l'equipe sanitaria sono tenuti ad attenersi [ad esse] qualora il paziente venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso o in una condizione di incapacità”.

Si può affermare che la legge 219/2017 abbia recepito e declinato con equilibrio i principi espressi dalla sentenza sulla “caso Englaro”, oltre a essersi adeguata all'evoluzione normativa⁶⁴ e giurisprudenziale intercorsa dal 2007 ad oggi. Il diritto quale sviluppo storico ragionato, non già quale lampo di ideologia, avvicina alla verità saldandosi al più diffuso sentire.

La legge si arresta, tuttavia, al rifiuto dei trattamenti; non è stato affrontato il tema della morte anticipata desiderata dal paziente attraverso una richiesta di aiuto al suicidio o di eutanasia. Su questo si intende proseguire il discorso.

6. Suicidio assistito e procedimento di formazione della volontà quale garanzia della vita e dell'autodeterminazione.

⁶⁴ La legge n. 219/2017 impone al medico di proporre al paziente le cure palliative quale strategia contro il dolore. L'art. 2 pone un dovere al medico di adoperarsi in tale senso, “anche in caso di rifiuto o di revoca del consenso al trattamento sanitario indicato dal medico. Anche l'art. 5, con riguardo alla pianificazione condivisa delle cure, impone al medico di informare il paziente, sui quanto “questi possa realisticamente attendersi in termini di qualità della vita, sulle possibilità cliniche di intervenire e sulle cure palliative” Vi è, quindi, un diritto di non soffrire del malato dipendente non già dall'accettazione delle terapie prospettate del medico, ma dal valore della dignità umana. Il paziente ha diritto di rifiutare/revocare ogni trattamento o supporto medico, potendo pretendere in ogni caso che se ne allevino le sofferenze conseguenti. La legge n. 38/2010 recante “disposizioni per garantire l'accesso alle cure palliative e alla terapia del dolore” prevede all'art. 1 proprio il diritto del cittadino di accedere a tali cure e terapie volte, per espressa disposizione di legge, a tutelare la dignità e l'autodeterminazione del malato, nonché a tutelare e a promuovere la qualità della vita fino alla sua fine (art. 1 comma 3).

⁶³ Corte cost., 13 giugno 2019, n. 144, in *Corr. giur.*, 2020, 1, p. 17 ss., con nota di D. CARUSI, *Legge 219/2017, amministrazione di sostegno e rifiuto delle cure: problemi di legittimità di una legge mal scritta*.



La legge 219/2017 tutela il diritto di non restare “prigionieri” del proprio corpo; un diritto che trova conferma nell’art. 3 CDFUE, il quale, considerando la persona come unità tra soma e psiche, argina la concezione anacronistica identificante l’individuo con il suo sostrato biologico.

Se la persona non è solo corpo, è legittimo il rifiuto o l’interruzione del sostegno vitale con conseguente decesso, le cui ragioni affondano nella sfera interiore della persona tutelata dal diritto all’integrità psichica. È stata, pertanto, esattamente sottolineata la prevalenza normativa della biografia sulla biologia⁶⁵. Si può allora affermare l’esistenza, quanto meno nei casi circoscritti dalla legge 219/2017, del diritto di morire invero dal diritto di rifiutare cure e trattamenti salva-vita.

Il sistema normativo, però, come si diceva, è incompleto, poiché non considera il caso in cui il paziente non desideri morire attraverso il rifiuto delle cure, preferendo la somministrazione di un farmaco letale, azionata da sé medesimo con un movimento della mano o della bocca. Ci si deve domandare a questo punto se esista anche il diritto di scegliere come morire, soprattutto perché alcuni cittadini italiani, gravemente malati, si recano all’estero per porre fine alla loro vita. Il tema è quello dell’aiuto al suicidio, pratica, questa, ammessa in un determinato caso circoscritto dalla Corte costituzionale con una sentenza interpretativa di accoglimento⁶⁶.

⁶⁵ Così S. ΡΟΔΟΤΑ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 271, il quale svolge riflessioni puntuali sull’inadeguatezza della categoria codicistica dell’autonomia privata, indifferente alla “materialità delle situazioni” e dunque alla vita in concreto, con conseguente perdita del tratto dell’unicità della persona che, invece, è centrale nella dimensione costituzionale. Se è fondamentale conoscere la volontà della persona – sana, disabile, minore di età – nelle scelte esistenziali, si giustifica la previsione di modalità particolari volta a conoscerla come la “volontà presunta” di cui ha parlato la Cassazione nel “caso Englaro” o come la videoregistrazione per la persona con disabilità o l’utilizzo di altri dispositivi volti a favorire la comunicazione (art. 1, comma 4 e 5, comma 4, l. n. 219/2017).

⁶⁶ Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, cit., ha ravvisato l’incostituzionalità parziale dell’art. 580 c.p. (già preannunciata da Corte cost., ord. 16 novembre 2018, n. 207, cit.), chiarendo che tale articolo conserva la sua funzione essenziale di tutela della vita della persona soprattutto malata, depressa, psicologicamente fragile, anziana o in solitudine; la quale persona potrebbe essere indotta, per ragioni economiche altrui, a congedarsi anzi tempo dalla vita. L’art. 580 c.p., tuttavia, se da un lato conserva la sua finalità protettiva, dall’altro, necessita, secondo la Corte cost., di un ridimensionamento del suo ambito applicativo. Com’è noto l’ordinanza del 2018 della Corte cost., “in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale”, ha concesso al legislatore il termine del 24 settembre 2019 entro cui intervenire con una legge. Non vi è stato, tuttavia, alcun intervento da parte del Parlamento, così nel 2019 la Corte cost. ha pronunciato l’illegittimità costituzionale dell’art. 580 c.p. nella parte in cui non esclude la punibilità di chi abbia agevolato l’esecuzione - concorso materiale - del proposito di suicidio,

Deve trattarsi di una persona che soddisfi quattro condizioni: a) affetta da una patologia irreversibile; b) (la quale è) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che il paziente stesso reputa intollerabili; c) tenuta in vita mediante un trattamento di sostegno vitale (ad es.: respiratore, alimentazione intraparietale); d) capace di assumere decisioni libere e consapevoli.

Secondo la Corte costituzionale, in presenza di questi tratti del fatto, non è applicabile la fattispecie criminosa del concorso materiale del medico nell’attuazione del proposito suicidario del paziente (art. 580 c.p.), altrimenti si violerebbe il principio di uguaglianza, unitamente alla lesione della dignità umana e del principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.). L’argomentazione è condivisibile e merita di essere ripresa a dimostrazione della centralità e potenzialità dei pilastri della nostra Repubblica democratica.

Se il valore della vita è subordinato alla decisione del paziente di interrompere il sostegno vitale, parimenti deve valere rispetto alla volontà di ricevere un aiuto al suicidio. I beni coinvolti sono gli stessi in ambedue le fattispecie e il bene vita non può essere imposto a chi non ritenga di avere un’esistenza dignitosa, mancando la sufficienza delle funzioni vitali⁶⁷. È proprio l’uguaglianza a venire in rilievo, poiché la diversità del procedimento che conduce al decesso – interruzione del sostegno vitale o suicidio assistito – non differenzia i due casi di persone malate in condizioni critiche simili. Non si giustifica che l’ordinamento consenta il decesso solo a chi voglia rifiutare i trattamenti vitali e non anche a chi intenda morire in altro modo attraverso il suicidio assistito, senza perciò innescare un periodo più o meno lungo di agonia che consegue, invece, al rifiuto del trattamento⁶⁸.

autonomamente e liberamente formatosi, di una malato che si sia trovato nelle condizioni descritte sopra nel testo.

⁶⁷ Afferma Corte cost., 16 novembre 2018, n. 207, § 9, cit., “se, infatti, il valore cardinale della vita non esclude l’obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l’interruzione dei trattamenti sanitari – anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento del macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore) – non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all’accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento - apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all’anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale”. Ecco il punto forte: in ragione dell’evoluzione ordinamentale intercorsa, non vi è alcuna ragione giuridica che possa giustificare un “ostacolo assoluto” al suicidio assistito.

⁶⁸ Questa argomentazione è decisiva. Se si può morire rifiutando il sostentamento vitale, parimenti si deve poter morire attraverso il suicidio assistito. Opinando diversamente, si discriminerebbe il malato che non vuole abbandonare la vita attraverso



Non solo: applicare la fattispecie del concorso materiale nel caso delineato dalla Consulta violerebbe sia l'art. 32 Cost. (diritto di autodeterminarsi del paziente salvo il TSO), perché si imporrebbe indirettamente il sostegno vitale, sia il valore della dignità umana come percepita dal malato, oltre a esservi una marcata irragionevolezza⁶⁹ del divieto assoluto di aiuto al suicidio rispetto all'ammissibilità del rifiuto delle cure.

Per avversare quest'impostazione argomentativa non è sufficiente – lo si ribadisce – addurre l'abbassamento del livello di tutela delle persone più vulnerabili. Non lo è perché, per un verso, il problema della vulnerabilità si è posto anche rispetto al rifiuto del sostegno vitale, pienamente ammissibile in forza della legge 219/2017⁷⁰; per altro verso, è eccessivo presumere una condizione di vulnerabilità e di volontà inautentica in tutti coloro che, dopo un percorso caratterizzato solitamente da più tentativi di ritrovare un nuovo equilibrio di vita, pervengano alla decisione di morire. Il problema della vulnerabilità, certamente degno della massima attenzione, è stato affrontato (ma non esaurito) dal legislatore attraverso la previsione dell'alleanza te-

il rifiuto dei trattamenti, bensì in altro modo. Di questo la Corte costituzionale è, a ragione, convinta. Secondo Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, cit., non si può imporre al malato che intenda morire di ricorrere all'interruzione del sostentamento vitale; interruzione che impone la sedazione profonda continua con conseguente annullamento della coscienza e volontà del malato. Questa condizione potrebbe essere avvertita come contraria alla propria dignità. Il paziente non deve essere costretto da due soluzioni entrambe sconosciute: continuare a vivere con il sostentamento vitale o morire rifiutandolo.

⁶⁹ Non è ragionevole limitare la libertà di decidere sul proprio corpo senza al contempo tutelare un altro valore costituzionalmente rilevante. Quest'altro valore non può essere la vita, perché in tal modo il valore vita diverrebbe oggettivo, quando invece l'oggettività della rilevanza della vita, che pure è connaturata all'ordinamento, è recessiva rispetto alla volontà del malato di porvi fine in presenza di certe condizioni.

⁷⁰ Corte cost., 16 novembre 2018, n. 207, § 9, cit., sottolinea che “quanto, poi, all'esigenza di proteggere le persone più vulnerabili, è ben vero che i malati irreversibili esposti a gravi sofferenze sono solitamente ascrivibili a tale categoria di soggetti. Ma è anche agevole osservare che, se chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall'ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione di tale trattamento, non si vede perché il medesimo soggetto debba essere ritenuto viceversa bisognoso di una ferrea e indiscriminata protezione contro la propria volontà quando si discuta della decisione di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri, quale alternativa reputata maggiormente dignitosa alla predetta interruzione”. Insomma la protezione che tiene in equilibrio vita, identità personale e autodeterminazione è quella in grado di assicurare una volontà autentica della persona. È viceversa da respingere una (finta) protezione che spoglia la persona della capacità di agire, in ossequio a un'inaccettabile equazione tra malattia e debolezza psichica.

rapeutica tra medico e paziente su cui ci siamo già soffermati.

È utile allora rimarcare quell'equilibrio tra valori diversi, connotante il sistema ordinamentale e concretizzato, anche dai giudici, da quelle “specifiche cautele” indicate dalla Consulta, necessarie a seguito della dichiarazione di parziale incostituzionalità dell'art. 580 c.p.⁷¹ perché funzionali a proteggere la vita del malato e a garantirgli la piena consapevolezza delle decisioni assunte. Vita e autodeterminazione sono beni sotto la lente del diritto, in modo che il secondo possa prevalere sul primo solo in un contesto di sostegno concreto del malato e dei suoi familiari.

Si impone allora qualche parola in più su questo contesto di solidarietà sociale ben delineato dalla Corte costituzionale. Anzitutto la Consulta ha ritenuto necessario che la volontà di ricorrere al suicidio assistito sia inserita in una “procedura medicalizzata”, già descritta dall'art. 1, comma 5, l. 219/2017 ed estensibile proprio a questa pratica. Occorrerà che: la richiesta di aiuto al suicidio sia espressa nelle forme di cui all'art. 1 comma 4; sia accertata la capacità di autodeterminarsi e di esprimere un consenso libero e informato (“persona capace di agire” secondo il comma 5), sempre modificabile, da inserire nella cartella clinica; il medico promuova quelle attività richieste dalla legge di sostegno anche psicologico del paziente; sia dia conto del carattere irreversibile della patologia e delle sofferenze fisiche o psicopatologiche quali elementi da inserire nella cartella clinica.

Nella procedura deve e essere sempre garantita al paziente “un'appropriata terapia del dolore e l'erogazione di cure palliative” ai sensi della legge n. 38/2019. L'accesso a tali cure – si legge nella sentenza – “ove idonee a eliminare la sofferenza, spesso si presta a rimuovere le cause della volontà del paziente di congedarsi dalla vita”⁷². È necessario altresì verificare la sussistenza delle predette quattro condizioni che escludono la punibilità dell'aiuto al suicidio; compito, questo, affidato dalla Consulta esclusivamente a strutture pubbliche del

⁷¹ Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, cit., chiarisce che, sebbene la materia in cui vi sia una disposizione interessata dall'incostituzionalità necessiti, a seguito della declaratoria di incostituzionalità, di un'attività discrezionale del legislatore, non per questo vi può essere una “zona franca” immune dal sindacato di legittimità costituzionale, altrimenti si pregiudicherebbero diritti fondamentali. Se l'incostituzionalità determina un vuoto di disciplina e il legislatore non è ancora intervenuto, questo vuoto deve essere colmato dalla stessa Consulta “ricavando dalle *coordinate del sistema vigente* i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento”. Tali coordinate la Consulta le ha desunte soprattutto dalla legge n. 219/2019.

⁷² Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, cit., § 5.

Servizio Sanitario Nazionale. Le quali dovranno valutare le modalità di esecuzione, da organizzarsi in modo “da evitare abusi in danno di persone vulnerabili, da garantire la dignità del paziente e da evitare al medesimo sofferenze”⁷³.

Infine, sempre a difesa della vita e della persona fragile, la Corte costituzionale ha richiesto l'intervento di un organo collegiale terzo, dotato di adeguate competenze; organo individuato nel Comitato etico territorialmente competente. Si aggiunga che, a tutela dei valori di ciascuno dei soggetti coinvolti, non vi è, per ammissione della stessa Consulta⁷⁴, alcun obbligo in capo al medico di praticare l'aiuto al suicidio, potendo egli far valere l'obiezione di coscienza. Il che, in mancanza di una legge, espone il malato, a seconda dell'ospedale in cui si trova, a un prolungamento non dignitoso delle proprie sofferenze.

Il sistema ordinamentale di riferimento del fine vita è dunque complesso, ma anche lacunoso come si vedrà meglio nell'ultimo paragrafo. Più valori si confrontano; essi vanno bilanciati perché la tutela della vita non è assoluta, sebbene si debba garantire un'elevata protezione del malato in una duplice direzione: garantendogli quel sostegno funzionale a continuare a vivere, ma consentendogli al contempo di realizzare la sua volontà, seria e determinata, contraria alla permanenza in vita. Non c'è contraddizione in tutto ciò, né logica né giuridica. Sostenendo la vita l'ordinamento accetta al contempo che il malato voglia e ottenga la morte. Si inverte così l'impianto costituzionale del pluralismo dei valori identificativi della Repubblica democratica⁷⁵.

Sul piano ricostruttivo si delinea in una certa misura, oltre al diritto di morire, anche il diritto di scegliere come morire, non potendosi imporre un'unica modalità di congedarsi dalla vita. Se sussiste la titolarità di un diritto vi è altresì un diritto al giudice e una tutela giurisdizionale effettiva di esso⁷⁶.

⁷³ Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, cit., § 5.

⁷⁴ Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, cit., § 6.

⁷⁵ Corte cost., 22 settembre 2014, n. 238, in *Giur. it.*, 2015, 2, p. 340 ss., con nota di D. GIRARDI, *Gli argini costituzionali alla norma sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile*; in *Int'l Lis*, 2015, 1, p. 12 ss., con nota di E. CANNIZZARO, *Regimi internazionali di immunità dalla giurisdizione civile e Costituzione*, e ivi p. 16 ss., con nota di A. CIAMPI, *Perché è bene che la sentenza 22 ottobre 2014 n. 238 sia stata scritta e che sia italiana*. La Consulta afferma che i principi fondamentali sono “elementi identificativi e irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, per ciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale”. Tra questi, cui fa riferimento l'art. 2 Cost., vi è “a titolo primario la dignità” e, ai sensi dell'art. 24, comma 1, Cost., il diritto al giudice, “anch'esso a presidio della dignità della persona, tutelando il suo diritto ad accedere alla giustizia per far valere il proprio diritto inviolabile”.

⁷⁶ Corte cost., 22 settembre 2014, n. 238, cit., afferma che “al riconoscimento della titolarità di diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi ad un

Oggi un malato nelle condizioni delineate dalla Corte costituzionale ha a disposizione la seguente alternativa: chiedere l'interruzione del sostegno vitale o l'aiuto al suicidio a seconda della propria insindacabile percezione di un abbandono dignitoso della propria esistenza.

7. Ulteriori sviluppi del sistema ordinamentale.

Il contesto normativo in cui si colloca la problematica della rilevanza del volere nel fine vita non è affatto dominato, come si è cercato di far emergere, “dall'individualismo autocentrato”. La volontà del malato si forma “in un contesto socialmente definito”⁷⁷ in cui più soggetti – pubblici e privati – assumono la responsabilità di assicurare il governo del Sé. Sono state sopra richiamate alcune disposizioni legislative, in particolare quelle contenute nella legge 219/2017, che declinano il rapporto medico paziente bilanciando vita e autodeterminazione, senza che qualcuno possa impadronirsi della sfera più intima di chi soffre.

Dovrebbe essere emerso come i tempi siano maturi per ampliare la legge 219/2017, quantomeno per disciplinare l'aiuto al suicidio. Le proposte di legge hanno accolto in buona misura i punti fermi cui è pervenuto il dibattito dottrinale più pensoso⁷⁸ e la giurisprudenza delle Corti superiori.

Uno è senz'altro la difesa del valore della vita, la quale necessita di una chiara delimitazione legislativa della fattispecie giustificativa della richiesta di porre termine all'esistenza; altrimenti si cade nell'errore in cui sono incorsi i promotori del refe-

giudice in un procedimento di natura giurisdizionale; pertanto, l'azione in giudizio per la difesa dei propri diritti (...) è essa stessa il contenuto di un diritto, protetto dagli artt. 24 e 113 della Costituzione e da annoverarsi tra quelli inviolabili e caratterizzanti lo stato democratico di diritto (...). Né è contestabile che il diritto al giudice e a una tutela giurisdizionale *effettiva* dei diritti inviolabili è sicuramente tra i grandi principi di civiltà giuridica in ogni sistema democratico del nostro tempo [corsivo mio]”.

⁷⁷ Le parole tra virgolette sono di S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 254, il quale ha chiarito che porre l'accento sulla volontà dell'interessato non significa isolare la persona, cancellandone ogni legame sociale. Un tale esito sarebbe contrario all'impostazione costituzionale che valorizza la persona nei suoi ramificati rapporti sociali e non già come monade. L'A. richiama l'art. 3, comma 2, Cost. dal quale desumere la necessità di un contesto sanitario in cui più soggetti qualificati supportino il malato nell'assumere decisioni consapevoli realmente volute.

⁷⁸ Nella Introduzione al disegno di legge n. 3101, cit., si richiama qualche passaggio del pensiero di Stefano Rodotà, interprete indubbiamente capace di sviluppare il significato delle fonti del diritto, quale sostenitore del governo del proprio corpo da parte del malato.



rendum abrogativo di alcune parti dell'art. 579 c.p. ("omicidio del consenziente") di svilire la tutela della vita, determinando un pericolosissimo *vulnus* (che sarebbe risultato incostituzionale) di tutela⁷⁹.

Tutti i disegni di legge hanno legato la richiesta di "morte volontaria medicalmente assistita" all'essere il paziente capace di assumere decisioni consapevoli, all'essere affetto "da una patologia irreversibile o a prognosi infausta" e da sofferenze "fisiche o psicologiche ritenute intollerabili"⁸⁰. Inoltre il malato deve essere assistito da una rete di cure palliative di cui all'art. 5 l. n. 38/2010, ovvero vi deve aver espressamente rinunciato⁸¹.

C'è un altro punto che merita una particolare attenzione da parte del legislatore: rispetto a quanto affermato sull'aiuto al suicidio dalla Corte costituzionale, dovrebbe essere ampliata la condizione fattuale data dall'essere tenuto in vita da un sostegno vitale. Diversamente si discriminerebbe il malato il quale, pur integrando le altre condizioni dell'aiuto al suicidio indicate dalla Consulta e confermate nei disegni di legge, non potrebbe accedervi non essendo strettamente dipendente da un sostegno vitale. Ora è pur vero che, secondo la medicina legale, la dizione "trattamenti di sostegno vitale" comprenderebbe anche un certo tipo di trattamento farmacologico, tuttavia, *de jure condendo*, apparirebbe più chiara e ampia una formulazione legislativa che si riferisse all'essere "dipendente da trattamenti far-

macologici" che integrano un sostegno vitale⁸². Questo aspetto è di grande rilievo e delicatezza.

Un secondo elemento della futura legge, la cui importanza è stata sottolineata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, è la previsione di un procedimento di formazione e di controllo della richiesta di morte assistita. Tutti i progetti di leggi, una volta formalizzata tale volontà (anche tramite un dispositivo tecnico), prevedono la redazione di un *rapporto del medico* sulle condizioni cliniche del richiedente e sulle motivazioni che lo hanno indotto alla richiesta⁸³; rapporto da sottoporre a un soggetto terzo – Comitato etico o altro medico – a scopo di controllo del rispetto dei requisiti previsti dalla legge.

Solo se il procedimento di formazione e conferma della richiesta di morte assistita è rispettato non saranno applicabili gli artt. 575 ("omicidio"), 579 ("omicidio del consenziente"), 580 ("*istigazione o aiuto al suicidio*") e 593 ("*omissione di soccorso*") del codice penale.

In conclusione, si dovrebbe condividere l'idea che l'ordinamento tutela la persona non solo proteggendo la sua vita ma anche, in certi casi, consentendole di interromperla quando la sofferenza fisica e psichica diventa insopportabile e priva di "senso", di uno "scopo"⁸⁴. Perciò il referente del diritto alla vita è non tanto un mero corpo che sopravvive, ma l'Io che, identificandosi nel corpo, attribuisce valore all'esistenza⁸⁵. A fronte della disidentificazione tra Io e corpo, determinata dalla cruda e ingiustificabile

⁷⁹ Corte cost., 2 marzo 2022, n. 50, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 2, p. 421 ss., con nota di M. AZZALINI, *La "scala Shepard" del fine vita. La Consulta e l'impervia road map dell'aiuto nel morire, tra tutela della vita e diritto al proprio Sé*, ha dichiarato inammissibile il quesito referendario volto ad abrogare alcune parti dell'art. 579 c.p., poiché la disposizione penalistica che ne sarebbe risultata avrebbe legittimato la soppressione della vita altrui a prescindere dall'esistenza di una malattia incurabile – anche quindi per mero *taedium vitae* – e attraverso l'uso delle armi, perciò da parte di un soggetto attivo che non fosse un medico. La Consulta con questa sentenza, del tutto condivisibile, pur ribadendo il cardinale rilievo del valore della vita, ha altresì affermato come tale valore "non possa tradursi in un dovere di vivere a tutti i costi". Va rilevato, quindi, come con questa sentenza non sia stata espressa alcuna contrarietà a un intervento legislativo volto a disciplinare l'eutanasia. Che sia così emerge anche dalla qualificazione da parte della Consulta dell'art. 579 c.p. come norma ordinaria costituzionalmente necessaria per assicurare una tutela minima al bene vita e non già come norma a contenuto costituzionalmente vincolato. Ciò significa che il legislatore potrà non certo abrogarla, essendo appunto necessaria, ma modificarla sì, delimitando uno spazio di legittimità dell'eutanasia.

⁸⁰ Artt. 2 e 3 proposta di legge n. 3103, cit., art. 3 del Testo unificato adottato come testo base dalle Commissioni, intitolato "Rifiuto dei trattamenti sanitari e liceità dell'eutanasia" e art. 3 DDL S. 912 XVIII legislatura "Disposizioni in materia di eutanasia.

⁸¹ Art. 3 lett. c del Testo unificato (...), cit.; art. 3 lett. d) proposta di legge n. 3103, cit.

⁸² Così l'art. 3 lett. c) proposta di legge n. 3103, cit. Da valutare è invece la formulazione che preveda anche la dipendenza totale dall'assistenza di terzi.

⁸³ Il contenuto del rapporto medico, atto questo essenziale nel procedimento di fine vita, deve essere ben disciplinato. Nei diversi disegni di legge si prevede, tra l'altro, che il rapporto precisi "se il paziente è adeguatamente informato della propria condizione clinica e della prognosi, se è stato adeguatamente informato dei trattamenti sanitari ancora attuabili e di tutte le possibili alternative terapeutiche. Il rapporto deve indicare inoltre se il paziente è a conoscenza del diritto di accedere alle cure palliative, specificare se è assistito dalla rete per le cure palliative o se ha rifiutato tale assistenza" (art. 5, comma 3, proposta di legge n. 3103, cit.). Tutto ciò contribuisce a garantire la tutela della vita e la maturazione progressiva di una volontà consapevole e determinata di terminare la propria vita.

⁸⁴ F. NIETZSCHE, *Genealogia della morale*, Adelphi, 1984, p. 156, in questo scritto pubblicato nel 1887, afferma realisticamente che "l'uomo, l'animale più coraggioso e più abituato al dolore, in sé non nega la sofferenza; la vuole, la ricerca persino, posto che gli si indichi un *senso* di essa, un «perché» del soffrire". E il desiderio di morte del paziente, forse, è anche frutto dell'avvertire nel profondo la mancanza di ragioni sufficienti per continuare a soffrire. Qui il diritto dovrebbe tendere la sua mano benevola, supportando senza imporre.

⁸⁵ P. ZATTI, *Principi e forme di governo del corpo*, cit. p. 119-120, si sofferma con acume sul rapporto tra diritto all'identità e diritto alla vita. Non c'è un dovere di vivere se la vita si lega all'identità personale e quindi al significato che ciascuno assegna al vivere.

sofferenza, si interviene con un sostegno qualificato (ed economico) della persona (e degli stretti familiari), alla quale spetta ogni valutazione sulla ricomposizione del suo Sé.

Le possibilità di scelta sono, tuttavia, ancora troppo ristrette per il malato e rese incerte dall'assenza di una normativa più ampia. La giurisprudenza e la dottrina – rispetto alla quale va ricordato soprattutto il nome di Paolo Zatti per la particolare profondità di analisi – hanno svolto un'opera importante; spetta adesso al legislatore intervenire, ampliando la legge 219/2017 oltre il rifiuto delle cure, sempre bilanciando con ragionevolezza autodeterminazione, vita e dignità⁸⁶.

⁸⁶ Preziose sono le parole di S. RODOTÀ, *Il corpo "giuridificato"*, cit., p. 71, scritte rispetto al rapporto tra diritto e tecnica: il diritto non deve "perdere la sua funzione liberatoria, quella di affrancare la persona e il suo corpo dalla prigione nella quale si vorrebbe richiuderli". Nella prospettiva di unità e integrità del corpo, Egli aggiunge che "la giuridificazione deve, allora, organizzarsi intorno a principi e criteri che consentano di ritrovare e tutelare i nessi tra la persona e le diverse articolazioni del suo corpo" (p. 72). Torna, quindi, il legame valorizzato da Paolo Zatti tra identità e vita. Tutto questo induce a rifiutare fermamente quelle posizioni che, secondo V. ROPPO, *Garantismo*, cit., p. 272 ss., andrebbero ricondotte a un antiggiuridico "garantismo intransigente". Sul bilanciamento e sull'uso dei principi cfr. N. LIPARI, *Intorno ai "principi generali del diritto"*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1, p. 28 ss.; G. VETTORI, *Regole e principi: un decalogo*, in *Persona e mercato*, 2017, 3, p. 51 ss.

Commenti

LA RIPARAZIONE IMPOSSIBILE E L'IMPORTANZA DEL DIFETTO

Di Francesca Bertelli

| 263

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* – 2. *La “persistente” mancanza di conformità nella vendita di beni di consumo.* – 3. *L’entità del difetto di conformità e l’importanza dell’inadempimento.* – 4. *Sostenibilità rimediale.* – 5. *Esigenze di riparazione tra interessi omogenei e danno ambientale.*

ABSTRACT. Gli esiti argomentativi raggiunti dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea nei casi C-145/20, C-873/19 e C-100/21 hanno implicazioni di vasta portata per il diritto dei consumatori. Le decisioni richiamate, infatti, impongono di coordinare due plessi normativi tradizionalmente considerati disgiuntamente. La normativa dedicata alla fornitura di beni di consumo e la regolazione tecnica sulle emissioni inquinanti devono essere interpretate alla luce della duplice necessità di salvaguardare gli interessi dei consumatori e di proteggere l’ambiente. L’approccio adottato, pertanto, suggerisce un’interpretazione del diritto nazionale capace di bilanciare la molteplicità di interessi sottesi a fattispecie nelle quali emerge l’esigenza di dare attuazione al principio dello sviluppo sostenibile all’interno di rapporti b2c.

The preliminary rulings of the European Court of Justice in cases C-145/20, C-873/19 and C-100/21 have far-reaching implications for private law. These decisions impose a coordination between two legal domains traditionally treated separately: Consumer law and technical regulations on polluting emissions. This integration aims to safeguard the interests of both consumers and the environment. Furthermore, this approach advocates for an adaptive interpretation of national law, which can incorporate modern regulatory patterns and ensure the implementation of the principle of sustainable development in b2c relationships.

1. Introduzione.

264

Nonostante sia trascorso quasi un decennio dall'*incipit* della vicenda nota come “*dieselgate*” e i veicoli coinvolti dallo scandalo siano stati fabbricati tra il 2009 e il 2015, le vicissitudini giudiziali che da essa hanno avuto origine e che coinvolgono Volkswagen (VW) nei Paesi dell’Unione non hanno ancora avuto epilogo.

I giudizi intervenuti in Italia e in Germania hanno dato modo di segnalare l’elevato rischio di incoerenza tra gli scenari rimediali che si stanno affacciando nei Paesi membri, l’ineffettività dell’*enforcement* pubblicistico e i limiti che, allo stato attuale, caratterizzano quello privatistico¹.

A fronte di un’identica fattispecie concreta - costituita dall’accertamento dell’installazione, da parte della casa automobilistica produttrice, di un *software* di manipolazione delle emissioni che assicurava il rispetto dei valori soglia relativi agli ossidi di azoto durante i test finalizzati all’omologazione e conseguentemente di ottenere il certificato di conformità per la classe Euro 5 - le tutele offerte agli acquirenti delle automobili corrotte si sono basate su presupposti logici, concettuali e normativi significativamente diversi e hanno condotto a risposte rimediali in taluni casi divergenti².

¹ Sia consentito rinviare a F. BERTELLI, *Profili civilistici del «dieselgate». Questioni risolte e tensioni irrisolte tra mercato e sostenibilità*, Napoli, 2021, 74 ss., 91 ss. e 123 ss.

² Basti pensare alla via percorsa dal BGH, 25 maggio 2020, n. VI ZR 252/19, in *BGHZ*, 2020, 225, 316 ss.; in *NJW*, 2020, 1962 ss.; in *WM*, 2020, 1078 s.; in *ZIP*, 2020, 1179 s.; in *MDR*, 2020, 790; in *VersR*, 2020, 988 ss., con nota di H.J. AHRENS, *Erstes Dieselskandal - Urteil des BGH - Schadensersatz als Privatstrafe für sittenwidriges Handeln?*; in *BB*, 2020, 1869 ss.; in *DB*, 2020, 1232; e in *JR*, 2021, 154 ss., che, muovendo da un’interpretazione della condotta di VW alla luce del combinato disposto dei §§ 823 e 826 BGB, ha contestato a VW di aver arrecato ai propri acquirenti un “danno immorale intenzionale” e configurato una soluzione rimediale che obbligava VW a restituire il prezzo d’acquisto del veicolo (al netto del valore d’uso) a fronte della riconsegna del veicolo; nonché alle diverse soluzioni a cui sono pervenuti il Tribunale di Venezia (Trib. Venezia, 7 luglio 2021, in *Foro it.*, 2021, I, c. 4023, con nota di A.D. DE SANTIS e A. PALMIERI, *Pratiche commerciali scorrette e giurisdizione*; in *Danno e responsabilità*, 2022, 243 ss., con nota di P. SANTORO, *Dieselgate italiano: (e)mission impossibile. Il Tribunale di Venezia accoglie la “class action” e, in sintonia con i tribunali di Avellino e Genova, riconosce il risarcimento dei danni da illecito “antitrust” e da pratiche commerciali scorrette*, che si è pronunciato sull’azione collettiva promossa da Altroconsumo nei confronti di VW, o il Tribunale di Avellino (Trib. Avellino, 10 dicembre 2020, in *Foro it.*, 2021, I, 1482 e in *ForoNews*, 4 marzo 2021, con nota di F. BERTELLI, *Dieselgate e tutela risarcitoria del consumatore*) e il Trib. Genova, 5 ottobre 2021, reperibile nella banca dati *One Legale*, che hanno accordato tutela risarcitoria ex art. 1226 c.c. ai consumatori in conseguenza della pratica commerciale sleale posta in essere dalla casa automobilistica, o ancora al Tribunale di Monza (Trib. Monza, 28 gennaio 2021, n. 135, del cui orientamento dà

Lo scenario, che già di per sé minaccia la piena realizzazione di un mercato interno libero, sicuro e giusto e dove gli attori economici devono poter operare in un contesto di certezza giuridica, è ulteriormente complicato dalla circostanza che Volkswagen è stata autorizzata dalla Kraftfahrt-Bundesamt (KBA) – l’autorità federale tedesca responsabile della procedura di omologazione – ad effettuare un intervento di richiamo ed aggiornamento dell’impianto di manipolazione, a fronte del quale la classe di omologazione ottenuta in modo fraudolento non è stata revocata³. Anche in esito all’intervento di ripristino autorizzato dalla KBA, tuttavia, le *performance* ambientali dei veicoli si rivelano non pienamente conformi alle prescrizioni del Regolamento del 20 giugno 2007, n. 715, relativo all’omologazione dei veicoli a motore riguardo alle emissioni dai veicoli passeggeri e commerciali leggeri (Euro 5 ed Euro 6)⁴.

conto M. MARRAFFINO, *Dieselgate, arrivano le prime sentenze: giudici divisi sui ricorsi*, in *Il sole* 24 ore, 10 marzo 2021) e alla Corte di Appello di Bari (App. Bari, 4 febbraio 2021, n. 222, in *Bancadati Il sole 24 ore*) che negano all’acquirente di un veicolo affetto dal *device* la possibilità di risolvere il contratto sia in forza della disciplina generale dell’inadempimento, sia invocando la disciplina consumeristica prevista per il difetto di conformità.

³ Cfr. CGUE, 14 luglio 2022 (C-145/20, § 33), la quale nota come: «Con lettera del 20 dicembre 2016 il KBA informava la Volkswagen che l’aggiornamento proposto del software di cui al punto 31 della presente sentenza [...] era idoneo a ripristinare tale conformità. Successivamente, l’omologazione CE del tipo di veicolo di cui trattasi non è stata revocata né ritirata dal KBA».

⁴ Segnatamente, la non conformità con le prescrizioni regolamentari dipende dal fatto che l’aggiornamento approvato sostituiva la “tecnica della commutazione” in base alla quale i veicoli riducevano le proprie emissioni durante l’esecuzione dei *test drive* caratteristica del *software* di manipolazione originario con una programmazione in base alla quale la modalità di riduzione delle emissioni (EGR) opera anche in normali condizioni di guida. Il sistema di ricircolo delle emissioni dei veicoli sottoposti all’intervento di VW risulta però pienamente efficace solo a temperature esterne comprese tra 15 e 33 gradi Celsius (ossia nel c.d. “intervallo termico”). Al di fuori di tale finestra, il ricircolo dei gas di scarico si riduce progressivamente con il diminuire delle temperature, fino ad azzerarsi in presenza di temperature inferiori ai 9 gradi sottozero. Rileva, da ultimo, la CGUE, nella decisione dell’8 novembre 2022 (C- 873/19, § 28): «Tale aggiornamento aveva l’effetto di impostare la valvola EGR al fine di regolare la percentuale di ricircolo dei gas di scarico in modo che tale percentuale di ricircolo fosse dello 0% quando la temperatura esterna era inferiore a – 9 gradi Celsius, dell’85% quando si collocava tra – 9 e 11 gradi Celsius, e, al di sopra degli 11 gradi Celsius, aumentasse per essere operativa al 100% unicamente a una temperatura esterna superiore a 15 gradi Celsius. Pertanto, la depurazione dei gas di scarico mediante tale sistema di ricircolo era pienamente efficace solo se la temperatura esterna era superiore a 15 gradi Celsius». Per una più completa ricostruzione del caso, si rinvia a AA. Vv., *Enforcing Consumer and Capital Markets Law. The Diesel Emissions Scandal*, a cura di B. Gsell e M.J. Möllers, Cambridge, 2020, 1 ss.; F. BERTELLI, *Profili civilistici del «dieselgate»*, cit., 5 ss.



L'intervento di *update* effettuato da VW e autorizzato dalla KBA non si è perciò rivelato sufficiente per ricondurre integralmente i parametri inquinanti entro il *range* prescritto dal Regolamento europeo. Il rilievo ha due conseguenze di ordine pratico immediatamente apprezzabili: per un verso, chi si trova ad avere la materiale disponibilità di un'automobile coinvolta dallo scandalo e sottoposta all'intervento di aggiornamento, circola con un veicolo che rispetta i livelli di emissioni prescritti solo per un arco temporale limitato e variabile in relazione alle temperature esterne; per l'altro, l'obiettivo ambientale sotteso al Regolamento che disciplina analiticamente i livelli di emissioni per ciascuna categoria di omologazione dei veicoli è inficiato dalla circolazione su strada di automobili più inquinanti rispetto ai valori soglia riferibili alla classe di appartenenza.

L'esistenza della finestra termica di ricircolo dei gas inquinanti, perciò, in termini pressoché invariati rispetto alla stessa installazione del *device*, conduce ad interrogarsi sulla responsabilità del produttore e del venditore nei confronti dei proprietari dei veicoli viziati ed aggiornati e, più ampiamente, sugli scenari rimediali che potrebbero configurarsi al fine di contemperare i diversi interessi in gioco, ancora non pienamente soddisfatti, senza trascurare la prioritaria esigenza di dare attuazione al principio dello sviluppo sostenibile⁵.

Da questa prospettiva, le due pronunce della Corte Europea di Giustizia che maggiormente rilevano sono la C-145/20 del 14 luglio, che chiude la trilogia delle sentenze estive sul *dieselgate*, e la C-873/19 dello scorso 8 novembre.

Gli esiti argomentativi raggiunti dalla Corte non meritano di essere analizzati solo per l'impatto che

potrebbero avere sull'effettività della tutela del consumatore europeo ma, più ampiamente, essi rappresentano un nuovo *incipit* dal quale muovere per riflettere sulla funzione del diritto privato e sulla responsabilità degli attori economici – anche dei consumatori – nella transizione ecologica⁶.

2. La “persistente” mancanza di conformità nella vendita di beni di consumo

L'inidoneità dell'intervento di *update* svolto da Volkswagen e teso a ricondurre i livelli di emissioni di gas inquinanti dei veicoli affetti dal *device* di manipolazione delle emissioni entro i limiti che avrebbero dovuto rispettare sin dall'ottenimento dell'omologazione porta l'Oberster Gerichtshof a formulare tre questioni pregiudiziali, sulle quali la Corte è intervenuta lo scorso luglio⁷.

Due di esse riguardano l'interpretazione della dir. 25 maggio 1999, n. 44 (CSGD), mentre una è più specificamente rivolta a chiarire l'ambito oggettivo di applicazione dell'eccezione al divieto di installazione di impianti di manipolazione contemplata dal Regolamento 20 giugno 2007, n. 715.

In estrema sintesi, i quesiti formulati – e presentati secondo un ordine che lascia progressivamente intuire l'esito rimediale che potrebbe prospettarsi in conseguenza della risposta a ciascuna domanda –, sono i seguenti:

- L'art. 2, par. 2, lettera d), dir.1999/44 deve essere interpretato nel senso che un veicolo a motore, rientrando nell'ambito di applicazione del reg. 715/2007, presenta la qualità abituale dei beni dello stesso tipo che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi e deve quindi essere presunto come conforme al contratto di vendita di cui è oggetto se, pur disponendo di un'omologazione CE valida e potendo quindi essere utilizzato su strada, è dotato di un impianto di manipolazione?
- L'art. 5, par. 2, lett. a), reg. 715/2007 deve essere interpretato nel senso che

⁵ *Ex multis*, cfr. P. PERLINGIERI, *I diritti umani come base dello sviluppo sostenibile. Aspetti giuridici e sociologici*, in *Riv. giur. Molise Sannio*, 2000, 11 ss.; in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, 73 ss.; e in ID., *Lezioni* (1969- 2019), I, Napoli, 2020, 161 ss.; G. VETTORI, *Diritti e coesione sociale*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, 303 ss.; e in *Obbl. contr.*, 2012, 487 ss.; U. SALANITRO, *Impatto ambientale dell'impresa e regole economiche della responsabilità*, in *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Atti del 9° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C. in ricordo di Giovanni Gabrielli, 8-9-10 maggio 2014, Napoli, Royal Continental, Napoli, 2015, 203 ss.; ID., *Il danno ambientale tra interessi collettivi e interessi individuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 246 ss.; A. D'ALOIA, voce *Generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Ann., IX, Milano, 2016, 331 ss.; M. PENNASILICO, *Contratto, ambiente e giustizia dello scambio nell'officina dell'interprete*, in *Pol. dir.*, 2018, 3 ss.; D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. «Giuridicizzazione» e progressiva espansione nei sistemi giuridici contemporanei e nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *ambienteditto.it*, 2020, 419 ss.; I. RIVERA, *Il peso della materia. L'economia circolare e il principio di sostenibilità nell'ottica della responsabilità intergenerazionale*, in *OIDU*, 2020, 891 ss.

⁶ V. MAK e E. TERRY, *Circular Economy and Consumer Protection: The Consumer as a Citizen and the Limits of Empowerment Through Consumer Law*, in *JCP*, 2020, 227 ss.; H.W. MICKLITZ, *Squaring the Circle? Reconciling Consumer Law and the Circular Economy*, in *EuCML*, 2019, 229 ss.; F. BERTELLI, *CSR Communication e consumo responsabile: un circolo virtuoso per la Circular Economy?*, in *Sostenibilità e culture giuridiche comparate*, a cura di S. Lanni, Torino, 2022, 193 ss.

⁷ CGUE, 14 luglio 2022 (C-145/20).

un impianto di manipolazione che garantisce il rispetto dei valori limite di emissione stabiliti da tale regolamento solo in un intervallo termico, limitando di fatto il ricircolo dei gas di scarico per almeno sei mesi all'anno, può essere giustificato per la necessità di proteggere il motore da danni o avarie e di un funzionamento sicuro dei veicoli?

- L'art. 3, par. 6, dir. 1999/44 deve essere interpretato nel senso che un difetto di conformità consistente nella presenza di un impianto di manipolazione il cui utilizzo è vietato in forza dell'art. 5, par. 2, del reg. 715/2007 può essere qualificato come «minore» laddove, qualora il consumatore fosse stato al corrente dell'esistenza e del funzionamento di tale dispositivo, avrebbe nondimeno acquistato tale veicolo?

Come è noto, la dir. 1999/44, sulla quale si chiede un chiarimento interpretativo, è stata abrogata dalla recente dir. 20 maggio 2019, n. 771, con effetto a decorrere dal 1° gennaio 2022. È però pacifico che, tenuto conto della data dei fatti di cui al procedimento principale, la precedente CSGD continui a trovare applicazione *ratione temporis*.

Ciononostante, i punti fermi fissati dalla Corte si prestano ad essere traslati anche all'interno della nuova disciplina della fornitura di beni di consumo sia con riferimento alla integrazione della nozione di conformità, ora espressamente declinata in chiave oggettiva dall'art. 7 della dir. 2019/771⁸, sia in relazione alla determinazione dell'entità del difetto riscontrato sul bene consegnato, anche avuto riguardo alla percezione soggettiva da parte del consumatore della gravità dello stesso⁹.

⁸ F. ADDIS, *Spunti esegetici sugli aspetti dei contratti di vendita di beni regolati nella nuova direttiva (UE) 2019/771*, in *Nuovo dir. civ.*, 2019, 5 ss.; G. DE CRISTOFARO, *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.; ID., *Legislazione italiana e contratti dei consumatori nel 2022: l'anno della svolta. Verso un diritto "pubblico" dei (contratti dei) consumatori?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1 ss.; M. GIROLAMI, *La conformità del bene al contratto di vendita: criteri "soggettivi" e criteri "oggettivi"*, in AA.VV., *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2022, 65 ss.; sia altresì consentito rinviare a F. BERTELLI, «Dichiarazioni pubbliche fatte dal o per conto del venditore», *conformità oggettiva ed economia circolare*, *ivi*, 219 ss.

⁹ Cfr. G. AFFERNI, *La nozione di «difetto di conformità»: il problema del vizio giuridico e dell'aliud pro alio*, in *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo*, *cit.*, 101 ss.; *ivi* anche F. OLIVIERO, *La nuova disciplina dei c.d. ri-*

Già nell'accezione originariamente concepita dal legislatore del '99, la conformità del bene consegnato si accertava tramite una valutazione comparativa che coinvolgeva una molteplicità di criteri, i quali, una volta riscontrati sul bene oggetto del negozio *b2c*, consentivano di ritenere soddisfatta la corrispondenza tra le qualità e le caratteristiche del bene effettivamente ricevuto dal consumatore e tutte le specificità che lo stesso avrebbe dovuto presentare tenendo in considerazione sia quanto espressamente pattuito con il venditore, sia quegli elementi individuati dal legislatore e non negoziati dalle parti¹⁰.

Come già osservato, la disciplina del difetto di conformità mira ad assicurare che non vi sia divergenza tra quanto dovuto dal venditore e quanto consegnato¹¹: la vendita di beni di consumo non ha come riferimento il bene puntualmente individuato e trasferito al momento della conclusione del contratto, ma un bene che, una volta consegnato, presenta – tra le altre – la qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene e delle dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche dei beni fatte al riguardo dal venditore, dal produttore o dal suo rappresentante, come previsto dall'art. 2, lett. d), dir. 1999/44¹², sul quale verte la prima questione interpretativa.

L'integrazione del contratto ad opera di elementi oggettivi idonei a forgiare una ragionevole aspettativa del consumatore è ancora più evidente a seguito dell'entrata in vigore della direttiva 2019/771 e della autonoma considerazione che la stessa riserva ai requisiti oggettivi di conformità¹³.

medi "secondari": riduzione del prezzo e risoluzione del contratto, 313 ss.

¹⁰ *Ex multis*, si rinvia a S. MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *La vendita di beni di consumo*, a cura di R. Alessi, Milano, 2005, spec. 335 s.; e in *Eur. dir. priv.*, 2004, 1089 ss.; F. PIRAINO, *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, *ivi*, 2006, 543 ss.

¹¹ Cfr. V. BARBA, *L'obbligo di consegnare beni conformi al contratto*, in *Aspetti della vendita dei beni di consumo*, a cura di F. Addis, Milano, 2003, 39 ss.; G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 891 ss.; ID., *Proprietà e consegna nella vendita dei beni di consumo*, *ivi*, I, 127 ss.; e in *La vendita di beni di consumo*, *cit.*, spec. 570 ss.; F. PIRAINO, *op. cit.*, 543 ss.; F. ADDIS, *Potere di disposizione e regole di circolazione dei beni*, in *Obbl. contr.*, 2011, 253 ss.; in *L'incidenza del diritto internazionale sul diritto civile*, Atti del V Convegno nazionale S.I.S.Di.C., 25-26-27 marzo 2010, Napoli, 2011, 197 ss.; e in *Studi in onore di Giovanni Gabrielli*, I, Napoli, 2018, 1 ss.

¹² Sia consentito rinviare a F. BERTELLI, *Le dichiarazioni di sostenibilità nella fornitura di beni di consumo*, Torino, 2022, 187 ss., spec. 189 s.

¹³ Cfr. M. GIROLAMI, *op. cit.*, 81 ss.; F. BERTELLI, *op. ult. cit.*, 202 ss.



Questa breve premessa introduce alla prima questione sottoposta alla Corte, che, nel caso di specie, è chiamata a chiarire se un veicolo comunque idoneo all'uso primario per il quale è stato acquistato, ma sul quale è installato un *software* di manipolazione vietato ai sensi del reg. 715/2007, possa essere considerato in possesso di quelle qualità necessarie per affermarne la conformità ai sensi della disciplina consumeristica¹⁴.

Il primo dubbio interpretativo del giudice austriaco è logicamente connesso al significato da attribuire al corretto espletamento delle procedure previste nel reg. 715/2007 nel determinare la conformità dei veicoli a motore rientranti nel relativo ambito di applicazione¹⁵. Chiaramente, se fosse intervenuto un provvedimento di revoca dell'omologazione da parte dell'autorità tedesca responsabile della stessa, la KBA, ai veicoli diesel sui quali era installato il *defeat device* sarebbe stata preclusa la circolazione sulle strade europee, sicché gli acquirenti si sarebbero trovati ad avere la disponibilità materiale di un bene totalmente inidoneo

¹⁴ La necessità di considerare il *software* di controllo delle emissioni come dispositivo di manipolazione vietato dal regolamento sulle omologazioni richiamato era già in precedenza stata affermata dalla Corte Europea di Giustizia, interpellata dal Tribunal de Grande Instance de Paris. Cfr. CGUE, 17 dicembre 2020, n. C-693/18, massimata in *Rep. Foro it.*, 2020, voce *Unione europea e Consiglio d'Europa*, n. 1621; commentata da S. BERNASCONI, *La competenza giurisdizionale sulle azioni risarcitorie promosse nell'ambito della vicenda «Dieselgate» negli Stati membri UE*, in *Danno e resp.*, 2021, 60 ss. La domanda che ha dato avvio al procedimento C-693/18, è disponibile al link <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=220270&pageIndex=0&doclang=FR&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4853972>. Sul punto, cfr. anche P. SANTORO, *op. cit.*, 239 ss., il quale nota che i chiarimenti della CGUE hanno per effetto lo stabilire «la non conformità dei veicoli equipaggiati con il *defeat device* alle condizioni dell'omologazione ottenuta per l'immissione in commercio dei relativi modelli in quanto, come chiarito dalla CGUE, le cause automobilistiche devono assicurare che i veicoli prodotti rispettino il limite delle emissioni in condizioni di normale utilizzazione, mentre il *defeat device* è progettato proprio allo scopo di eludere tale obbligo di legge, facendo in modo che il limite delle emissioni sia rispettato solo in condizioni di guida corrispondenti ai parametri di svolgimento delle prove di omologazione e non quindi nel corso del normale utilizzo».

¹⁵ Anticipano il problema, da diverse angolazioni visuali, A. GENTILI, *La rilevanza giuridica della certificazione volontaria*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 60 ss.; R. KORN, *Le certificazioni ambientali nell'ottica della tutela del consumatore: l'analisi del regolamento Emas III a tre anni dalla sua pubblicazione*, in *Agricoltura. istituz. merc.*, 2012, 167 ss.; M. GIROLAMI, *Etichettatura, informazioni e rimedi privatistici nella vendita di prodotti alimentari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 139 ss.; M. LIBERTINI, *Marchi collettivi e marchi di certificazione. Funzioni e problemi della disciplina dei segni distintivi di uso collettivo*, in *Riv. dir. ind.*, 2019, 466 ss.; S. THOBANI, *Pratiche commerciali scorrette e sostenibilità: alla ricerca di un significato*, in *Pers. merc.*, 2022, 423 ss., spec. 426 ss.

all'uso per il quale lo stesso era stato acquistato. In tale circostanza, è indubitabile che la funzionalità dell'automobile sarebbe stata integralmente compromessa e che, pertanto, il vizio del bene avrebbe impedito ai giudici nazionali di trincerarsi dietro alla circostanza che la funzione principale per la quale il veicolo era stato acquistato non fosse limitata dall'installazione del *device*.

Il preconcetto sul quale si è fondata una lettura della disciplina del difetto di conformità influenzata dall'interpretazione dei «vizi» rilevanti nell'ambito della vendita municipale, invece, ha portato alcuni giudici a negare tutela al consumatore in possesso di un veicolo *diesel* coinvolto dallo scandalo emissioni in ragione del fatto che l'installazione del *device* di manipolazione non era sufficientemente grave da incidere sulla normale funzionalità del veicolo¹⁶. Seguendo un approccio del quale si è già denunciata la fragilità¹⁷, l'idoneità all'uso del bene ha, a maggior ragione, condotto ad escludere la responsabilità del venditore per la consegna di un bene non conforme a seguito dell'aggiornamento del *software* di manipolazione delle emissioni¹⁸. Con l'aggiornamento approvato dall'autorità competente, infatti, il venditore avrebbe assolto l'obbligo di ripristinare la conformità del bene, riconducendo il livello di emissioni entro i limiti legali o, addirittura, provveduto a risarcire il consumatore in forma specifica, escludendo così ogni sua ulteriore pretesa¹⁹.

La CGUE soverchia la logica appena richiamata, perché considera l'assenza di variazioni nel valore d'uso del veicolo affetto dal *device* di manipolazione recessiva rispetto alla ragionevole aspettativa del consumatore circa le qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo nelle quali il consumatore ripone affidamento, alle quali fa riferimento

¹⁶ Cfr. App. Bari, 4 febbraio 2021, n. 222, cit., secondo cui il consumatore ha accettato l'intervento riparatore offerto dalla venditrice e, sottoponendo l'autovettura alla revisione della centralina motore senza richiederne un altro rimedio e senza dedurre l'inefficacia dell'intervento, ha ritenuto tale operazione idonea ad eliminare il vizio. La Corte sostiene peraltro che il difetto riscontrato, anche in assenza dell'intervento di ripristino, non avrebbe legittimato l'accesso al rimedio perentorio in ragione della preclusione di cui all'art. 130, co. 10, c. cons., che esclude la risoluzione del contratto a fronte di difetti di conformità di lieve entità.

¹⁷ Sia consentito rinviare a F. BERTELLI, *Profili civilistici del «dieselgate»*, cit., 92 ss., spec. 95 s.

¹⁸ Cfr. Trib. Monza, 28 gennaio 2021, n. 135, cit.; App. Bari, 4 febbraio 2021, n. 222, cit. Sul punto, tuttavia, si vedano anche gli *obiter dicta* di Trib. Avellino, 10 dicembre 2020, cit.

¹⁹ L'impatto dell'intervento di ripristino sulla conformità tecnica emerge chiaramente dalle considerazioni del CTU riportate nella decisione del Tribunale di Genova (Trib. Genova, 5 ottobre 2021, n. 2160, cit.), che evidenzia come l'intervento della casa automobilistica abbia consentito di mantenerne inalterato il valore di scambio.

l'art. 2, par. 2, lettera d), dir.1999/44. La Corte osserva, a tal riguardo, che quando il consumatore compie una scelta d'acquisto relativa ad «un veicolo appartenente alla serie di un tipo di veicolo omologato e, pertanto, corredato da un certificato di conformità [...] può ragionevolmente attendersi che il regolamento n. 715/2007 e, in particolare, l'articolo 5 di quest'ultimo, sia rispettato [...], e ciò anche in assenza di clausole contrattuali specifiche»²⁰.

L'affidamento riposto dal consumatore nel rispetto delle caratteristiche tecniche che consentono al veicolo di rientrare nella classe di omologazione ottenuta, anche giustificato dalla sua incapacità di procedere ad una loro puntuale verifica, rende tali parametri essenziali ai fini del soddisfacimento dei requisiti oggettivi di conformità²¹. Per questo, posto che l'omologazione non sarebbe stata rilasciata se la KBA fosse stata a conoscenza dell'installazione del *device*, è irrilevante che la stessa non sia stata revocata dopo la sua scoperta²².

Tale conclusione guida verso il secondo quesito proposto.

Scoppiato lo scandalo *dieselgate*, l'Ufficio federale per la motorizzazione civile tedesco ha ingiunto a Volkswagen di riprogrammare/ritirare il sistema di commutazione delle emissioni al fine di ripristinare la conformità dei proprio motori *diesel* di tipo EA 189 alla classe di omologazione Euro 5. Di conseguenza, Volkswagen ha proposto un aggiornamento dei *software* di manipolazione che l'autorità federale ha ritenuto idoneo a ripristinare tale conformità tecnica e in forza del quale non è intervenuta alcuna revoca della classe di omologazione.

Evidenti elementi di criticità legati a questo processo di *update* "sanante" sono senza dubbio legati al fatto che l'intervento di ripristino non ha mai assunto contorni di reale obbligatorietà per gli acquirenti, giacché il richiamo dei veicoli e l'aggiornamento del *software* sono stati proposti a tappeto da VW, rimettendo però di fatto l'esecuzione dell'aggiornamento ad una scelta discrezionale del singolo proprietario²³. Al netto di questa manifesta falla nel sistema di richiamo evi-

denziata sin dal principio della sua esecuzione, risulta provato che l'aggiornamento del *software* garantisce il rispetto dei valori limite stabiliti a livello europeo per l'emissione di ossido di azoto solo in un preciso intervallo termico, al di fuori del quale la percentuale di ricircolo dei gas di scarico (EGR) si riduce in modo lineare fino a 0, determinando il superamento di detti valori per larga parte dell'anno²⁴. Segnatamente, l'intervento di Volkswagen garantisce il ricircolo dei gas di scarico quando la temperatura esterna si colloca tra 15 e 33 gradi Celsius. Al di fuori di tale intervallo termico, il sistema EGR non garantisce l'integrale ricircolo dei gas inquinanti. Ne deriva che, poiché temperature inferiori a 15° Celsius sono frequenti nel territorio dell'Unione per buona parte dell'anno, per detto periodo il livello di emissioni è disallineato con quello normativamente prescritto.

Replicando alla questione sollevata dal Landesgericht Klagenfurt e dal Landesgericht Eisenstadt, la Corte europea (C-128/20 e C-134/20) chiarisce che un dispositivo che garantisce il rispetto dei valori limite di emissione solo nell'intervallo termico indicato costituisce un «impianto di manipolazione vietato», non suscettibile di ricadere all'interno dell'eccezione al divieto prevista dall'art. 5, par. 2, lett. a), del regolamento n. 715/2007 per il solo fatto che tale dispositivo contribuisce alla protezione di parti meccaniche²⁵.

Tale norma prevede una limitazione del divieto quando l'impianto di manipolazione sia finalizzato a proteggere il motore da danni o avarie e ad assicurare un funzionamento sicuro dei veicoli, trovando pertanto giustificazione nell'esigenza di evitare un concreto pericolo in occasione della guida che non potrebbe essere evitato da altre soluzioni tecniche e legittimazione nell'ordine gerarchico degli interessi protetti dalla norma. Tuttavia, un impianto di manipolazione che, in condizioni normali di circolazione, debba funzionare per la maggior parte dell'anno non può ricadere nell'eccezione menzionata. Diversamente argomentando, l'eccezione troverebbe applicazione più ampia della stessa regola generale, svuotandola di fatto della propria carica precettiva.

Anche qualora i giudici chiamati a pronunciarsi sulle questioni principali verificchino che, nel caso di specie, la creazione di detto intervallo termico sia stata l'unica soluzione operativamente capace di proteggere *ex post* componenti meccaniche del motore, il difetto di conformità che preesiste all'aggiornamento del *software* continua a sussistere anche dopo l'intervento di richiamo e aggiornamen-

²⁰ CGUE, 14 luglio 2022, C-145/20, § 54.

²¹ Rispetto all'idoneità delle dichiarazioni del professionista ad ingenerare affidamento nel consumatore circa l'ecologicità del prodotto, cfr., *ex multis*, AGCM, provv. n. 5523 del 4.12.1997, *Solventi ecologici*; AGCM, provv. n. 6042 del 28.5.1998, *Vernici ecologiche*; AGCM, provv. n. 20559 del 10.12.2009, *Acqua San Benedetto – La scelta naturale*; AGCM, provv. n. 28060 del 20.12.2019, *ENI Diesel + / Pubblicità ingannevole, tutte reperibili sul sito istituzionale dell'Autorità e riprese da S. THOBANI, op. cit., 436.*

²² CGUE, 14 luglio 2022, C-145/20, § 32, che osserva come «dalla decisione di rinvio risulta che se il KBA fosse stato a conoscenza di tale sistema, non avrebbe omologato questo tipo di veicolo».

²³ F. BERTELLI, *Profili civilistici del «dieselgate»*, cit., 97 ss.

²⁴ Cfr. CGUE 14 luglio 2022, C-128/20; 134/20; 145/20; CGUE 8 novembre 2022, C-873/19.

²⁵ CGUE 14 luglio 2022, C-128/20; 134/20.



to in ragione del rapporto nel quale lo stesso si pone con le tecnologie disponibili al momento dell'omologazione.

L'approvazione dell'aggiornamento del *software* da parte dell'autorità competente ai fini del mantenimento dell'omologazione CE non può pertanto essere ritenuta sufficiente a reintegrare il requisito oggettivo di conformità del quale il bene consegnato risulta *ab origine* privo qualora si ritenga che, nel caso di compravendita di un prodotto notoriamente soggetto a requisiti normativi, il consumatore medio – considerato normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto – riponga un ragionevole affidamento nel rispetto degli stessi²⁶.

Ne consegue che, per quanto rileva ai fini della presente analisi, se risulta verificato che la finestra termica nella quale il *device* di manipolazione opera non è sufficiente ai fini di una sua esclusione dall'ambito di applicazione del divieto di cui al regolamento sulle procedure di omologazione, l'intervento di richiamo effettuato da VW non si è rivelato capace di ripristinare la conformità del bene.

Il punto di approdo raggiunto affrontando la seconda questione interpretativa spinge, dunque, ad approcciarsi alla terza questione muovendo dalla consapevolezza che il presunto tentativo di ripristino della conformità da parte del produttore non ha eliminato il difetto consistente nell'installazione di un impianto di manipolazione delle emissioni vietato.

3. L'entità del difetto di conformità e l'importanza dell'inadempimento

La persistenza del difetto di conformità nonostante il tentativo di ripristino, che gode ora di puntuale riscontro normativo nell'art. 13, par. 4, lett. b), dir. 2019/771 ed è annoverata tra le condizioni in presenza delle quali il consumatore ha diritto alla riduzione proporzionale del prezzo o alla risoluzione del contratto, non era oggetto di espressa consi-

derazione da parte dell'art. 3 dir. 1999/44. La previsione, istituendo la gerarchia rimediale puntualmente ripresa dalla dir. 2019/771, prevedeva che, in caso di difetto di conformità, il consumatore avesse diritto in prima battuta al ripristino senza spese, in un tempo ragionevole e senza notevoli inconvenienti della conformità del bene e, solo secondariamente – segnatamente quando né il diritto alla riparazione né quello alla sostituzione potessero essere esercitati, ovvero quando tali rimedi non fossero stati esperiti entro un periodo ragionevole e senza notevoli inconvenienti per il consumatore – ad una riduzione del prezzo proporzionata (“adeguata”) all'entità del difetto, ovvero alla risoluzione del contratto²⁷. Il paragrafo conclusivo della norma, il 6, prevedeva poi

²⁷ Cfr. M. BIN, *Per un dialogo con il futuro legislatore dell'attuazione: ripensare l'intera disciplina delle non conformità dei beni nella vendita alla luce della direttiva comunitaria*, in *Contr. impr. Eur.*, 2000, 403 ss.; C.M. BIANCA, *Consegna di aliiud pro alio e decadenza dai rimedi per omessa denuncia nella direttiva 1999/44/CE*, in *Contr. impr. Europa*, 2001, 16 ss.; ID., *Postilla*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 629 ss.; ID., *L'esperibilità del rimedio della risoluzione del contratto e l'onere della denuncia del difetto di conformità*, in *Il diritto dei consumi*, a cura di P. Perlingieri ed E. Caterini, I, Rende, 2004, 221 ss.; G.B. FERRI, *Divagazioni intorno alla direttiva n. 44 del 1999 su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo*, in *Contr. impr. Eur.*, 2001, 57 ss.; S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 364 ss.; E. CORSO, *La tutela del consumatore dopo il decreto legislativo di attuazione della direttiva 99/44/CE*, in *Contr. impr.*, 2002, 1317 ss.; C. AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori. Problemi e tecniche di attuazione della legislazione comunitaria nell'ordinamento italiano e nel Regno Unito*, Milano, 2003, 370 ss.; F. ADDIS, *Tradizione e innovazione nella vendita di beni di consumo: unità e frammentazione nel sistema delle garanzie*, in *Giust. civ.*, 2004, 323 ss.; e in *Aspetti della vendita di beni di consumo*, cit., 3 ss.; G. AMADIO, *Diritto europeo dei contratti e disciplina della garanzia per vizi*, in *Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti?*, a cura di F. Cafaggi, Padova, 2003, 58 ss.; STANZIONE, *La vendita di cose mobili: disciplina codicistica e norme speciali*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, IV, Diritto civile, Milano, 2005, 4903 ss.; R. CALVO, *I contratti del consumatore*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XXXIV, Padova, 2005, 294 ss.; P.M. VECCHI, *La richiesta di riparazione o sostituzione dei beni di consumo*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, III, Il contratto, Milano, 2006, 1007 ss.; ivi anche S. TROIANO, *L'esclusione della garanzia del venditore per i difetti riconoscibili tra Convenzione di Vienna, direttiva 99/44/CE e norme interne di attuazione: modelli a confronto*, 923 ss.; F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, 410 ss.; M. D'ONOFRIO, «Gerarchia» dei rimedi e prescrizione nella vendita di beni di consumo, in *Contr.*, 2018, 581 ss.; S. PAGLIANTINI, *Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della Dir. UE 2019/771*, in *Giur. it.*, 2020, 217 ss.; C. SARTORIS, *La risoluzione della vendita di beni di consumo nella dir. n. 771/2019 UE. Commento a dir. Parlamento e Consiglio dell'Unione europea n. 771 del 2019*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 702 ss.; R. FADDA, *Il diritto al ripristino della conformità negli artt. 135-bis e 135-ter cod. cons.: tendenze conservatrici e profili innovativi*, in *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo*, cit., 281 ss.; F. OLIVIERO, *op. cit.*, 313 ss.

²⁶ Cfr. CGUE 8 aprile 2003, C-44/01, § 55; 8 febbraio 2017, C-562/15, § 31, richiamate dallo stesso giudice del rinvio, che prosegue nella domanda di pronuncia giudiziale (ai §§ 3.2. e 4.3.) rilevando che: «[a]ppare [...] evidente che, da questo punto di vista, il vincolo all'ordinamento giuridico fa parte delle ragionevoli aspettative del consumatore». Il fatto che i veicoli debbano essere sottoposti ad una procedura di omologazione non osta necessariamente ad un'interpretazione dell'art. 2, par. 2, lett. d), dir. 1999/44/CE secondo la quale «il contratto di vendita prevede non solo l'esistenza dell'omologazione CE, ma anche l'assenza nel veicolo di un impianto di manipolazione vietato», sicché «non sarebbe [...] determinante la questione se l'assenza di un *software* quale la “tecnica della commutazione” rivestisse importanza soggettiva per l'acquirente».

che i difetti di conformità “minori” non conferissero al consumatore il diritto di chiedere la risoluzione del contratto²⁸.

Alla disposizione conclusiva richiamata fa eco quanto oggi disposto dall'art. 13, par. 5, dir. 2019/771, secondo cui «[i]l consumatore non ha il diritto di risolvere il contratto se il difetto di conformità è solo di lieve entità. L'onere della prova con riguardo al fatto se il difetto di conformità sia di lieve entità è a carico del venditore». L'art. 13 introduce però un importante elemento di novità, poiché, tra le circostanze che legittimano il consumatore all'esercizio – secondo le modalità individuate dalla stessa direttiva – dei rimedi di secondo grado annovera l'ipotesi in cui il difetto di conformità sia talmente grave da giustificare l'immediata riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto di vendita²⁹.

Come si vedrà, alla luce di quanto affermato dalla Corte Europea di Giustizia nella pronuncia C-145/20, i riflessi di tale previsione sull'*empowerment* del consumatore sono tutt'altro che trascurabili.

Né la dir. 771/2019, né tantomeno la normativa previgente offrono indici univoci per stabilire quando un difetto di conformità debba essere qualificato «minore». La Corte (§§ 88 e 89), richiamando suoi precedenti orientamenti³⁰, rileva che:

- per definire la portata del difetto di conformità è necessario interpretare la stessa «conformemente al suo significato abituale nel linguaggio corrente, tenendo conto del contesto nel quale viene utilizzata e degli obiettivi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte»³¹;
- «la nozione di “difetto di conformità minore” rinvia a un difetto di conformità di scarsa importanza»³².

La formulazione utilizzata dalla Corte per facilitare la determinazione dell'entità del difetto di conformità riecheggia immediatamente il disposto dell'art. 1455 c.c. e le riflessioni che, muovendo da questo, orientano il giudizio sull'importanza dell'inadempimento alla luce degli interessi che le

parti intendevano perseguire con la conclusione del contratto³³.

Senza rianimare l'antica *querelle* sulla natura della responsabilità del venditore conseguente alla consegna di un bene non conforme³⁴, il vero *discremen*, nel caso portato nuovamente all'attenzione della Corte, è il coordinamento che si istituisce tra la *ratio* sottesa al regolamento sulle procedure di omologazione a protezione di interessi collettivi e superindividuali e l'interesse individuale del consumatore³⁵.

I Considerando 1 e da 4 a 6 del regolamento 715/2007 sottolineano l'importanza della protezione dell'ambiente e la necessità di ridurre le emissioni di ossido di azoto per migliorare la qualità dell'aria e rispettare determinate soglie in termini di inquinamento ambientale: gli obiettivi sottesi ad una proceduralizzazione standardizzata dell'omologazione dei veicoli a motore sono senz'altro da collocare anche all'interno di un processo di transizione nel quale l'Unione si impegna per il raggiungimento della *carbon neutrality*³⁶. In

²⁸ Cfr., *ex multis*, V. RICCIUTO, *Il recente orientamento della Cassazione sui criteri di valutazione dell'importanza dell'inadempimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, 454 ss.; M. PALADINI, *L' "importanza" dell'inadempimento nella risoluzione dei contratti d'affitto, tra codice civile e legislazione agraria*, in *Riv. dir. agr.*, 1990, 707 ss. Sulla crescente centralità degli interessi non patrimoniali sottesi alla conclusione del negozio, cfr. C. DONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 644 ss.; A. DE CUPIS, *Sulla «depatrimonializzazione» del diritto privato*, *ivi*, 482 ss.; nonché, con più specifico riferimento alla correlazione tra interesse patrimoniale all'operazione e interesse alla sua sostenibilità, M. PENNASILICO, *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in *Riv. quad. dir. ambiente*, 2017, 4 ss., che evidenzia una generale «tensione verso la sostenibilità dello scambio»; *Id.*, *Contratto e giustizia dello scambio nella prospettiva ermeneutica*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni: Scritti in onore di Giovanni Furguele*, II, a cura di G. Conte, S. Landini, Mantova, 2017, 279 ss.

²⁹ Per una ricostruzione dei termini del dibattito tra gli autori che hanno sostenuto la possibilità di ricondurre la responsabilità del venditore per il difetto di conformità alla responsabilità per inadempimento, e i sostenitori della diversa posizione, favorevole ad una sua qualificazione nei termini di una garanzia, si rinvia a F. PIRAINO, *La vendita di beni di consumo tra obbligazione e garanzia*, *cit.*, 543 ss.; *Id.*, *La violazione della vendita di beni al consumatore per difetto di conformità: i presupposti della c.d. responsabilità del venditore e la distribuzione degli oneri probatori*, in *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo*, *cit.*, 125 ss., spec. 136 ss.

³⁰ In questa direzione si orienta la ricostruzione proposta da E. TUCCARI, *Verso una disciplina consumeristica "sostenibile" del settore automotive?*, in corso di pubblicazione.

³¹ Cfr., per esempio, la Risoluzione del Parlamento europeo del 25 novembre 2020 sul tema “Verso un mercato unico più sostenibile per le imprese e i consumatori” (2020/2021(INI) (reperibile online sul sito ufficiale del Parlamento europeo https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0318_IT.html).

²⁸ Cfr. L. FOLLIERI, *«Contratti di vendita» e garanzia legale*, in *Aspetti della vendita dei beni di consumo*, *cit.*, 229 ss.; A. BARENGHI, *Osservazioni sulla nuova disciplina delle garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Contr. impr.*, 2020, 806 ss.; F. OLIVIERO, *op. cit.*, 330 ss.

²⁹ Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, 4^a ed., Torino, 2020, 476 s.; A. LUMINOSO, *La nuova disciplina delle garanzie nella vendita al consumatore (una prima lettura del d.lgs. n. 170/2021)*, in *Eur. dir. priv.*, 2022, 483 ss.; C. SARTORIS, *op. cit.*, 702 ss.;

³⁰ Cfr. CGUE 9 luglio 2020, C-264/19; 3 giugno 2021, C-650/18.

³¹ CGUE, 14 luglio 2022, C-145/20, § 88.

³² CGUE, 14 luglio 2022, C-145/20, § 89.

prospettiva economico-individuale, l'acquisto di un veicolo rispettoso dei livelli di emissioni normativi prescritti soddisfa una molteplicità di interessi. Tra questi, potrebbe verosimilmente essere incluso anche quello di contribuire alla protezione dell'ambiente con una scelta di consumo più ecologica rispetto ad alternative disponibili sul mercato. Se, tuttavia, il punto cruciale sul quale interrogarsi fosse esclusivamente riconducibile alla centralità di tale componente nella determinazione del consumatore al compimento dell'atto di consumo ai fini della ponderazione della gravità del difetto, l'accertamento risulterebbe senz'altro più farraginoso, le dichiarazioni rese dal consumatore circa l'importanza soggettivamente attribuita all'installazione del *device* potrebbero acquistare diverso rilievo e gli esiti della valutazione si continuerebbero a prospettare incerti. Il fattore "sostenibilità" della scelta d'acquisto, però, risulta adombrato dall'assenza di un requisito di conformità che assume una connotazione marcatamente tecnica e che si sostanzia nell'esistenza di un impianto di manipolazione il cui utilizzo è vietato *ex art. 5, par. 2, del reg. 715/2007*.

Proprio in ragione del fatto che è la incontrovertibile violazione di una norma regolamentare a dare luogo ad una difformità oggettiva tra le caratteristiche tecniche del bene ricevuto dal consumatore e quelle che lo stesso avrebbe dovuto presentare qualora il regolamento che ne disciplina l'omologazione fosse stato rispettato, il difetto di conformità non può essere considerato minore. Da ciò discende l'irrelevanza soggettivamente attribuita dal consumatore-attore al difetto lamentato e la risposta fornita alla questione vertente sull'art. 3, par. 6, dir. 1999/44, «che deve essere interpretato nel senso che un difetto di conformità consistente nella presenza, in un veicolo, di un impianto di manipolazione il cui utilizzo è vietato [...] non può essere qualificato come "minore" anche laddove, qualora il consumatore fosse stato al corrente dell'esistenza e del funzionamento di tale dispositivo, egli avrebbe nondimeno acquistato tale veicolo»³⁷.

4. Sostenibilità rimediale.

Attribuendo al difetto di conformità denunciato una connotazione spiccatamente oggettiva, la Corte ne afferma la «non minore entità» e, dunque, esclude che al consumatore sia *de plano* precluso l'accesso al rimedio perentorio in ragione della sua scarsa importanza.

Da questo angolo visuale, la pronuncia non aiuta a risolvere il dubbio interpretativo che è destinato a presentarsi all'interprete nel caso in cui la difformità contestata discenda da prestazioni ambientali pubblicamente dichiarate dal venditore o da altri professionisti intervenuti nella commercializzazione del bene in ragione delle quali il consumatore maturi una ragionevole aspettativa circa l'ecosostenibilità del bene, ma non riconducibili a specifiche tecniche tali da consentire di ricondurre il difetto alla violazione di una norma cogente³⁸. In ordine a questo problema, le prospettive di indagine si ampliano notevolmente: al fine di non incorrere nel pericolo di dover accertare, caso per caso, l'importanza soggettivamente assegnata da ciascun acquirente alle caratteristiche ecosostenibili all'interno del paniere di interessi sottesi alla conclusione del contratto, è inevitabile ricollocare la questione all'interno del pubblico di consumatori medi ai quali le dichiarazioni sono rivolte e riconoscere a queste un'efficacia che travalichi la dimensione della disciplina della fornitura di beni di consumo³⁹.

Prescindendo da questo profilo, le risposte fornite dalla Corte sono di particolare importanza per gli ulteriori sviluppi nazionali del caso *dieselgate* almeno per un triplice ordine di ragioni.

Anzitutto, il definitivo riconoscimento della possibilità di invocare la disciplina di cui alla dir. 1999/44 per i consumatori europei che abbiano acquistato un veicolo affetto dal *device* di manipolazione assicura una maggiore uniformità nello scenario di rimedi che si stanno affastellando nel panorama degli Stati membri.

Secondariamente, ciò garantisce indubbiamente una maggiore effettività della tutela dell'acquirente finale, aprendo la strada alla possibilità che, una volta accertato che l'intervento di richiamo e di aggiornamento del *software* non si è rivelato idoneo a ripristinare la conformità dovuta sin dal momento della consegna, vi sia la possibilità di esercitare i rimedi di secondo ordine ed ottenere, pertanto, una

³⁸ Sia consentito rinviare a F. BERTELLI, *Le dichiarazioni di sostenibilità nella fornitura di beni di consumo*, cit., 187 ss. e 202 ss.; cfr. anche E. TUCCARI, *op. cit.*, il quale rileva che il riconoscimento normativo della centralità sistematica delle dichiarazioni pubbliche dei professionisti intervenuti nella commercializzazione del bene all'interno della nuova disciplina della fornitura di beni di consumo e, quindi, anche delle dichiarazioni di sostenibilità, «consente di apprezzare, ancora più facilmente ed immediatamente, l'eventuale distanza tra le caratteristiche del bene compravenduto rispetto alle dichiarazioni sostenibili rese prima dell'acquisto».

³⁹ Per ulteriori riflessioni sull'argomento, si rinvia a D. IMBRUGLIA, *Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori*, in *Pers. merc.*, 2021, 189 ss., spec. 198 s.; S. THOBANI, *op. cit.*, 434 ss.; sia altresì consentito richiamare F. BERTELLI, *op. ult. cit.*, spec. 141 ss.

³⁷ CGUE 14 luglio 2022, C-145/20.



riduzione proporzionale del prezzo o la risoluzione del contratto. Resta, peraltro, impregiudicata la possibilità di valutare se l'inesattezza dell'inadempimento del venditore possa dar luogo a pretese risarcitorie fondate sulla disciplina generale, che vadano ad integrare i rimedi propriamente consumeristici⁴⁰.

Infine, la ricostruzione proposta impone di concentrarsi su un profilo ampiamente richiamato, ma mai debitamente affrontato dai Giudici che si sono confrontati con lo scandalo emissioni: quello della tutela dell'ambiente all'interno del caso *dieselgate* e della responsabilità condivisa tra i vari attori economici e istituzionali coinvolti nell'individuazione di soluzioni rimediali capaci di dare attuazione ai principi che operano in materia ambientale e a quello dello sviluppo sostenibile.

La Corte, nell'evidenziare come la gerarchia rimediale introdotta con la disciplina della vendita di beni di consumo debba essere interpretata alla luce della sua *ratio* complessiva, sottolinea che la stessa «mira ad istituire un giusto equilibrio tra gli interessi del consumatore e quelli del venditore garantendo al primo, quale parte debole del contratto, una tutela completa ed efficace contro un'inesatta esecuzione degli obblighi contrattuali del venditore, pur consentendo di tener conto delle considerazioni di carattere economico fatte valere da quest'ultimo»⁴¹. La genesi della disciplina dei rapporti *b2c*, così come quella della concorrenza, tuttavia, affonda le proprie radici nella necessità di proteggere e consolidare il mercato interno, inteso quale estrinsecazione "mercantile" dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia che l'Unione offre ai propri cittadini (*ex art. 3, § 2 TUE*). È lo stesso Trattato sull'Unione

⁴⁰ Cfr. A. LUMINOSO, *Il contratto nell'Unione europea: inadempimento, risarcimento del danno e rimedi sinallagmatici*, in *Contratti*, 2002, 1053 ss.; A. VENTURELLI, *Il diritto applicabile nel risarcimento del danno da difetto di conformità*, in *Obbl. e contr.*, 2010, 766 ss.; ID., *Il diritto concorrente*, in *Contratto e responsabilità*, a cura di G. Vettori, II, Padova, 2013, 1403 ss.; ID., *Risarcimento del danno e sospensione del pagamento del prezzo nella nuova disciplina dedicata alla fornitura di beni di consumo*, in *Contr. impr.*, 2022, 813 ss.; ID., *Rimedi esperibili dal consumatore: il risarcimento del danno e l'exceptio inadimpleti contractus*, in *La nuova disciplina della vendita mobiliare nel codice del consumo*, cit., 357 ss.; R. LAZZARDI, *Brevi cenni in materia di risarcimento dei danni nella vendita dei beni di consumo*, in *Jus civile*, 2020, 1389 ss.; M. FACCIOLI, *La nuova disciplina europea della vendita di beni ai consumatori (dir. UE 2019/771): prospettive di attuazione delle disposizioni sui termini*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 250 ss.; S. CHERTI, *Il risarcimento del danno come rimedio ulteriore a disposizione dell'acquirente nella vendita di beni di consumo*, in *giustiziavivile.com*, 2021; T. DALLA MASSARA, *L'imminente attuazione della Dir. UE 2019/771 e il problema del coordinamento con il codice civile: una proposta per il futuro art. 135 c. cons.*, in *Corr. giur.*, 2021, 1278 ss.

⁴¹ CGUE 14 luglio 2022, C-145/20, § 93.

Europea che, dopo aver stabilito l'instaurazione del «mercato interno», dichiara in via programmatica l'impegno «per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente».

Il principio dello sviluppo sostenibile è permeato nelle strutture e nella legislazione dell'Unione e ne orienta le azioni politiche⁴². A livello interpretativo, l'ascesa del principio richiede, quantomeno, di non trascurare l'impatto dei contratti di fornitura di beni di consumo nella transizione ecologica e di declinare la sostenibilità senz'altro nella dimensione della produzione e della commercializzazione dei beni, ma anche in quella rimediale nella prospettiva della realizzazione di un'economia circolare⁴³.

Sono già state evidenziate le – pur deboli – innovazioni introdotte dalla dir. 2019/771 rispetto alla sostenibilità ed è stato già proposto di considerare la riparazione quale rimedio privilegiato per facilitare la circolarità di produzione e consumo responsabili, capace di incoraggiare indirettamente le imprese alla progettazione di beni durevoli e riparabili e responsabilizzare i consumatori nella scelta del rimedio maggiormente sostenibile⁴⁴.

⁴² *Ex multis*, cfr. M. LIBERTINI, *Concorrenza e coesione sociale*, in *Pers. merc.*, 2015, 53 ss.; S. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, 33 ss. e 148 ss.; G. CAPALDO, *Linee evolutive in tema di soggetti per una società sostenibile*, in *Pers. merc.*, 2020, 334 ss.; ivi anche M. PENNASILICO, *Economia circolare e diritto: ripensare la «sostenibilità»*, 2021, 714 ss.; M. D'ONOFRIO, *Obsolescenza programmata: qualificazione giuridica e rimedi alla luce della direttiva 2019/771/ue e del diritto interno*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 516 ss., spec. 519 e 532.

⁴³ Cfr. E. TERRY, *A Right to Repair? Towards Sustainable Remedies in Consumer Law*, in *ERPL*, 2019, 851 ss.; D. IMBRUGLIA, *op. cit.*, 199 ss.; T.M.J. MÖLLERS, *The Weaknesses of the Sale of Goods Directive – Dealing with Legislative Deficits*, in *Jus civile*, 2020, 1165 ss.; A. QUARTA, *Per una teoria dei rimedi nel consumo etico. La non conformità sociale dei beni tra vendita e produzione*, in *Contr. impr.*, 2021, 523 ss.; D.M. MATERA, *Difetto di conformità, gerarchia dei rimedi e sostenibilità ambientale nel nuovo art. 135-bis cod. cons. e nella Dir. 771/2019*, in *Riv. dir. priv.*, 2022, 453 ss., spec. 458 ss., il quale evidenzia che «[l]a nuova normativa sulle vendite, in realtà, è calata in una rete di disposizioni dell'ordinamento europeo che già valorizzano la tutela dell'ambiente, esigenza che va oggi assumendo una rilevanza sempre maggiore»; sia altresì consentito rinviare a F. BERTELLI, *CSR Communication e consumo responsabile: un circolo virtuoso per la Circular Economy?*, cit., 193 ss.; ID., *Le dichiarazioni di sostenibilità nella fornitura di beni di consumo*, cit., 217 ss.

⁴⁴ E. MAITRE-EKERN e C. DALHAMMAR, *Towards a Hierarchy of Consumption Behaviour*, in *Maastr. Journ. Eur. Comp. Law*, 2019, 394 ss.; G. D'IPPOLITO e A. RE, *Obsolescenza programmata - L'AGCM sanziona Apple e Samsung*, in *Media Laws*, 2019, 325 ss.; T.M.J. MÖLLERS, *The Weaknesses of the Sale of Goods Directive – Dealing with Legislative Deficits*, in *Jus civi-*

Paiono perciò condivisibili, da questo punto di vista, le critiche mosse alla nuova direttiva sulla vendita di beni di consumo, che non ha compiuto una scelta coraggiosa al punto da privare il consumatore della scelta discrezionale tra i rimedi di primo ordine, rendendo il tentativo di riparazione una tappa obbligata e non una semplice alternativa alla sostituzione⁴⁵. Ad esse si potrebbe però obiettare che istituire una ulteriore gerarchia tra i rimedi di primo ordine avrebbe indebolito la posizione del consumatore e lo avrebbe, di fatto, deresponsabilizzato.

Muovendo dal caso di specie e dalla riscontrata impossibilità di ripristinare la conformità del bene consegnato emergono alcune suggestioni proprio in merito alla responsabilità del consumatore.

Anche abbandonando un approccio paternalistico, si tende a restare ancorati alla figura del consumatore come soggetto “debole” e, in quanto tale, destinatario di misure di protezione e beneficiario di interventi che ne rafforzino le forme di tutela. In realtà, il concetto di *empowerment* che sta ispirando le più recenti linee di intervento dell’Unione e la cooperazione tra i vari attori economici, necessaria ai fini del raggiungimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile, pare aver segnato un decisivo cambio di paradigma⁴⁶: in tale scenario, la disciplina rivolta al contraente la cui ontologica limitata razionalità è suscettibile di essere strumentalizzata per creare vantaggi competitivi e, quindi, alterare il corretto funzionamento delle dinamiche concorrenziali deve essere interpretata quale presidio per restituire alla figura dell’attore *retail* la centralità che riveste nella determinazione degli equilibri di mercato⁴⁷. Agire

sul piano dal quale si originano posizioni di forza e debolezza, intervenendo sui profili direttamente e indirettamente connessi all’informazione, significa riequilibrare i poteri all’interno di uno scenario in cui le logiche di domanda e offerta guidano le strategie produttive⁴⁸. Tanto la direttiva sulle pratiche commerciali scorrette, quanto la *Consumers Rights Directive* e la disciplina sulla vendita di beni di consumo devono perciò essere coerentemente collocate all’interno di un quadro politico e legislativo che vuole favorire una *governance* democratica del mercato. Al consumatore, attore chiave della transizione ecologica, sono indubbiamente riconosciuti dei diritti riconducibili alla necessità di tutelarli in quanto persona: è sufficiente rinviare alle disposizioni a salvaguardia della sicurezza o dell’autodeterminazione economica. Questi diritti, e in particolari quelli che costituiscono la matrice degli obblighi informativi imposti al professionista, sono però in qualche misura altresì strumentali a ricostituire una posizione negoziale dalla quale discendono anche oneri e responsabilità.

L’obiettivo di una cittadinanza attiva di mercato indubbiamente transita attraverso la necessità di porre le condizioni in presenza delle quali la scelta d’acquisto possa essere una decisione consapevole e rappresentativa dei valori di consumo⁴⁹. Se questo

purchasing choice in respect of the sustainable development of the world community. Environmental protection, social responsibility, labour security become his main criteria leading the act of buying. Nevertheless, personal satisfactions and individual interests are not removed but they become functional to the realisation of other most relevant aims»; V. MAK e E. TERRY, *op. cit.*, 227 ss.; H.W. MICKLITZ, *op. cit.*, 229 ss.; E. PORTER, *The Consumer Citizen*, Oxford, 2020, spec. 116 ss.; V. MAK, *A Primavera for European Consumer Law: Re-birth of the Consumer Image*, in *EuCML*, 2022, 77 ss.; S. GRAMITTO RICCI e C. SAUTTER, *The Educated Retail Investor: A Response to ‘Regulating Democratized Investing’*, in *Ohio State LJ*, in corso di pubblicazione; ID., *Wireless Investors*, available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4171224.

⁴⁸ Cfr., *ex multis*, V. RIZZO, *Trasparenza e contratti del consumatore.*, Napoli, 1997, 24 ss.; F. DI GIOVANNI, *Le regole di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998, 20 ss.; G. MARCATAJO, *Asimmetria informativa e tutela della trasparenza nella politica comunitaria di consumer protection: la risposta della normativa sulle clausole abusive*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 751 ss.; R. SENIGAGLIA, *Buona fede e trasparenza contrattuale nella disciplina dei consumi*, Napoli, 2004, 141 ss.; ID., *Accesso alle informazioni e trasparenza. Profili della conoscenza nel diritto dei contratti*, Padova, 2007, 50 ss.; più di recente, A. IULIANI, *La trasparenza consumeristica nell’interpretazione della Corte di giustizia e della dottrina*, in *Foro it.*, 2020, 45 ss.; E. PORTER, *op. cit.*, 97 ss.

⁴⁹ La produzione in argomento, soprattutto nella letteratura anglofona, è sconfinata. Si rinvia qui a J.N. SHETH, B.I. NEWMAN e B.L. GROSS, *Why We Buy What We Buy: A Theory of Consumption Values*, in *J. Bus. Res.*, 1991, 159 ss.; A. BISWAS e M. ROY, *Green Products: An Exploratory Study on the Consumer Behavior in Emerging Economies of the East*, in *J. Clean. Prod.*, 2015, 46 ss., *ivi* anche S. CODERONI e M.A. PERITO, *Sus-*

le, 2020, 1165 ss.; E. VAN GOOL e A. MICHEL, *The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption: A Critical Analysis*, in *EuCML*, 2021, 136 ss.; D. IMBRUGLIA, *op. cit.*, spec. 200 e 202 ss.; D.M. MATERA, *op. cit.*, 461 ss.

⁴⁵ Cfr. D.M. MATERA, *op. cit.*, 464, il quale segnala come «l’assenza di una precisa gerarchia tra riparazione e sostituzione – che subordini la seconda alla prima – si ponga in conflitto con l’interesse alla salvaguardia dell’ambiente».

⁴⁶ Cfr. H.W. MICKLITZ, *op. cit.*, spec. 235, il quale fa riferimento alla «politicisation of the role and function of the consumer» e sottolinea l’urgenza di una concettualizzazione di una «sustainable consumer protection law»; Proposal for a Directive of the European Parliament and of The Council Amending Directives 2005/29/EC and 2011/83/EU as Regards Empowering Consumers for the Green Transition through Better Protection Against Unfair Practices and Better Information – (COM(2022)143 final).

⁴⁷ M. HESSELINK, *European Contract Law: A Matter of Consumer Protection, Citizenship, or Justice?*, in *ERPL*, 2007, 323 ss.; J. DAVIES, *The European Consumer Citizen in Law and Policy*, London-New York, 2011, 78 ss.; G. TEUBNER e A. BECKERS, *Expanding Constitutionalism*, in *Indiana J. Global Leg. Stud.*, 2013, 537 ss.; C. RICCI, N. MARINELLI e L. PULITI, *The Consumer as Citizen: The Role of Ethics for a Sustainable Consumption*, in *AASP*, 2016, 395 ss., spec. 397, dove si osserva che «[t]he consumer as citizen is someone who makes

obiettivo è soddisfatto, però, i valori sottesi alla scelta di consumo devono trovare coerente sviluppo nella fase funzionale del sinallagma ed ispirare la gestione della sua eventuale fase patologica⁵⁰.

La considerazione si collega, in particolare, alle conseguenze che potrebbero discendere da un massivo ricorso al rimedio perentorio da parte dei consumatori europei che siano in possesso di un veicolo sul quale è installato il *software* di manipolazione delle emissioni vietato ai sensi del reg. 715/2007.

Ove si riconoscesse il diritto alla risoluzione in ragione della grave entità del difetto di conformità, l'impatto economico del rimedio privatistico sulla casa automobilistica responsabile dello scandalo, a differenza delle sanzioni pubblicistiche sino ad ora applicate, potrebbe assolvere una reale funzione deterrente e prevenire la reiterazione di condotte analoghe a quella dalla quale ha preso le mosse l'intera vicenda. Il consumatore, inoltre, vedrebbe sostanzialmente ripristinata la situazione antecedente all'acquisto: se si considera, come ha fatto il BGH con la sentenza del 20 maggio 2020, che il danno patito dall'acquirente sia stato rappresentato, in ultima analisi, dalla conclusione di un contratto "inconsiderato", il rimedio individuato si rivelerebbe idoneo ad eliminarne, almeno *ex nunc*, gli effetti dannosi. La soluzione, però, rimane saldamente ancorata agli interessi individuali del consumatore e alla ricomposizione della sua sfera patrimoniale. Non si considera, in particolare, che dal momento dell'acquisto al momento dell'eventuale riconsegna al venditore, l'acquirente ha dapprima circolato con un veicolo il funzionamento del cui impianto di ricircolo dei gas di scarico era sostanzialmente inibito e, in una seconda fase – successiva al richiamo – continuato a farne utilizzo in presenza di un impianto di manipolazione che garantiva il rispetto del livello di emissioni prescritto solo all'interno di un intervallo termico limitato⁵¹.

Ciò rileva sia per quanto riguarda l'eventuale frustrazione dell'interesse non patrimoniale del singolo acquirente a non avere, con i propri comportamenti quotidiani, un impatto ambientale negativo sia, e a maggior ragione, in relazione all'interesse collettivo e senz'altro omogeneo tra gli appartenenti alla categoria alla protezione dell'ambiente. Entrambi i profili portati ad emersione inducono a do-

tainable Buying in the Circular Economy. An Analysis of Consumers'Purchase Intentions for Waste-to-Value Food, 2020, 252 ss.

⁵⁰ Cfr. A. QUARTA, *op. cit.*, 523 ss.; D.M. MATERA, *op. cit.*, 465 ss. e 470 ss., il quale – seppur con più specifico riferimento ai rimedi di primo ordine – osserva come la libertà nella scelta del rimedio riconosciuta al consumatore non debba intendersi in termini assoluti, essendo soggetta ad un bilanciamento con interessi contrastanti, tra cui rientra quello ambientale.

⁵¹ CGUE, 8 novembre 2022, C-873/19, § 28.

mandarsi se, all'interno del secondo grado di rimedi consumeristici, il *φάρμακον* individuato sia rimedio o veleno. Gli interessi che devono essere oggetto di bilanciamento sono molteplici: quello del consumatore, quello del produttore, quello del mercato e, più ampiamente, quello alla sostenibilità. Tenendo anche quest'ultimo in debita considerazione, non è pacifico che le conseguenze ambientali di un'operazione simile a quella di *buyback* avvenuta negli USA, peraltro non accompagnata da misure volte ad intervenire in forma specifica sulla mitigazione del danno ambientale causato, siano meno dannose di una riduzione del prezzo accompagnata da interventi miratamente tesi a dare esecuzione al principio "chi inquina paga"⁵².

I motori diesel Euro 5 sono già sottoposti ad alcune limitazioni nella circolazione e le restrizioni al loro uso su strada si faranno via via più serrate⁵³: l'impatto ecologico del ritiro da parte della casa automobilistica potrebbe essere insostenibile dal punto di vista ambientale sia nel caso in cui i veicoli attualmente in circolazione debbano essere rottamati, sia, e a maggior ragione, nel caso in cui questi possano essere esportati e commercializzati in Paesi

⁵² Cfr. M. MELI, *Le origini del principio «chi inquina paga» e il suo accoglimento da parte della Comunità europea*, in *Riv. giur. amb.*, 1989, 217 ss.; ID., *Il principio «chi inquina paga» nel codice dell'ambiente*, in *Danno e resp.*, 2009, 811 ss.; L. BUTTI, *L'ordinamento italiano ed il principio «chi inquina paga»*, *ivi*, 1990, 411 ss.; in tempi più recenti, cfr. B. LUPPI, F. PARISI, e D. RAJAGOPALAN, *The Rise and Fall of The Polluter-Pays Principle In Developing Countries*, in *IRLE*, 2012, 135 ss.; M.R. KHAN, *Polluter-Pays-Principle: The Cardinal Instrument for Addressing Climate Change*, in *Laws*, 2015, 638 ss.; U. SALANITRO, *Il danno ambientale tra interessi collettivi e interessi individuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 246 ss.; ID., *Il principio «chi inquina paga»: «responsibility» e «liability»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 33 ss.; A. MAURO, *Il principio «chi inquina paga» nelle sfide della «environmental justice»*, in *giustiziacivile.com*, 2022; S. VANINI, *Violazione di norme pubblicistiche di tutela ambientale da parte del produttore e difetto di conformità al contratto del bene consegnato al consumatore: la corte di giustizia UE e il caso «dieselgate»*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, p. 166 ss.

⁵³ È del 14 febbraio 2023 la Risoluzione legislativa del Parlamento europeo sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) 2019/631 per quanto riguarda il rafforzamento dei livelli di prestazione in materia di emissioni di CO₂ delle autovetture nuove e dei veicoli commerciali leggeri nuovi, in linea con la maggiore ambizione dell'Unione in materia di clima (COM(2021)0556 – C9-0322/2021 – 2021/0197(COD)), disponibile al https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0039_IT.html, che, muovendo dal rilievo secondo cui "Quello dei trasporti è l'unico settore in cui le emissioni sono in aumento dal 1990. Include il trasporto su strada con veicoli leggeri e pesanti, le cui emissioni combinate rappresentano oltre il 70 % del totale delle emissioni dei trasporti. Per conseguire la neutralità climatica occorre ridurre le emissioni prodotte dai trasporti del 90 % entro il 2050", mira ad istituire l'obbligo per nuove autovetture e nuovi veicoli commerciali leggeri di non produrre alcuna emissione di CO₂ dal 2035.



con normative più tolleranti sui livelli di emissioni inquinanti.

In termini più generali, la necessità di coerenza tra i valori espressi con la scelta di consumo e i rimedi consumeristici prescelti emerge in modo lampante se si immaginano casi in cui il difetto di conformità sia imputabile a prestazioni ambientali difformi da quelle dovute dal professionista (ai sensi dell'art. 2, § 2., lett. d), dir. 1999/44 o, *a fortiori*, dell'art. 7, § 2, lett. d), dir. 2019/771) ma comunque tali da assicurare la *compliance* con la normativa vigente. In una fattispecie siffatta, l'impossibilità di procedere al ripristino della conformità mediante il rimedio "sostenibile" della riparazione potrebbe ragionevolmente permettere l'accesso al secondo ordine di rimedi ed eventualmente fondare pretese risarcitorie basate sulla lesione della libertà di autodeterminazione del consumatore in una scelta fortemente condizionata dalla sostenibilità⁵⁴. I problemi relativi alla quantificazione del danno conseguente a tale pregiudizio, al quale spesso si fa riferimento rispondendo al silenzio del legislatore circa le conseguenze privatistiche delle pratiche commerciali scorrette, sono destinati a riproporsi anche in questo contesto⁵⁵. Tuttavia, per quanto qui rileva, rivendicata la centralità dell'interesse alla sostenibilità nella decisione negoziale, la scelta di esercitare un rimedio apertamente meno sostenibile dell'alternativa prevista risulterebbe manifestamente contraddittoria nella sua stessa formulazione, creando una frattura tra le ragioni che sorreggono la pretesa e gli interessi che il rimedio permetterebbe di tutelare. Seguendo questa impostazione, l'interpretazione della normativa consumeristica alla luce della *ratio* complessiva ad essa sottesa e del principio dello sviluppo sostenibile dovrebbe incentivare un utilizzo dei criteri di adeguatezza e proporzionalità ai fini dell'individuazione del rimedio applicabile a cia-

scuna fattispecie che tenga in considerazione anche il suo impatto ambientale⁵⁶.

Certo, la possibilità di avvalersi del rimedio preteritorio che si configura per i consumatori europei a seguito delle pronunce intervenute rappresenta una potente leva nelle mani delle associazioni rappresentative, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore della dir. 2020/1828⁵⁷.

5. Esigenze di riparazione tra interessi omogenei e danno ambientale.

L'ultimo punto accennato, quello del "potere-responsabilità" dei consumatori, induce a soffermarsi sulla portata dell'ultima sentenza della Corte Europea di Giustizia sul caso *dieselgate* da una diversa prospettiva.

Pronunciandosi sulla questione sollevata, questa volta, da un Tribunale amministrativo tedesco (Tribunale amministrativo dello Schleswig-Holstein), la Corte ribadisce che l'art. 5, par. 2, lett. a), reg. 715/2007, «deve essere interpretato nel senso che un impianto di manipolazione può essere giustificato, in forza di detta disposizione, solo a condizione

⁵⁴ Cfr. G. SPOTO, *Tutela del consumatore, etichette a semaforo e informazioni "negative"*, in *Riv. dir. alim.*, 2018, 28 ss.; S. THOBANI, *op. cit.*, 431, la quale osserva che «le informazioni sul grado di sostenibilità dei prodotti potrebbero non solo orientare chi già è attento alla sostenibilità, ma anche condizionare chi alla sostenibilità è inizialmente indifferente, stimolando preferenze nuove: così, la diffusione di prodotti con etichette semaforiche potrebbe indurre anche chi era in precedenza noncurante a preferire comunque i prodotti con semaforo verde».

⁵⁵ Basta qui ricordare il provvedimento dell'AGCM relativo al *dieselgate* del 4 agosto 2016, n. 26137, disponibile sul sito istituzionale dell'Autorità, dal quale prende le mosse l'iter argomentativo seguito dal Trib. Venezia 7 luglio 2021, cit., ma anche la già richiamata decisione del BGH, 25 maggio 2020, n. VI ZR 252/19, al § 58, ove si conclude che, avuto riguardo alla violazione del diritto all'autodeterminazione economica del consumatore conseguente alla conclusione di un "contratto indesiderato", il danno patito da quest'ultimo non può dirsi ristorato a seguito del semplice aggiornamento del *software* di manipolazione.

⁵⁶ *Ex multis*, si rinvia a G. VETTORI, *Il tempo dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 881 ss.; ID., *Regole e Principi. Un Decalogo*, in *Pers. merc.*, 2015, 51 ss., secondo il quale «l'intreccio fra fatti e valori è una delle costanti del nuovo sistema delle fonti composto di regole e principi», il quale sostiene la centralità di un modo di argomentare «basato non solo sul metro della conformità a una regola», ma guidato da «criteri di correttezza, ragionevolezza, proporzionalità, imposti dal nuovo ordine giuridico»; ID., *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 666 ss.; in *Pers. merc.*, 2017, 15 ss.; in *Jus civ.*, 2017, 123 ss.; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 16 ss.; ID., *Sul criterio di ragionevolezza*, in *Ann. SISDIC*, 2017, 25 ss.; e in *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, I, a cura di G. Perlingieri, A. Fachechi, Napoli, 2017, 1 ss.; ID., *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 716 ss.; e in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Atti del 12° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., 11-12-13 maggio 2017, Napoli, Grand Hotel Vesuvio, Napoli, 2018, 283 ss.; D. IMBRUGLIA, *La regola di adeguatezza e il contratto*, Milano, 2017; E. CATERINI, *L'«arte» dell'interpretazione tra fatto, diritto e persona*, in *Fonti, metodo e interpretazione. Primo incontro di Studi dell'Associazione dei Dottorati di diritto privato* (10-11 Novembre 2016, Napoli), a cura di G. Perlingieri, M. D'Ambrosio, Napoli, 2017, 25 ss.; M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 1701 ss.;

⁵⁷ Cfr., E. FERRANTE, *"Class action" bancaria e forma delle adesioni tra vecchia e nuova disciplina*, in *Giur. it.*, 2020, 538 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Azioni "rappresentative" e tutela degli interessi collettivi dei consumatori. La "lunga marcia" che ha condotto all'approvazione della dir. 2020/1828/UE e i profili problematici del suo recepimento nel diritto italiano*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1010 ss.

che si dimostri che tale impianto risponde strettamente alla necessità di evitare i rischi immediati di danni o avarie al motore, causati da un malfunzionamento di una componente del sistema di ricircolo dei gas di scarico, che presentino una gravità tale da comportare un concreto pericolo in occasione della guida del veicolo dotato di detto impianto» e che «la “necessità” di un impianto di manipolazione, ai sensi della citata disposizione, sussiste unicamente quando, al momento dell’omologazione CE di tale dispositivo o del veicolo che ne è provvisto, nessun’altra soluzione tecnica consente di evitare rischi immediati di danni o avarie al motore che comportino un concreto pericolo in occasione della guida del veicolo»⁵⁸. Anche in questo caso, emerge chiaramente la gerarchia nella quale sono posti gli interessi protetti dalla norma: l’esigenza di attribuire rango superiore alla tutela della sicurezza legittima l’operatività dell’eccezione, che tuttavia deve confrontarsi con la tecnica e le tecnologie disponibili al momento dell’omologazione secondo un’interpretazione restrittiva della lettera della norma, giustificata anche dalla necessità di garantire un elevato livello di tutela dell’ambiente e di migliorare la qualità dell’aria all’interno dell’Unione⁵⁹.

Per quanto qui maggiormente rileva, però, la Corte Europea di Giustizia afferma altresì la legittimazione della Deutsche Umwelthilfe – un’associazione riconosciuta per la tutela dell’ambiente – ad impugnare l’omologazione CE rilasciata ai veicoli *diesel* coinvolti dallo scandalo, sulla base del combinato disposto dell’art. 9, par. 3, della Convenzione di Aarhus e dell’art. 47, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione, anche qualora la norma dell’Unione sulla quale si fonda l’azione non faccia sorgere alcun diritto soggettivo.

Dai fatti di causa e dalle motivazioni sviluppate si evince immediatamente la portata dirompente della soluzione proposta.

Nell’aprile 2018, la Deutsche Umwelthilfe agiva innanzi al giudice del rinvio pregiudiziale per ottenere l’annullamento dell’omologazione rilasciata dalla KBA a VW per i veicoli dotati dell’impianto di manipolazione vietato. Costituitasi, la Repubblica federale di Germania eccepiva il difetto di legittimazione dell’associazione attrice e chiedeva di dichiarare irricevibile il ricorso. Si sosteneva, in particolare, che il divieto di utilizzare impianti di manipolazione che riducano l’efficacia dei sistemi di controllo delle emissioni di cui al reg. 715/2007, invocato dalla Deutsche Umwelthilfe a sostegno della pretesa, non conferisse alcun diritto soggettivo ad

una persona fisica. Essendo piuttosto la *ratio* dell’intera disciplina rivolta alla tutela del mercato interno, l’irricevibilità avrebbe dovuto basarsi sull’art. 42, par. 2, VwGO (che regola il processo amministrativo), ai sensi del quale, salvo disposizione contraria della legge, il ricorso è ricevibile quando è fondato sulla pretesa lesione di diritti soggettivi.

Si dubitava inoltre che il presunto difetto di legittimazione potesse essere superato sia mediante un’interpretazione estensiva della legge recante disposizioni integrative sui rimedi giuridici in materia ambientale (UmwRG), sia attraverso l’art. 9, par. 3, della Convenzione di Aarhus. Da una parte, infatti, la formulazione del combinato disposto degli artt. 2, par. 1, e 1, par. 1, UmwRG, che prevede una deroga al requisito del diritto soggettivo in relazione agli «atti amministrativi o i contratti di diritto pubblico che autorizzano *progetti* [...] in applicazione di disposizioni in materia ambientale del diritto federale, del diritto del Land o di atti direttamente applicabili del diritto dell’Unione», avrebbe precluso un’interpretazione estensiva volta ad includere un’attività amministrativa relativa ad un «prodotto». Dall’altra, la Convenzione sull’accesso alle informazioni, la partecipazione dei cittadini e l’accesso alla giustizia in materia ambientale non sarebbe stata in ogni caso sufficiente a legittimare l’azione. Infatti, pur sancendo il diritto all’accesso alla giustizia per contestare la legittimità sostanziale o procedurale di atti amministrativi per tutti i «membri del pubblico interessato» «che vantino un interesse sufficiente», la Convenzione internazionale è notoriamente priva di effetti diretti negli ordinamenti nazionali dei Paesi sottoscrittori.

Il giudice del rinvio ritiene perciò che la ricevibilità del ricorso dipenda essenzialmente dalla possibilità che la legittimazione ad agire della Deutsche Umwelthilfe promani direttamente dal diritto dell’Unione, in particolare dall’art. 47, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali.

A tal riguardo, la Corte osserva che, nonostante l’art. 9 della Convenzione di Aarhus sia privo di effetto diretto nel diritto dell’Unione e non possa quindi essere invocato nell’ambito di una controversia al fine di escludere l’applicazione di una disposizione di diritto nazionale ad esso contraria, «il primato riconosciuto degli accordi internazionali conclusi dall’Unione impone di dare al diritto nazionale un’interpretazione quanto più possibile conforme alle prescrizioni di questi ultimi» e che «tale disposizione, in combinato disposto con l’articolo 47 della Carta, impone agli Stati membri l’obbligo di garantire una tutela giurisdizionale effettiva dei

⁵⁸ CGUE, 8 novembre 2022, C-873/19, § 96, punto 2.

⁵⁹ CGUE, 8 novembre 2022, C-873/19, § 89.



diritti conferiti dal diritto dell'Unione, in particolare delle disposizioni del diritto ambientale»⁶⁰.

Mediante l'interpretazione conforme, il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale viene perciò esteso agli interessi ambientali⁶¹, osservando che la Convenzione di Aarhus sarebbe svuotata di qualsiasi effetto utile se si ammettesse che, mediante l'imposizione di criteri previsti dal diritto nazionale, i «membri del pubblico interessato» quali le associazioni per la difesa dell'ambiente siano private di qualsiasi diritto di ricorso avverso atti o omissioni compiuti in violazione di disposizioni di diritto ambientale⁶².

Sostenendo che il diritto nazionale non può privare le associazioni per la tutela dell'ambiente della possibilità di far controllare il rispetto delle norme derivanti dal diritto dell'Unione in materia ambientale rivolte all'interesse generale, si legittima quindi la Deutsche Umwelthilfe ad impugnare l'autorizzazione amministrativa relativa ai veicoli *diesel* affetti dal *device* di manipolazione e, per la prima volta, si collega concretamente la tutela dell'ambiente, racchiusa anche nelle disposizioni del reg. 715/2005, ad un interesse generale meritevole di protezione⁶³.

Così come l'astratto riconoscimento della possibilità dei consumatori di ottenere la risoluzione del contratto relativo ad un veicolo dotato di un impianto di manipolazione vietato, anche l'affermazione della legittimazione ad agire delle associazioni ambientali implica un significativo rafforzamento della

posizione di chi reagisce alla condotta illecita di Volkswagen.

Finalmente oggetto di autonoma considerazione, il riconoscimento dell'interesse ambientale violato – per il quale è evidente l'esigenza di misure di riparazione/mitigazione che travalichino il singolo rapporto contrattuale – lascia auspicare che la redistribuzione di forze conseguente alle pronunce della Corte Europea di Giustizia possa condurre ad un ulteriore punto di approdo, capace di assicurare un rimedio effettivamente soddisfacente per le parti e gli interessi coinvolti e di intervenire direttamente sul danno provocato dall'installazione del *device*.

La conclusione ben ci coordina con la più recente decisione della Corte Europea sul caso *dieselgate*⁶⁴, che definitivamente sancisce che il Regolamento del 2007 relativo all'omologazione dei veicoli a motore e alle emissioni dei veicoli passeggeri e commerciali leggeri (Euro 5 ed Euro 6), così come la dir. quadro (2007/46/CE), che istituisce un quadro per l'omologazione dei veicoli a motore e dei loro rimorchi tutelano, “oltre agli interessi generali, gli interessi particolari del singolo acquirente di un veicolo a motore nei confronti del costruttore”. Precisando che non è conforme al principio di effettività una normativa nazionale che di fatto precluda all'acquirente di un veicolo a motore affetto da un *device* di manipolazione la possibilità di ottenere dal costruttore un risarcimento adeguato per i danni che gli sono stati causati dalla violazione della normativa europea, la Corte consegna all'interprete il compito di determinare le norme a sostegno delle legittime pretese risarcitorie⁶⁵.

Si presenta, allora, la possibilità che il diritto dei consumatori e la legittimazione delle associazioni rappresentative dei loro interessi, così come degli interessi ambientali, aprano la strada ad una negoziazione volta a definire in via transattiva la controversia, così da modellare una soluzione volta a soddisfare le pretese degli acquirenti e responsabilizzare i produttori, tale da dimostrare capacità di cooperazione tra pubblico e privato per ottenere consenso rispetto alle risposte della giustizia nella progettazione di iniziative a vantaggio degli interessi collettivi e delle generazioni future⁶⁶.

⁶⁰ CGUE, 8 novembre 2022, C-873/19, § 66.

⁶¹ Cfr. M. DELSIGNORE, *La legittimazione a ricorrere delle associazioni ambientali: questioni aperte*, in *Riv. giur. ambiente*, 2020, 180 ss.; ID., *La legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo: “Standing” a tutela di “environmental interests” nella “Judicial review” statunitense*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 734 ss.; D. CIARNIELLO, *La soggettività delle associazioni ambientaliste ed il relativo potere di agire in giudizio per la tutela di interessi ambientali*, in *GiustAmm.it*, 2017; V. PARISIO, *Associazioni ambientali e procedimento di valutazione dell'impatto ambientale*, in *Riv. giur. amb.*, 1991, 100 ss.

⁶² CGUE, 8 novembre 2022, C-873/19, § 67.

⁶³ CGUE, 8 novembre 2022, C-873/19, § 68. Da questo punto di vista, si prospetta la possibilità che le associazioni ambientali possano finanche arrivare ad impugnare le certificazioni che si basano su un sistema standard su base normativa, alle quali fa riferimento S. THOBANI, *op. cit.*, 430 ss., spec. 433, sostenendo condivisibilmente che «laddove vi sia un sistema di standard, certificazione ed etichettatura a base normativa, la nozione di sostenibilità rilevante anche ai fini della valutazione di scorrettezza delle pratiche commerciali sia quella fornita dal legislatore». Tuttavia, la possibilità di verificare il corretto espletamento dell'iter di certificazione da parte del pubblico interessato potrebbe condurre a contestare alla radice il rilascio del certificato nella circostanza in cui il bene non presenti le caratteristiche che normativamente sono ritenute rilevanti per la sua concessione.

⁶⁴ CGUE, 21 marzo 2023, C-100/21, Mercedes-Benz Group – Liability of manufacturers of vehicles fitted with defeat devices.

⁶⁵ CGUE, 21 marzo 2023, C-100/21, § 93.

⁶⁶ *Ex multis*, cfr. B. SORDI, *Verso la grande dicotomia: il percorso italiano*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2016, 193 ss.; ID., *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020, *passim*; A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo, (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 515 ss.; ID., *Il diritto privato e le «libertà fondamentali» dell'Unione europea (principi e problemi della «Drittwirkung»*





nel mercato unico), in *Riv. dir. civ.*, 2016, 712 ss.; C. NAPOLITANO, *Il partenariato pubblico-privato nel diritto dei beni culturali: vedute per una sua funzione sociale*, in *dirittifondamentali.it*, 2019, disponibile al link <http://dirittifondamentali.it/wp-content/uploads/2019/08/Napolitano-Il-partenariato-pubblico-privato-nel-diritto-dei-beni-culturali-vedute-peruna-sua-funzione-sociale.pdf>; A. QUARTA e M. SPANÒ, *Le forme del comune. Note sulle istituzioni della cooperazione*, in *Iride*, 2021, 81 ss.

DIGITAL SERVICES ACT E ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT: TENTATIVI DI FUTURO DA ARMONIZZARE

Di Sara Tommasi

| 279

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *Intermediazione nei servizi digitali e utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale.* – 3. *Digital Services Act e Artificial Intelligence Act: la necessità di un coordinamento.* – 4. *Digital Services Act e Artificial Intelligence Act: esigenze di coordinamento tra utilizzo di tecniche subliminali e influenza digitale.* – 5. *L'«influenza» digitale: oltre l'autodeterminazione come fenomeno esclusivamente individuale.* – 6. *L'uso di algoritmi da parte dei prestatori di servizi digitali e il difficile delinearli di un loro ruolo meramente passivo.* – 7. *Le diverse espressioni dell'approccio basato sul rischio e l'importanza delle regole dell'attività.*

ABSTRACT. *Il saggio mira a dimostrare che i prestatori di servizi digitali pongono in essere attività e offrono servizi potenzialmente rientranti nell'ambito di applicazione sia del Digital Services Act sia dell'Artificial Intelligence Act. Ne consegue la necessità di un coordinamento tra le due discipline. Entrambe rappresentano diverse espressioni di un approccio basato sul rischio ed evidenziano i profili problematici dei sistemi di intelligenza artificiale che condizionano i comportamenti degli utenti dei servizi digitali.*

The essay aims to show that the activities of providers and the services they offer potentially fall within the scope of both the Digital Services Act and the Artificial Intelligence Act. Hence the need to coordinate these two disciplines. Both represent different expressions of a risk-based approach and highlight the problematic profiles of artificial intelligence systems that condition the behavior of users of digital services.

1. Premessa.

Il *Digital Services Act*¹ e l'*Artificial Intelligence Act*² sono un punto di riferimento imprescindibile nella regolamentazione del futuro che, proprio in ragione del veloce e inarrestabile cambiamento tecnologico, si presenta sempre più imprevedibile e diverso dal passato.³ Entrambi gli atti normativi si basano su un modello incentrato sul rischio e sulla sua gestione.⁴

¹ Regulation (EU) 2022/2065 on a Single Market for Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (*Digital Services Act*) in <https://eur-lex.europa.eu>. Per una illustrazione dettagliata e aggiornata delle nuove regole introdotte dal *Digital Services Act* si rimanda alla Circolare Mercato unico dei servizi digitali: il *Digital Services Act*, del 12 giugno 2023, dell'Associazione fra le società italiane per azioni, in https://www.assonime.it/attivita-editoriale/circolari/Pagine/Circolare-17_2023.aspx.

² COM (2021) 206 final, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonized rules on artificial intelligence. (Artificial Intelligence Act) and amending certain union legislative acts* in <https://eur-lex.europa.eu>. Il Regolamento è attualmente in fase di proposta, ma l'iter legislativo è in fase conclusiva. Si vedano gli *Amendments adopted by the European Parliament on 14 June 2023 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on laying down harmonized rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD))1*, in <https://www.europarl.europa.eu>. Gli emendamenti di giugno 2023 sono stati preceduti dal *Draft Compromise Amendments on the Draft Report Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on harmonized rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union Legislative Acts* del 15 maggio 2023, in <https://www.europarl.europa.eu>.

³ Cfr. A. DE FRANCESCHI, R. SCHULZE, M. GRAZIADEI, O. POLLICINO, F. RIENTE, S. SICA, SIRENA (a cura di), *Digital Revolution. New Challenges for Law*, München, 2019; A. IANNARELLI, *La regolazione privatistica delle relazioni di mercato nell'attuale contesto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2020, 320 ss.

⁴ G. FINOCCHIARO, *La proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale: il modello europeo basato sulla gestione del rischio*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2022, 303 ss. M. CORNILS, *Designing platform governance: A normative perspective on needs, strategies, and tools to regulate intermediaries* in <https://algorithmwatch.org>, 2020, 25, nota che «with regard to the risks for the news ecosystem arising from platform communication, the phenomena of so-called strategic communication can be distinguished from those of an unintended degeneration of democratic discourse inherent in the functioning and business models of intermediaries – especially social media platforms. While the former is – in principle – little disputed as a disturbing and potentially harming factor and thus, in principle, as a regulatory challenge, the possibility, necessity and legal justifiability of regulatory measures in the latter area are much less clear and more controversial». Cfr. J. CHAMBERLAIN, *The Risk-Based Approach of the European Union's Proposed Artificial Intelligence Regulation: Some Comments from a Tort Law Perspective*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2022, 1 ss. D. IACOVELLI, M. FONTANA, *Nuove sfide della tecnologia e gestione dei rischi nella proposta di regolamento europeo sull'intelligenza artificiale: set di training, algoritmi e*

Il *risk approach*, nella prospettiva europea, consente di non ostacolare l'innovazione tecnologica attraverso restrizioni eccessive, ma di governarla con obblighi e responsabilità proporzionali al grado di rischio introdotto nel sistema.⁵ L'obiettivo è delineare un quadro giuridico adeguato dinamicamente all'evoluzione tecnologica e all'emergere di nuove situazioni di preoccupazione nel rispetto dei diritti fondamentali e dei valori dell'Unione.⁶

qualificazione dei dati. Profili critici, in *Il diritto dell'economia*, 2022, 107 ss.

⁵ G. DE GREGORIO, P. DUNN, *The European Risk-Based Approaches: Connecting Constitutional Dots in the Digital Age*, in *Common Market Law Review*, 2022, 473 ss., affermano che «in the last years, risk has become a proxy and a parameter characterizing the European regulation of digital technologies. Nonetheless, the European risk-based regulation in the digital age is multi-faceted in the approaches it takes».

⁶ L'attenzione a uno sviluppo tecnologico che non avvenga a scapito del rispetto dei diritti fondamentali e dei valori dell'Unione Europea si riscontra in recenti provvedimenti, quali: *European Parliament resolution of 20 October 2020 on the Digital Services Act and fundamental rights issues posed (2020/2022(INI))* in <https://www.europarl.europa.eu>; *European Declaration on Digital Rights and Principles for the Digital Decade, Brussels, COM(2022) 28 final*, in <https://ec.europa.eu>. Sul punto cfr. F. Z. BORGESIU, *Strengthening legal protection against discrimination by algorithms and artificial intelligence*, in *The International Journal of Human Rights*, 2020, 2 ss. S. TOMMASI, *La proposta di Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale COM(2022) 28 final del 26 gennaio 2022*, in *Persona e mercato, Diritto e nuove tecnologie. Rubrica di aggiornamento dell'OGID*, 2022, 168 ss.; R. ALFONSI, *La EU Interinstitutional declaration on digital rights and principles del 14.11.2022*, in *Persona e mercato, Diritto e nuove tecnologie. Rubrica di aggiornamento dell'OGID*, 2022, 707 ss.; G. RESTA, *Cosa c'è di "europeo" nella Proposta di Regolamento UE sull'intelligenza artificiale?*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2022, 327. L'Autore afferma, con riferimento alla Proposta di Regolamento UE sull'intelligenza artificiale, che il cardine della proposta sembra risiedere nella definizione di un modello regolatorio finalizzato alla gestione ottimale dei rischi insiti nell'utilizzo dei dispositivi di intelligenza artificiale, con l'obiettivo primario di tutela dei diritti fondamentali e di salvaguardia del processo democratico. Cfr. sul punto C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014, 84 ss.; N. SMUHA, E. AHMED-RENGERS, A. HARKENS, W. LI, J. MACLAREN, R. PISELLI, K. YEUNG, *How the EU can achieve legally trustworthy AI: a response to the European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act*, in <https://ssrn.com/abstract=3899991>, 2021, 14 ss.; D. IMBRUGLIA, *Note sulla regolazione della IA*, in S. ORLANDO, G. CAPALDO (a cura di), *Annuario 2021 Osservatorio Giuridico sulla Innovazione Digitale*, Roma, 2021, 157 ss. A. F. URICCHIO, G. RICCIO, U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza Artificiale tra etica e diritti. Prime riflessioni a seguito del libro bianco dell'Unione europea*, Bari, 2020; E. CALZOLAIO, *Introduzione*, in E. CALZOLAIO (a cura di), *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2020, 1; A. ALPINI, *Sull'approccio umano-centrico all'intelligenza artificiale. Riflessioni a margine del "Progetto europeo di orientamenti etici per una IA affidabile"*, in www.comparazionedirittocivile.it; S. TOMMASI, *L'intelligenza artificiale antropocentrica: limiti e*



Come nel *Digital Services Act*, anche nell'*Artificial Intelligence Act*, si delinea una logica proporzionale e cumulativa nell'imposizione di obblighi a mano a mano che aumentano i rischi. Segnatamente, nel *Digital Services Act* ha un ruolo centrale il rischio sistemico, mentre nell'*Artificial Intelligence Act* sono individuati quattro livelli di rischio: *unacceptable risk*, *high risk*, *limited risk* and *minimal risk*. I due poli opposti sono i sistemi che hanno un rischio inaccettabile, e in quanto tali sono vietati, e i sistemi che hanno un rischio minimo e, dunque, sono per lo più destinatari di soli obblighi di trasparenza, in modo da rendere gli utenti consapevoli del loro utilizzo. Nel mezzo si collocano i sistemi ad alto rischio che sono quelli per i quali sono previsti rigorosi obblighi prima della loro immissione nel mercato e un monitoraggio successivo.⁷

Si tratta, in ogni caso, di sistemi che sono in costante evoluzione e si inseriscono in un processo continuo che pone numerose difficoltà e che deve essere proporzionato al contesto specifico in cui si opera e all'impatto che tali sistemi possono avere.⁸

Un confronto tra il *Digital Services Act* e l'*Artificial Intelligence Act* è ormai indispensabile, considerato che i fornitori di servizi digitali utilizzano sempre più sistemi di intelligenza artificiale e quindi pongono in essere attività e offrono servizi potenzialmente rientranti nell'ambito di applicazione di entrambi gli atti normativi in oggetto.

2. Intermediazione nei servizi digitali e utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale.

Numerosi sono gli esempi di utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale da parte dei prestatori di servizi digitali.

opportunità, in *Juscivile*, 2020, 853 ss.; E. FAZIO, *Intelligenza artificiale e diritti della persona*, Napoli, 2023.

⁷ S. ORLANDO, *Regole di immissione sul mercato e «pratiche di intelligenza artificiale» vietate nella proposta di Artificial Intelligence Act*, in *Persona e Mercato*, 2022, 346 ss.

⁸ Cfr. B. WAGNER, *Ethics as an Escape from Regulation: From Ethics-washing to Ethics-shopping?*, in M. HILDEBRANDT (a cura di), *Being Profiled. Cogitas ergo sum*, 2018, in <https://pdfs.semanticscholar.org>, 1 ss. A. JABLONOWSKA, M. KUZIEWSKI, A. M. NOWAK, H. W. MICKLITZ, P. PAŁKA, G. SARTOR *Consumer law and artificial intelligence: challenges to the EU consumer law and policy stemming from the business' use of artificial intelligence: final report of the ARTSY project*, in *EUI Law*, 2018, 17. Ivi si afferma che «there is not one AI problem, and there will be not one solution to challenges posed by AI. On the contrary, the response will be different across the sectors, both regarding the substance and form of the potential regulatory response».

Il Considerando 70) del *Digital Services Act* specifica che un elemento essenziale dell'attività di una piattaforma online consiste nel modo in cui le informazioni sono messe in ordine di priorità e presentate nell'interfaccia online per facilitare e ottimizzare l'accesso alle stesse da parte dei destinatari del servizio. A tal fine sono utilizzati algoritmi che classificano e mettono in ordine di priorità le informazioni, distinguendole attraverso testo o altre rappresentazioni visive oppure selezionando in altro modo le informazioni fornite dai destinatari.⁹ Ciò avviene attraverso i sistemi di raccomandazione definiti, ex art. 3 (s) del *Digital Services Act*, come «quei sistemi interamente o parzialmente automatizzati che una piattaforma online utilizza per suggerire informazioni specifiche, tramite la propria interfaccia online, ai destinatari del servizio o mettere in ordine di priorità dette informazioni anche quale risultato di una ricerca avviata dal destinatario del servizio o determinando in altro modo l'ordine relativo o l'importanza delle informazioni visualizzate».¹⁰

I sistemi che utilizzano tali algoritmi non possono non ricadere anche nel campo di applicazione dell'*Artificial Intelligence Act*, se solo si considera la stessa definizione di sistema di intelligenza artificiale che, infatti, fa riferimento a un sistema automatizzato progettato per operare con livelli di autonomia variabili e che, per obiettivi espliciti o impliciti, può generare *output* come raccomandazioni.¹¹

⁹ C. BUSCH, V. MAK, *Putting the Digital Services Act in Context*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2021, 109 ss.

¹⁰ R. MONTINARO, *Sistemi di raccomandazione nelle interazioni tra professionisti e consumatori: il punto di vista del diritto dei consumi*, in *Persona e Mercato*, 2022, 368 ss.

¹¹ In COM(2021) 206 final, *Proposal for a Regulation*, cit., si definisce sistema di intelligenza artificiale un software che, per un dato insieme di obiettivi definiti dall'uomo, genera risultati come contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagisce. La definizione è stata oggetto di vari emendamenti, fino all'emendamento 165 degli *Amendments adopted by the European Parliament on 14 June 2023 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on laying down harmonized rules on artificial intelligence*, cit. Non si fa più riferimento, infatti, ad «un software sviluppato con una o più delle tecniche e degli approcci elencati nell'allegato I, che può, per una determinata serie di obiettivi definiti dall'uomo, generare *output* quali contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono», ma ad «un sistema automatizzato progettato per operare con livelli di autonomia variabili e che, per obiettivi espliciti o impliciti, può generare *output* quali previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti fisici o virtuali». Una definizione di intelligenza artificiale si rinviene anche nella *Proposition de loi constitutionnelle relative à la Charte de l'intelligence artificielle et des algorithmes*, depositata il 15



282

Il prestatore di servizi digitali, dunque, qualora utilizzi sistemi di intelligenza artificiale, sarà destinatario di quanto previsto dall'*Artificial Intelligence Act*, indipendentemente, e a prescindere, da altre specifiche disposizioni del *Digital services Act* e anche dalla distinzione tra *hosting*, motori di ricerca e piattaforme online o motori di ricerca o piattaforme di grandi dimensioni, che è alla base dei diversi obblighi delineati dal *Digital services Act*.

Ai prestatori di servizi digitali potrebbe essere applicabile, per esempio, la previsione dell'art. 52 dell'*Artificial Intelligence Act*, nella misura in cui risultino utenti di un sistema di riconoscimento delle emozioni o di un sistema di categorizzazione biometrica al quale possono essere esposte persone fisiche. Queste, infatti, devono essere informate in merito al funzionamento del sistema. Inoltre, sempre ai sensi del citato articolo 52, anche ai prestatori di servizi digitali, che siano utenti di un sistema di intelligenza artificiale che genera o manipola immagini o contenuti audio o video che rappresentano persone che sembrano dire cose che non hanno detto o compiere atti che non hanno commesso, senza il loro consenso, sono tenuti a rendere noto in modo adeguato, tempestivo, chiaro e visibile che il contenuto è stato generato o manipolato.¹²

Un altro esempio di uso frequente di sistemi di IA da parte dei prestatori di servizi digitali è quello relativo alla moderazione dei contenuti. I *provider* si affidano spesso a tecniche e mezzi di ricerca automatizzati, pur nella consapevolezza di non riuscire a cogliere le peculiarità del contesto nel quale sono inserite determinate frasi, rischiando, per esempio, di bloccare contenuti erroneamente di natura offensiva.

Uno dei principali dilemmi per gli operatori degli algoritmi di rilevamento del contenuto è se dare la priorità agli errori di rimozione eccessiva, i cosiddetti falsi positivi, o agli errori di rimozione in-

gennaio 2020, in Francia, presso l'*Assemblée Nationale*, ove si legge che «la présente charte s'applique à tout système qui se compose d'une entité qu'elle soit physique (par exemple un robot) ou virtuelle (par exemple un algorithme) et qui utilise de l'intelligence artificielle. La notion d'intelligence artificielle est entendue ici comme un algorithme évolutif dans sa structure, apprenant, au regard de sa rédaction initiale. Un système tel que défini au précédent alinéa n'est pas doté de la personnalité juridique et par conséquent inapte à être titulaire de droits subjectifs. Cependant les obligations qui découlent de la personnalité juridique incombent à la personne morale ou physique qui héberge ou distribue ledit système devenant de fait son représentant juridique».

¹² Si veda l'emendamento 486 degli *Amendments adopted by the European Parliament on 14 June 2023 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on laying down harmonized rules on artificial intelligence*, cit.

sufficiente, i cosiddetti falsi negativi. Una rigorosa politica di rimozione dei contenuti si tradurrà in un alto tasso di falsi positivi che danneggia la libertà di espressione della persona il cui contenuto è stato erroneamente rimosso. Una politica meno rigida si tradurrà in un alto tasso di falsi negativi che danneggia le vittime del contenuto che avrebbe dovuto essere rimosso¹³.

Una certa cautela nell'utilizzo di strumenti automatizzati emerge chiaramente nel *Digital Services Act*. Ai sensi dell'art. 16, infatti, i prestatori di servizi di *hosting*, qualora usino strumenti automatizzati nel trattare le notifiche ricevute e adottare decisioni, devono necessariamente includere informazioni sull'uso di tali strumenti. Qualora, inoltre, un prestatore di servizi di *hosting* decida di rimuovere specifiche informazioni fornite dai destinatari del servizio o disabilitare l'accesso alle stesse, ai sensi dell'art. 17 del *Digital Services Act*, deve informare il destinatario della decisione, al più tardi al momento della rimozione o della disabilitazione dell'accesso, fornendo una motivazione chiara e specifica di tale decisione; motivazione che deve contenere informazioni sia sugli strumenti automatizzati usati per adottare la decisione, sia su eventuali contenuti individuati o identificati per mezzo di tali strumenti.

Inoltre, per quanto riguarda le piattaforme online, il *Digital Services Act* è esplicito nel vietare l'uso esclusivo di strumenti automatizzati nella gestione interna dei reclami e impone, tra gli obblighi di comunicazione trasparente per i fornitori di piattaforme online, ai fini della relazione di cui all'art. 15, di fornire informazioni su qualsiasi uso di strumenti automatizzati ai fini di moderazione dei contenuti, compresi la descrizione delle finalità precise, gli indicatori di accuratezza degli strumenti automatizzati nel perseguimento di tali scopi e le eventuali garanzie applicate. Il fine esplicito, come si evince dal comma 4 dell'art. 20, è che i reclami siano gestiti in modo non discriminatorio, sotto il controllo di personale qualificato e assicurando che le decisioni non siano prese avvalendosi esclusivamente di strumenti automatizzati.

Non c'è però ancora una adeguata attenzione alla figura dei moderatori dei contenuti, limitandosi l'art. 15 a prevedere, tra gli obblighi di comunicazione trasparente per i prestatori di servizi intermediari, anche quello relativo alle misure adottate per fornire formazione e assistenza ai membri del personale impegnato nella moderazione dei conte-

¹³ W. MAXWELL, *Applying Net neutrality rules to social media content moderation systems*, in *Annales des Mines – Enjeux Numérique*, 2022, 90.

nuti.¹⁴ Eppure, il ruolo dei moderatori è molto delicato, perché se da una parte garantiscono un controllo umano, dall'altra sono deputati ad assumere decisioni che, potendo incidere su diritti fondamentali, dovrebbero essere prese da soggetti, e secondo modalità, che assicurino adeguate garanzie di tutela.¹⁵

L'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale da parte degli intermediari di servizi digitale impone una riflessione sulla necessità di un coordinamento tra *Digital Services Act* e *Artificial Intelligence Act*.

3. *Digital Services Act* e *Artificial Intelligence Act*: la necessità di un coordinamento.

Un primo dato dal quale partire nella riflessione sulla necessità di un coordinamento tra i provvedimenti in oggetto è il rapporto tra rischi sistemici ai sensi del *Digital Services Act* e sistemi ad alto rischio così come definiti dall'*Artificial Intelligence Act*.

L'*Artificial Intelligence Act* contiene le regole di classificazione per i sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio. Segnatamente, ci sono tre casi nei quali un sistema di intelligenza artificiale può essere classificato ad alto rischio. Il primo caso è quello riconducibile all'art. 6, primo comma dell'*Artificial Intelligence Act*, ai sensi del quale un sistema di IA è considerato ad alto rischio se sono soddisfatte entrambe le condizioni seguenti: a) il sistema di IA è destinato a essere utilizzato come componente di sicurezza di un prodotto, o è esso stesso un prodotto, disciplinato dalla normativa di armonizzazione dell'Unione Europea elencata nell'allegato II; b) il prodotto, il cui componente di sicurezza è il sistema di intelligenza artificiale, o il sistema di intelligenza artificiale stesso in quanto prodotto è soggetto a una valutazione della conformità da parte di terzi "related to risks for health and safety"¹⁶ ai fini dell'immissione sul mercato o

della messa in servizio di tale prodotto ai sensi della normativa di armonizzazione dell'Unione elencata nell'allegato II.¹⁷

Il secondo comma dell'art. 6 dell'*Artificial Intelligence Act* prevede che sono considerati ad alto rischio anche i sistemi di intelligenza artificiale di cui all'allegato III dello stesso *Artificial Intelligence Act* se presentano un rischio significativo di danno per la salute umana, la sicurezza o i diritti fondamentali delle persone fisiche. Qualora un sistema di IA rientri nell'allegato III, punto 2, è considerato ad alto rischio se presenta un rischio significativo di danno per l'ambiente.¹⁸

Ai sensi dell'allegato III dell'*Artificial Intelligence Act*, i sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio possono essere quelli elencati nei settori individuati dallo stesso allegato e segnatamente: sistemi biometrici e basati su elementi biometrici; gestione e funzionamento delle infrastrutture critiche; istruzione e formazione professionale; occupazione, gestione dei lavoratori e accesso al lavoro autonomo; accesso a prestazioni e servizi pubblici e a servizi privati essenziali e fruizione degli stessi; attività di contrasto; gestione della migrazione, dell'asilo e del controllo delle frontiere; amministrazione della giustizia e processi democratici.

La possibilità di classificare altri sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio è prevista dall'art. 7 dell'*Artificial Intelligence Act*. Prima degli emendamenti adottati dal Parlamento Europeo il 14 giugno 2023, si trattava di una possibilità limitata ai sistemi destinati a essere usati soltanto in uno dei settori indicati dall'allegato III. Le modifiche previste dagli emendamenti adottati dal Parlamento Europeo il 14 giugno 2023, in particolare dall'emendamento 238, consentono alla Commissione di aggiungere o modificare settori o casi d'uso di sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio, «se questi presentano un rischio di danno per la salute e la sicurezza, o un rischio di impatto negativo sui diritti fondamentali, sull'ambiente o sulla democrazia e sullo Stato di

¹⁴ Su queste problematiche si rimanda a J. FRANCHI, *Gli obsoletti. Il lavoro impossibile dei mediatori di contenuti*, Milano, 2021.

¹⁵ Sulla circostanza che il principale tipo di problema posto dalle nuove tecnologie derivi dall'attribuzione di potere normativo a quel potere diffuso, non conosciuto, insito nelle regole tecniche delle piattaforme si rimanda a A. FEDERICO, *Il nomos della 'infosfera'*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, 533 ss.; S. THOMAS, *Horizontal Restraints on Platforms: How Digital Ecosystems Nudge into Rethinking the Construal of the Cartel Prohibition*, in *World Competition*, 2021, 53.

¹⁶ Il riferimento specifico ai rischi per la salute e la sicurezza è un'aggiunta prevista nell'emendamento 233 degli *Amendments adopted by the European Parliament on 14 June 2023 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of*

the Council on laying down harmonized rules on artificial intelligence, cit.

¹⁷ Molti sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio sono utilizzati come componenti di sicurezza di prodotti già esistenti. In questo caso, anche al fine di evitare duplicazioni, non si procede a valutazioni di conformità specifiche, ma si terrà conto della valutazione di conformità già prevista in ciascun settore. Cfr. J. MÖKANDER, M. AXENTE, F. CASOLARI, L. FLORIDI, *Conformity Assessments and Post-market Monitoring: A Guide to the Role of Auditing in the Proposed European AI Regulation. Minds & Machines*, 2021, 9.

¹⁸ Emendamento 234 degli *Amendments adopted by the European Parliament on 14 June 2023 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on laying down harmonized rules on artificial intelligence*, cit.

diritto e tale rischio è, in relazione alla sua gravità e alla probabilità di insorgenza, equivalente o superiore al rischio di danno o di impatto negativo presentato dai sistemi di IA ad alto rischio già indicati nell'allegato III». L'emendamento è da accogliere con favore, dato che, anche se stride con la nostra sensibilità giuridica che gli effetti negativi sui diritti fondamentali siano relegati a settori indicati in un elenco, è un passo avanti la previsione che tale elenco non sia tassativo e possa essere ampliato.

I sistemi che incidono negativamente sui diritti fondamentali, in alcuni casi, possono rientrare tra quelli considerati ad alto rischio dall'*Artificial Intelligence Act* e generare quelli che per il *Digital Services Act* sono rischi sistemici. In entrambi i casi il rischio di effetti negativi sui diritti fondamentali non è considerato inaccettabile, ma solo un rischio rispetto al quale occorre prendere delle precauzioni. Ciò non significa che ci sia una perfetta coincidenza tra "rischio sistemico" ai sensi del *Digital Service Act* e "alto rischio" in base all'*Artificial Intelligence Act* e che non si pongano problemi di coordinamento. Basti pensare che, per il *Digital Services Act*, i rischi sistemici sono soltanto quelli che possono derivare dall'attività di piattaforme o motori di ricerca di dimensioni molto grandi, anche se indipendentemente da un elenco di settori.

Il *Digital Services Act* considera rischi sistemici, tra gli altri, gli eventuali effetti negativi, attuali o prevedibili, per l'esercizio dei diritti fondamentali, in particolare per l'esercizio dei diritti fondamentali alla dignità umana, al rispetto della vita privata e familiare, alla tutela dei dati personali, alla libertà di espressione e di informazione, inclusi la libertà e il pluralismo dei media, e alla non discriminazione, al rispetto dei diritti del minore e all'elevata tutela dei consumatori.¹⁹ Ugualmente, è considerato rischio sistemico «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».²⁰

L'*Artificial Intelligence Act* riguarda tutti i soggetti che utilizzano sistemi di intelligenza artificiale e non solo le piattaforme di grandi dimensioni. Quindi il non essere piattaforma di grandi dimensioni esonera dagli adempimenti previsti dal *Digital Services Act* per i rischi sistemici, ma non dal doversi adeguare all'*Artificial Intelligence Act* nel caso di utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale. A ciò è collegato un altro aspetto molto interessan-

te che distingue il *Digital Services Act* dall'*Artificial Intelligence Act*. Nel *Digital Services Act*, infatti, sono previsti obblighi distinti in misura proporzionale anche alle dimensioni degli intermediari di servizi digitali.²¹ L'*Artificial Intelligence Act* prevede, invece, medesimi obblighi a prescindere dalle dimensioni dell'impresa. Anche da questo punto di vista, dunque, c'è un difetto di coordinamento tra i due provvedimenti. La conseguenza è che imprese di piccole dimensioni avranno inevitabilmente molte più difficoltà a gestire gli oneri previsti dall'*Artificial Intelligence Act*, rispetto alle società di grandi dimensioni, con un ulteriore effetto discriminatorio nell'accesso al mercato.²²

²¹ Il *Digital Services Act* è complementare al *Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital*, noto come *Digital Markets Act*, che è diretto principalmente a tutelare «smaller European competitors against US 'big tech'». Nel *Digital Markets Act*, nonostante alcuni riferimenti espliciti anche alla protezione degli utenti finali, questi ultimi hanno solo dei benefici indiretti. La finalità del *Digital Markets Act* è prevedere azioni di enforcement "ex ante" per garantire mercati competitivi sotto la minaccia di multe molto elevate. In questo modo, i concorrenti più piccoli non avrebbero più bisogno di ricorrere all'attuale sistema di enforcement ex post contro gli abusi di potere monopolistico, che si ritiene non sia sufficientemente attrezzato per affrontare il potere monopolistico digitale. Sul punto cfr. P. BERGKAMP, *The Proposed EU Digital Markets Act: A New Era for the Digital Economy in Europe*, in *European Review of Private Law*, 2021, 152 ss.; V. A. AIGNER, *Der Digital Services Act der Eu- das neue Grundgesetz in digitalen Zeitalter?*, Universität Linz, 2021, 7 ss.; P. MANZINI, *Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di Digital Market Act*, in *Quaderni Aisdue*, 2021, 189 ss.

²² Sul tema della non discriminazione nell'accesso delle imprese al mercato digitale si veda il *Digital Markets Act*, ove la non discriminazione è intesa come difesa della contendibilità, nel settore digitale, tra i prodotti e i servizi offerti dai diversi "Business user". Segnatamente nel *Digital Markets Act* si tiene conto della discriminazione nelle condizioni di accesso e permanenza delle imprese nel mercato digitale e si ritiene che questa discriminazione possa dipendere principalmente da due fattori. Il primo fattore è legato al fatto che i *gatekeeper* hanno un impatto significativo sul mercato interno, agiscono come un'importante via d'accesso per gli utenti commerciali per raggiungere gli utenti finali. Il secondo fattore è legato al fatto che l'accesso dei *gatekeeper* a dati di *ranking, query, click* e visualizzazioni costituisce un'importante barriera all'ingresso e all'espansione, che mina la contendibilità dei servizi dei motori di ricerca online. Si vedano, sul punto, I. GRAEF, *Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence*, in *Yearbook of European Law*, 2019, 448 ss., disponibile in <https://doi.org/10.1093/yel/yez008>; P. S. ATTRI, H. BAPUJ, *Digital Discrimination in Sharing Economy at the Base of the Pyramid*, in I. QURESHI, B. BHATT, D.M. SHUKLA, (a cura di), *Sharing Economy at the Base of the Pyramid*, Singapore, 2021, available at https://doi.org/10.1007/978-981-16-2414-8_10; D. BROUWER, *Towards a ban of discriminatory rankings by digital gatekeepers? Reflections on the proposal for a Digital Markets Act*, in *Internet Policy Review*, 2021, disponibile in <https://policyreview.info/articles/news/towards-ban->

¹⁹ Si veda l'art. 34 (B) del *Digital Services Act*.

²⁰ Si veda l'art. 34 (D) del *Digital Services Act*.



4. *Digital Services Act e Artificial Intelligence Act: esigenze di coordinamento tra utilizzo di tecniche subliminali e influenza digitale.*

Il *Digital Services Act* prevede che i fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e i motori di ricerca online di dimensioni molto grandi devono valutare i rischi sistemici derivanti dalla progettazione, dal funzionamento e dall'uso dei loro servizi, nonché dai potenziali abusi da parte dei destinatari dei servizi.²³ Si tratta di una valutazione funzionale ad adottare opportune misure di attenuazione dei rischi rilevati e dei conseguenti potenziali impatti negativi sulle persone, la società e il mercato.

Nel continuare a riflettere sulle esigenze di coordinamento tra *Digital Services Act* e *Artificial Intelligence Act* occorre evidenziare che non sarebbe coerente che i rischi inaccettabili ai sensi dell'*Artificial Intelligence Act* fossero accettabili per il *Digital Services Act* o qualificabili come rischi sistemici. Questi ultimi, infatti, ai sensi del *Digital Services Act* non sono vietati ma, piuttosto, considerati inevitabili, anche se da attenuare ex art. 35.

Ne consegue che un prestatore di un servizio digitale non possa usare sistemi di intelligenza artificiale che generano rischi inaccettabili, anche in assenza di una disposizione espressa del *Digital Services Act*.

Per esempio, un prestatore di un servizio digitalenon può usare un sistema di intelligenza artificiale che utilizzi «tecniche subliminali che agiscono senza che una persona ne sia consapevole o tecniche volutamente manipolative o ingannevoli aventi lo scopo o l'effetto di distorcere materialmente il comportamento di una persona o di un gruppo di persone, pregiudicando in modo considerevole la capacità della persona di prendere una decisione informata, inducendo pertanto la persona a prendere una decisione che non avrebbe altrimenti preso, in un modo che provochi o possa provocare a tale persona, a un'altra persona o a un gruppo di persone

un danno significativo». Neppure può usarsi un sistema di intelligenza artificiale che sfrutti «la vulnerabilità di una persona o di un gruppo specifico di persone, comprese le caratteristiche note o previste della personalità o della situazione sociale o economica, dell'età, della capacità fisica o mentale di tale persona o di tale gruppo allo scopo o avente l'effetto di distorcere materialmente il comportamento di tale persona o di una persona appartenente tale gruppo in un modo che provochi o possa provocare a tale persona o a un'altra persona un danno significativo». L'utilizzo di tali sistemi rientra, infatti, tra le pratiche di intelligenza artificiale vietate dall'art. 5 dell'*Artificial Intelligence Act*. Tale articolo ha subito significative modifiche dagli emendamenti adottati dal Parlamento Europeo il 14 giugno 2023, in particolare dagli emendamenti 215 e 216, che fanno riferimento a un «danno significativo» per la persona, e non più, come nella versione dell'*Artificial Intelligence Act* precedente a detti emendamenti, a sistemi di intelligenza artificiale che utilizzano tecniche subliminali che agiscono senza che una persona ne sia consapevole al fine di distorcerne materialmente il comportamento, in un modo che provochi o possa provocare un «danno fisico o psicologico» a una persona o che ne sfrutti le vulnerabilità di uno specifico gruppo di persone, dovute all'età o alla disabilità fisica o mentale, al fine di distorcere materialmente il comportamento di una persona che appartiene a tale gruppo in un modo che provochi o possa provocare a tale persona o a un'altra persona un «danno fisico o psicologico».²⁴

Nel prevedere gli elementi qualificanti di una pratica di intelligenza vietata, si è, dunque, passati dal dare rilievo al «danno fisico o psicologico» di una persona al «danno significativo» alla persona. Si tratta, dunque, di un'apertura che amplia l'ambito della possibile tutela, ma che necessita di un coordinamento con il *Digital Services Act* in termini diversi rispetto alla versione dell'*Artificial Intelligence Act* precedente agli emendamenti adottati dal Parlamento Europeo il 14 giugno 2023.

Il *Digital Services Act* attribuisce un rilievo autonomo, quale elemento qualificante di un rischio sistemico ex art. 34, «alle gravi conseguenze negative per il benessere fisico e mentale della persona». L'*Artificial Intelligence Act* considera inaccettabile il rischio di un «danno significativo» alla persona.

[discriminatory-rankings-digital-gatekeepers-reflections-proposal-digital](#); ID., *A non-discrimination principle for rankings in app stores*, in *Internet Policy Review*, 2020, disponibile in <https://policyreview.info/articles/analysis/non-discrimination-principle-rankings-app-stores>. Con riferimento alle barriere di accesso ai mercati, a seguito dello sviluppo delle nuove tecnologie, cfr. B.T. SØRENSEN, *Digitalisation: An opportunity or a risk?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018, 349 ss.

²³ C. CAMARDI, *Contratti digitali e mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista*, in *Juscivile*, 2021, 871 ss.

²⁴ *Amendments adopted by the European Parliament on 14 June 2023 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on laying down harmonized rules on artificial intelligence*, cit.

Il *Digital Services Act* considera rischio sistemico le «gravi conseguenze negative per il benessere fisico e mentale della persona» in generale, senza esigere che siano il risultato di «tecniche subliminali» o «tecniche volutamente manipolative o ingannevoli», anche se l'art. 34 specifica che i fornitori di piattaforme *online* di dimensioni molto grandi devono valutare se, e in che modo, i rischi possano essere influenzati da manipolazioni intenzionali dei loro servizi, anche mediante lo sfruttamento automatizzato del servizio stesso.²⁵

Nel non esigere che le «gravi conseguenze negative per il benessere fisico e mentale della persona» siano dovute a «tecniche subliminali» o «tecniche volutamente manipolative o ingannevoli», la previsione dell'art. 34 del *Digital Services Act* è più ampia rispetto all'art. 5 dell'*Artificial Intelligence Act*. Quest'ultimo, però, risulta avere un ambito di applicazione più ampio da altri punti di vista, soprattutto nel dare rilievo, a seguito degli emendamenti del 13 giugno 2023, non più al «danno fisico o psicologico» di una persona, ma al «danno significativo» alla persona quale elemento qualificante di una pratica di intelligenza artificiale vietata.

Il confronto tra i dati normativi in oggetto rileva che le «manipolazioni intenzionali» del servizio che hanno «gravi conseguenze negative per il benessere fisico e mentale della persona» creano per il *Digital Services Act* dei rischi sistemici dal confine non sempre facilmente individuabile con le pratiche di intelligenza artificiale vietate *ex art* 5 dell'*Artificial Intelligence Act*. Il confine è dato dalla distinzione tra «manipolazione intenzionale» e «benessere fisico e mentale della persona» di cui all'art. 34 del *Digital Services Act* e «tecniche subliminali che agiscono senza che una persona ne sia consapevole o tecniche volutamente manipolative o ingannevoli aventi lo scopo o l'effetto di distorcere materialmente il comportamento di una persona o di un gruppo di persone, pregiudicando in modo considerevole la capacità della persona di prendere una decisione informata, inducendo pertanto la persona a prendere una decisione che non avrebbe altrimenti preso» e «danno significativo» *ex art*. 5 dell'*Artificial Intelligence Act*.

In ogni caso, un primo controllo al quale dovrebbe essere sottoposto l'uso di sistemi di intelligenza artificiale da parte dei prestatori di servizi digitali è che l'uso di tali sistemi non rientri nelle pratiche di intelligenza artificiale vietate ai sensi

²⁵ R. A. ACHLEITNER, *Der künftige Digital Services Act der EU: Neue Pflichten und Verantwortlichkeiten für Anbieter digitaler Dienste*, in *Zeitschrift für Tarifrecht*, 2021, 1ss.

dell'art. 5 dell'*Artificial Intelligence Act*, anche in assenza di una specifica disposizione in tal senso del *Digital Services Act*.

Ma c'è di più, la valutazione dei rischi sistemici deve tenere conto, ai sensi del comma 2 dell'art. 34 del *Digital Services Act*, dei seguenti fattori: progettazione dei sistemi di raccomandazione e di qualsiasi altro sistema algoritmico pertinente; progettazione dei sistemi di moderazione dei contenuti; condizioni generali e loro applicazione; sistemi di selezione e presentazione delle pubblicità; pratiche del fornitore relative ai dati.

I sistemi di intelligenza Artificiale utilizzati dalle piattaforme online sono idonei a condizionare i comportamenti, anche economici, dei soggetti che interagiscono con le piattaforme.

Basti pensare che i sistemi di raccomandazione possono avere un impatto significativo sulla capacità dei destinatari di recuperare e interagire con le informazioni online, finendo, di fatto, per comprimere l'ambito delle opzioni cui i consumatori sono esposti.²⁶ Si tratta di sistemi che, come è stato efficacemente notato, non si limitano a raccomandare contenuti, ma più esattamente «curano» gli stessi,²⁷ discriminando nella selezione dei contenuti o dei relativi destinatari e nella limitazione delle opportunità di ricevere comunicazioni commerciali oppure offerte contrattuali alternative, attraverso forme di vera e propria manipolazione digitale. Ne consegue la possibilità di una menomazione

²⁶ È quanto si legge nel Considerando 70) del *Digital Services Act*.

²⁷ In questi termini R. MONTINARO, *I sistemi di raccomandazione*, cit. 348. Cfr. B. STARK, D. STEGMANN, P. JÜRGENS, M. MAGIN, *Are Algorithms a Threat to Democracy?*, cit., p. 52 evidenziano che «as the debate about the impact of algorithmic news recommenders on democracy is still an ongoing process, diversity-sensitive design as part of a possible solution should be taken into account. For such solutions to work, it should be clear that different perspectives on the democratic role of news recommenders imply different design principles for recommendation systems, i.e., an explicit normative conception of the democratic potential is critical. It may also become clear, that we need to work towards a coherent mix of appropriate government regulation, co-regulation, and platform-specific self-regulation in order to minimize the negative effects of the discussed threats». Cfr. D. LUPTON, *Digital risk society*, cit., 301 afferma che «members of some social groups are positioned in the literature on the 'digital divide' as at risk of disadvantage in relation to communication, education, information or better employment opportunities because they lack access to or interest or skills in using online technologies. This aspect of digital risk society may be characterized as "digital social inequality risks"». L'Autrice pone l'attenzione anche ai cd. «risk of predictive privacy», ossia quei rischi «which involves individuals being adversely affected by assumptions and predictions that are made about them based on preexisting digital datasets». Cfr. S.U. NOBLE, *Algorithms of Oppression: How Search Engines Reinforce Racism*, New York, 2018.



dell'autonomia degli utenti dei servizi, anche a causa di sistemi congegnati in modo tale da indurli a restare attivi online o porre la propria attenzione verso certi contenuti.²⁸

Si tratta di un dato abbastanza evidente e del quale le normative di derivazione europea sembrano avere consapevolezza. Non è un caso che gli emendamenti adottati dal Parlamento Europeo il 14 giugno 2023 introducano all'allegato III, punto 8, la nuova lettera a) *ter*, che considera sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio quelli destinati a essere utilizzati dalle piattaforme di *social media*, che sono state designate come piattaforme online di dimensioni molto grandi ai sensi dell'articolo 33 del *Digital Services Act*, per quanto concerne i loro sistemi diretti a raccomandare al destinatario del servizio i contenuti generati dagli utenti e disponibili sulla piattaforma. Si tratta di una novità che rende ancora più evidente la necessità di un coordinamento tra l'*Artificial Intelligence Act* e il *Digital Services Act*, anche in considerazione del fatto che non può non essere discutibile che i sistemi di IA destinati a essere utilizzati dalle piattaforme di *social media*, per quanto concerne i loro sistemi diretti a raccomandare al destinatario del servizio i contenuti generati dagli utenti disponibili sulla piattaforma, siano ad alto rischio sole se utilizzati da piattaforme di grandi dimensioni. Il rischio significativo di danno per i diritti fondamentali delle persone fisiche, elemento qualificante del fatto che un sistema sia ad alto rischio, può, nei fatti, prescindere dalle dimensioni delle piattaforme; dimensioni che invece sono rilevanti ai fini della qualificazione del rischio come sistemico ai sensi del *Digital Services Act*.

Esemplificativo della consapevolezza, da parte dell'Unione Europea, della possibilità di una menomazione dell'autonomia degli utenti dei servizi digitali, anche a causa dell'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale da parte dei prestatori di servizi digitali, è, altresì, l'art. 27 del *Digital Services Act*, che impone requisiti di trasparenza e prevede che i fornitori di piattaforme online che si avvalgono di sistemi di raccomandazione debbano specificare nelle loro condizioni generali, in un linguaggio chiaro e intellegibile, i principali parametri uti-

lizzati nei loro sistemi di raccomandazione, nonché qualunque opzione a disposizione dei destinatari del servizio che consenta loro di modificare o influenzare tali parametri. Questi ultimi devono chiarire il motivo per cui talune informazioni sono suggerite al destinatario del servizio e comprendere, quali elementi minimi, i criteri più significativi per determinare le informazioni suggerite al destinatario del servizio e le ragioni dell'importanza di alcuni parametri rispetto ad altri. Qualora siano disponibili diverse opzioni, per i sistemi di raccomandazione che determinano l'ordine relativo delle informazioni presentate ai destinatari del servizio, i fornitori di piattaforme online rendono disponibile anche una funzionalità che consente al destinatario del servizio di selezionare e modificare in qualsiasi momento l'opzione preferita. Tale funzionalità deve essere direttamente e facilmente accessibile dalla sezione specifica dell'interfaccia online della piattaforma online.

L'importanza dell'art. 27 del *Digital Services Act* è legata alla circostanza che la versione del *Digital Services Act* precedente agli emendamenti approvati dal Parlamento europeo il 20 gennaio 2022 individuava i rischi specifici legati all'uso dei *Recommender systems* solo con riferimento all'attività delle piattaforme di grandi dimensioni. La versione emendata invece, attraverso l'introduzione dell'articolo 27, estende gli obblighi di trasparenza relativi ai sistemi di raccomandazione a tutte le piattaforme online. Si tratta di un dato che evidenzia un'apertura del *Digital Services Act*, a fronte, invece, della limitazione alle sole piattaforme di grandi dimensioni della novità segnalata della nuova lettera A) *ter* dell'allegato III, punto 8, dell'*Artificial Intelligence Act*.

L'art. 27 del *Digital Services Act* non è l'unico a rendere evidente la preoccupazione di garantire la trasparenza dei parametri che portano a determinati esiti della ricerca online. Nella stessa direzione muove l'art. 26 del *Digital Services Act*, ai sensi del quale i *providers of online platforms* devono garantire che i destinatari delle pubblicità visualizzate sulle interfacce online delle loro piattaforme dispongano di informazioni che consentano di rendersi conto che si tratta di pubblicità, di comprendere quali siano i principali parametri utilizzati per determinare il destinatario al quale viene mostrata la pubblicità e se tali parametri siano modificabili. Sono tenuti, altresì, a fornire informazioni sulla persona fisica o giuridica per conto della quale viene presentato l'annuncio o che ha pagato l'annuncio stesso.

Il *Digital Services Act* prevede un doppio livello di tutela. Uno relativo ai rischi non sistemici, per i quali la tutela è approntata dall'art. 26 e 27 del

²⁸ Cfr. A. FUSARO, *La responsabilità giuridica alla prova delle neuroscienze*, Cacucci, 2018; C. IORIO, *Intelligenza artificiale e responsabilità: spunti ricostruttivi*, in *Tecnologie e Diritto*, 2021, 51 ss. S. ORLANDO, *Data vs capta: intorno alla definizione di dati*, in *Nuovo diritto civile*, 2022, 43. L'Autore avverte che con lo sviluppo delle tecnologie di produzione di informazione artificiale da altra informazione artificiale, si parlerà presto dei rischi, delle scommesse e dei fallimenti della conoscenza artificialmente derivata.

Digital Services Act, l'altro riferito ai rischi cd. sistemici posti in essere dalle piattaforme e dai motori di ricerca di grandi dimensioni. La sezione 5 del *Digital Services Act*, riferita appunto alle piattaforme e ai motori di ricerca di grandi dimensioni prevede, infatti, obblighi supplementari in materia di trasparenza della pubblicità online; obblighi che si sostanziano nel dovere delle piattaforme di garantire l'accesso del pubblico ai registri delle pubblicità visualizzate sulle loro interfacce online. Ciò al fine di facilitare la vigilanza e la ricerca sui rischi derivanti dalla distribuzione della pubblicità online, ad esempio in relazione alla pubblicità illegale o alle tecniche di manipolazione e di disinformazione che hanno ripercussioni negative reali e prevedibili sulla salute pubblica, sulla sicurezza pubblica, sul dibattito civico, sulla partecipazione politica e sull'uguaglianza.

La capacità delle piattaforme online di influenzare gli utenti è evidente anche se si pensa alle modalità di realizzazione delle interfacce grafiche delle piattaforme che hanno delle impostazioni assimilabili ai cosiddetti *deceptive design patterns* descritti nelle linee Guida dell'*European Data Protection Board (EDPB)* del 14 febbraio 2023.²⁹ Lo evidenzia chiaramente anche il Garante Privacy,³⁰ richiamando la potenzialità ingannevole, della scelta, non certo frutto di una mera casualità, di usare un carattere diverso per due opzioni che dovrebbero essere alternative e quindi rappresentate graficamente nello stesso modo. La realizzazione grafica di una determinata interfaccia presuppone che si conoscano, e si "sfruttino" intenzionalmente, i meccanismi che interagiscono con le capacità co-

²⁹ *Guidelines 3/2022 on Dark patterns in social media platform interfaces: How to recognize and them*, in <https://edpb.europa.eu>. La versione del 14 febbraio 2023 delle *Guidelines 3/2022* aggiorna la precedente e presenta rilevanti novità, già a partire dalla sostituzione dell'espressione "dark patterns" con "deceptive design patterns". Sull'elaborazione della figura dei *dark patterns* nella letteratura informatica nordamericana e il recente cambio di nome in *deceptive design patterns* da parte del suo teorizzatore si rimanda a S. ORLANDO, *A proposito dei deceptive design (già dark) patterns*, in corso di pubblicazione. All'Autore si rimanda anche per alcuni esempi di *deceptive design patterns*. Si veda anche S. ORLANDO, *I lividi dei minorenni sparring partners di chatGPT e l'età minima per attivare il servizio in Italia*, in *Persona e Mercato*, 2023, 3. Sul *legal design* a tutela degli utenti dai *dark pattern*, si vedano L. AULINO, *Consenso al trattamento dei dati e carenza di consapevolezza: il legal design come un rimedio ex ante*, in *Diritto dell'Informazione e dell'informatica*, 2020, 303 ss.; J. LUGURI, L. STRAHILEVITZ, *Shining a light on Dark Patterns*, in *Journal of Legal Analysis*, 2021, 43 ss.

³⁰ Provvedimento prescrittivo e sanzionatorio nei confronti di Ediscom S.p.A. - 23 febbraio 2023 in <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9870014>, 19.

gnitive dell'utente. Non è un caso che il *Digital Services Act*, sensibile a tale problematiche, all'art. 25, richiami l'attenzione su particolari tipi di pratiche che possono essere poste in essere dai fornitori di piattaforme online e che si sostanziano: nell'attribuire maggiore rilevanza visiva ad alcune scelte quando si richiede al destinatario del servizio di prendere una decisione; nel chiedere ripetutamente che un destinatario del servizio effettui una scelta laddove tale scelta sia già stata fatta, specialmente presentando *pop-up* che interferiscano con l'esperienza dell'utente; nel rendere la procedura di disdetta di un servizio più difficile della sottoscrizione dello stesso.

L'articolo 25 del *Digital Services Act* prevede, inoltre, che i fornitori di piattaforme online non debbano progettare, organizzare o gestire 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. Il dato è evidente anche nel Considerando 67) del *Digital Services Act*, ove si avverte e che i percorsi oscuri sulle interfacce online delle piattaforme online «sono pratiche 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. Tali pratiche possono essere utilizzate per convincere i destinatari del servizio ad adottare comportamenti indesiderati o decisioni indesiderate che abbiano conseguenze negative per loro». Pratiche suddette dovrebbero essere vietate nella misura in cui ingannano i destinatari del servizio o distorcono o limitano l'autonomia, il processo decisionale o la scelta dei destinatari del servizio attraverso la struttura, la progettazione o le funzionalità di un'interfaccia online o di una parte della stessa.³¹ Non si tratta evidentemente solo di ridurre la libertà del soggetto, ma di organizzarla e indirizzarla nella direzione voluta.³²

³¹ Il Considerando 67) del *Digital Services Act* specifica che le pratiche legittime, ad esempio nel campo della pubblicità, conformi al diritto dell'Unione non dovrebbero essere considerate di per sé percorsi oscuri. Tali norme sui percorsi oscuri dovrebbero essere interpretate come atte a disciplinare le pratiche vietate che rientrano nell'ambito di applicazione del *Digital Services Act* nella misura in cui tali pratiche non siano già contemplate dalla direttiva 2005/29/CE o dal Regolamento (UE) 2016/679.

³² Interessanti sul punto le osservazioni di G. PISANI, *Piattaforme digitali e autodeterminazione. Relazioni sociali, lavoro e diritti al tempo della "governamentalità algoritmica"*, Modena 2023, 42. L'Autore sottolinea la necessità di riaffermare una dimensione collettiva dell'autodeterminazione.

5. L' «influenza» digitale: oltre l'autodeterminazione come fenomeno esclusivamente individuale.

Il singolo utente dei servizi online si trova spesso succube di un potere nascosto che non può affrontare da solo. L'unica alternativa, ormai concretamente non percorribile, è l'isolamento e la rinuncia alla socialità digitale.³³

È marginale e residuale, infatti, l'ipotesi di un interesse a non essere inclusi nell'ecosistema digitale; ecosistema che, però, si presta, proprio grazie agli algoritmi finalizzati alla profilazione e al “bersaglio” dei profili individuati, a influenzare i comportamenti secondo modalità molto più incisive della pubblicità commerciale tradizionale.³⁴ Tanto è vero che si parla di *influencer*, di *influencer marketing* e di *marketer*, questi ultimi individuati in coloro che «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».³⁵ Ancora più invasivo è il cd. *content*

marketing che consiste in una strategia di marketing basata su contatti qualificati e contenuti in grado di convincere i potenziali *buyer* a diventare clienti. I contenuti del *marketing* sono il frutto dell'attività di esperti che riescono ad individuare i problemi di potenziali clienti e sanno guidarli nel risolvere i problemi che si frappongono al raggiungimento dei loro obiettivi. La maggiore pervasività di marketing è legata alla capacità di creare un legame di fiducia con i clienti, consentendogli di selezionare tra le molteplici informazioni di fronte alle quali si trovano quando si muovono sul web.³⁶

Di fronte a questo scenario ben si comprendono le preoccupazioni alle quali cercano di dare risposta l'art. 34 del *Digital Services Act* e l'art. 5 dell'*Artificial Intelligence Act*, sia pure nei limiti di coordinamento evidenziati. Il *Digital Services Act*, anche nel Considerando 69), evidenzia la circostanza che, per il tramite delle piattaforme online, possano essere poste in essere tecniche manipolative che hanno un impatto negativo su interi gruppi e sulla società, contribuendo a campagne di disinformazione e discriminazione. Di fronte a questo dato, uno sviluppo equilibrato delle tecnologie, necessita una riflessione sulla responsabilità da manipolazione come inadempimento dell'obbligazione di non manipolare; obbligazione che sorge dal fatto che lo spazio informativo digitale non è contrattuale perché in esso si agisca occasionalmente per contratto, ma perché è contrattuale la sua costituzione.³⁷

³³ Sul punto si rimanda a M. FRANZONI, *Lesione dei diritti della persona, tutela della privacy e intelligenza artificiale*, in *Juscivile*, 2021, 6. L'Autore afferma che il concentrarsi della maggior parte degli interessi della persona nello spazio digitale comporta una sorta di “socialità obbligatoria” legata all'inevitabilità della circostanza che «qualcosa di sé debba costantemente esser condiviso con gli altri», con inevitabili ripercussioni sul tradizionale diritto alla riservatezza che deve convivere oggi, al contrario di quanto accadeva prima della digitalizzazione della nostra vita quotidiana, con il fatto che certe informazioni debbano essere necessariamente comunicate a coloro con i quali si viene in contatto e al sistema che lo consente. S. ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, in *Persona e Mercato*, 2022, 530, afferma che si è soliti sottolineare che, nella materia dell'innovazione digitale, la legge deve seguire la tecnologia che cambia. L'Autore precisa che questa osservazione rischia di essere intesa in senso limitativo. Il legislatore, infatti, deve comprendere non solo i cambiamenti tecnologici, ma anche quelli dei rapporti sociali che ne conseguono e tenere conto dell'idea di socialità, che cambia anch'essa col tempo. Cfr. L. TOMASSINI, *Il grande salto: l'uomo, il digitale e la più importante evoluzione della nostra storia*, Roma, 2020; A. LONGO, G. SCORZA, *Intelligenza artificiale. L'impatto sulle nostre vite, diritti e libertà*, Milan, 2020.

³⁴ Si veda, quanto al rilievo del *marketing* per condizionare i comportamenti anche oltre le scelte di natura economica, COM (2021) 731 final, *Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo alla trasparenza e al targeting della pubblicità politica*; Cfr. EDPB, *Linee guida 8/2020 sul targeting degli utenti di social media, versione 2.0, adottate il 13 aprile 2021*, in https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-82020-targeting-social-media-users_it.

³⁵ S. ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, cit., 533. Cfr. P. KOTLER, S. HOLLENSSEN, M.O. OPRESNIK,

Social media marketing. Marketer nella rivoluzione digitale, Milano, 2019.

³⁶ Sullo stretto legame tra *marketing* digitale e tendenza all'acquisto impulsivo dei consumatori online si vedano P. AHADI, F. SABERIAN, *Comparative study of The effect of Content Marketing use on Social Networks and Traditional Marketing on Consumer Behavior*, in *Consumer Behavior Studies Journal*, 2021, 200 ss.; M. R. ZIARANI, N. JANPORS, S. M. TAGHAVI, *Effect of Digital Marketing on Customer Behavioral Intentions with the Mediation of Customer Relationship Management*, *International Conference on Entrepreneurship, Business and Online Marketing* 2023, disponibile in <https://ssrn.com/abstract=4320387>. Si vedano anche L. HAO, W. CHUNDONG, S. YONGJIE, *Survey on Personality Recognition Based on Social Media Data*, in *Journal of Frontiers of Computer Science and Technology*, 2023, 1002, dove si afferma che «personality is a stable construction, which is associated with thoughts, emotions and behaviors of human. Any technology involved in understanding, analyzing and predicting human behaviors may benefit from personality recognition. Accurately recognizing the personality will contribute to the research of human-computer interaction. Cfr. K. S. KYAW, P. TEPSONGKROH, C. THONGKAMKAEW, F. SASHA, *Business Intelligent Framework Using Sentiment Analysis for Smart Digital Marketing in the E-Commerce Era*, in *Asia Social Issues*, 2023, at <https://doi.org/10.48048/asi.2023.252965>.

³⁷ P. FEMIA, *Tumulti contrattuali. Collettivo “fluido” nei social media, socializzazione sinallagmatica, reticolarità, azione con-*



E, se è noto che i dati sono il nutrimento degli algoritmi, non è altrettanto percepito il fatto che l'uso illecito dei dati non è un problema soltanto dei singoli ma anche della collettività. Non si tratta solo del consenso dell'interessato al trattamento dei suoi dati o di un controllo sui suoi dati, ma di un problema che sta a monte e che riguarda l'interesse della collettività a che i sistemi di intelligenza artificiale non facciano un uso dei dati per finalità illecite, ossia per fini persecutori, distorsivi dei comportamenti e discriminatori o per consentire di «identificare e avvantaggiarsi di situazioni soggettive di vulnerabilità decisionale e comportamentale delle persone».³⁸

I rischi di distorsione comportamentale e di discriminazione, legati all'uso di algoritmi o di sistemi di intelligenza artificiale da parte dei prestatori di servizi digitali, impongono di non dare un ruolo decisivo al solo consenso al trattamento dei propri dati da parte dell'interessato, sia pure libero, specifico, informato e inequivocabile, ma anche al fatto che il consenso sia prestato per specifiche finalità di trattamento legittime.³⁹ Ne consegue, per esempio, che non basta un consenso per “finalità di marketing”, “finalità di profilazione” o “finalità di

trattuale comune, in C. CAMARDI (a cura di), *La via europea per l'intelligenza artificiale*, cit., 135. Secondo l'Autore manipolare significa omettere di vigilare sulle conseguenze dannose delle proprie modalità comunicative. Sul diritto alla corretta informazione si rimanda a P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 329. Cfr. F. DI CIOMMO, *Diritti della personalità tra media tradizionali e avvento di Internet*, in G. COMANDÉ (a cura di), *Persona e tutele giuridiche*, Torino, 2003, 3 ss. *Sulle responsabilità delle piattaforme nei contratti della platform economy*, si veda S. Martinelli, *Le responsabilità delle piattaforme nei contratti della platform economy*, Torino, 2023, 191 ss.

³⁸ Il dato è evidenziato da S. ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, cit., 537. L'Autore dice chiaramente che «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».

³⁹ S. ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, cit., 527 e ss. propone interessanti esempi delle conseguenze legate a un approccio non funzionale al tema del consenso dell'interessato al trattamento dei propri dati. Gli esempi proposti si rilevano particolarmente significativi in quanto tratti da un confronto con l'EDPB, *Linee guida 8/2020 sul targeting degli utenti di social media, versione 2.0, adottate il 13 aprile 2021*. All'Autore si rimanda anche per l'esame del parere congiunto EDPB-GEPD n. 5/2021 del 18 giugno 2021 sulla proposta di *Artificial Intelligence Act*, in <https://edpb.europa.eu/our>

targeting». Tali finalità, nella loro genericità, possono essere sia legittime sia illegittime. Saranno illegittime, per esempio, se poste in essere per individuare e sfruttate specifiche vulnerabilità o per fini discriminatori.⁴⁰

In un contesto nel quale gli algoritmi sono progettati per perseguire specifiche finalità e nel quale l'Unione Europea ha scelto, sia nel *Digital services Act*, sia nell'*Artificial Intelligence Act*, un approccio basato sul rischio di effetti negativi sui diritti fondamentali, la legittimità del consenso al trattamento dei dati non può prescindere dalla liceità delle finalità perseguite per il trattamento stesso. La prospettiva deve essere quella della tutela di un interesse non solo privato ma anche della collettività.

6. L'uso di algoritmi da parte dei prestatori di servizi digitali e il difficile delinearli di un loro ruolo meramente passivo.

L'uso di algoritmi da parte dei prestatori di servizi digitali incide sulle loro responsabilità, nonostante il *Digital Services Act* sia esplicito nel chiarire che, non solo non pregiudica, ma si fonda in primo luogo sulla Direttiva 2000/31/CE e sull'assenza di un obbligo generale di sorveglianza, il cd. *no general monitoring or active fact-finding obligations*.⁴¹ In altri termini, il *Digital Services Act*, sia pure rima-

⁴⁰ Cfr. S. ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, cit., 537. C. PERLINGIERI, *Creazione e circolazione del bene prodotto dal trattamento algoritmico dei dati*, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA, I. PRISCO (a cura di), *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, Napoli, 2020, 177.

⁴¹ A modello è stata presa la sezione 512 del *Digital Millennium Copyright Act (DMCA)*. Sul punto si veda R. PETRUSO, *Responsabilità delle piattaforme online, oscuramento di siti web e libertà di espressione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2018, 511 ss. Sul punto si veda R. COSIO, *La responsabilità del prestatore di servizi di hosting*, in www.juscivile.com, 2020, 898. Ivi si analizza la giurisprudenza della Corte di giustizia in base alla quale si ritiene che non si ponga in contrasto con l'esclusione dall'obbligo generale di sorveglianza attiva *ex ante* dei contenuti pubblicati dagli utenti, previsto dall'art. 15 della direttiva, l'ordine del giudice al gestore del *social network* di rimozione delle informazioni dal contenuto identico e/o equivalente a quello di un'informazione precedentemente dichiarata illecita, ove sia assicurato il rispetto di due condizioni. Da una parte, la sorveglianza e la ricerca attiva sia limitata a contenuti, in sostanza, invariati rispetto a quelli che hanno dato luogo all'accertamento di illiceità. Dall'altra parte, i contenuti equivalenti da rimuovere vengano individuati dall'autorità giurisdizionale o amministrativa in maniera chiara e precisa, in modo tale che il prestatore di servizi non debba essere costretto a effettuare una valutazione autonoma sugli stessi, potendo ricorrere a procedure automatizzate.

nendo fedele all'impianto della Direttiva 2000/31/CE con riferimento al cd. *hosting provider* passivo, sembra delineare una figura di *provider* nella maggior parte dei casi necessariamente attivo in quanto pone in essere una serie di attività che vanno al di là dalla semplice intermediazione⁴². Si pensi al disposto dell'art. 14 del *Digital Services Act*. La norma prevede che i fornitori di servizi di intermediazione sono tenuti a informare su eventuali politiche, procedure, misure e strumenti utilizzati ai fini della moderazione dei contenuti, compresi il processo decisionale algoritmico e la verifica umana. Nell'applicare eventuali restrizioni previste nelle condizioni generali del servizio, relative a tali eventuali politiche e procedure, i fornitori di servizi devono agire in modo diligente, obiettivo e proporzionato, tenendo debitamente conto dei diritti e degli interessi legittimi di tutte le parti coinvolte, compresi i diritti fondamentali dei destinatari del servizio. Questa norma, che tra l'altro si applica indistintamente a tutti i fornitori di servizi di intermediazione, sembra interpretabile nel senso che la previsione di strumenti di moderazione di contenuti implica di per sé, necessariamente, il compimento di un'attività, tra l'altro particolarmente delicata, in quanto necessariamente attenta ai diritti e agli interessi legittimi di tutte le parti coinvolte. Ulteriori specifici obblighi per i *providers of online platforms*, incompatibili con loro ruolo meramente "passivo" sono funzionali al raggiungimento degli obiettivi di interesse pubblico perseguiti dal *Digital Services Act*. Tra questi obiettivi c'è la tutela dei minori.⁴³ Il nuovo articolo 28 è, infatti, specificata-

mente dedicato alla *online protection of minors* e, sebbene, i *providers of online platforms* non siano obbligati a trattare dati personali ulteriori per valutare se il destinatario del servizio sia minore, devono mettere in atto adeguate e proporzionate misure per garantire che nel fornire i loro servizi sia assicurato un elevato livello di tutela della vita privata, di sicurezza e di protezione dei minori.⁴⁴

I prestatori di servizi digitali destinati principalmente ai minori, ad esempio, attraverso la progettazione o la commercializzazione del servizio, o che sono utilizzati prevalentemente da minori, dovrebbero compiere sforzi particolari per rendere la spiegazione delle loro condizioni generali facilmente comprensibile ai minori.⁴⁵

Alle piattaforme *online* e alle *very large online platforms* non può che attribuirsi un ruolo attivo se si considerano tutte le nuove previsioni della sezione 4 relativa ai *providers of online platforms allowing consumers to conclude distance contracts with traders*.

L'articolo 30 del *Digital Services Act* prevede che piattaforme *online* - qualora consentano agli operatori commerciali di utilizzare i propri servizi per pubblicizzare o offrire prodotti ai consumatori - devono ottenere le informazioni necessarie per l'identificazione del professionista secondo il modello del cd. "*Know your customer*". Rispetto a tali informazioni, il ruolo delle piattaforme *online* non può essere meramente passivo, in quanto sono tenute a compiere i massimi sforzi possibili, ai sensi dell'art. 30, per stabilire se le stesse siano attendibili. Si tratta della cd. tracciabilità degli operatori commerciali, finalizzata a contrastare la vendita di prodotti contraffatti *online*. L'attenzione alla tracciabilità del professionista è garantita anche da spe-

veda COM/2020/624 final, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Digital Education Action Plan 2021-2027. Resetting education and training for the digital age*, in <https://eur-lex.europa.eu>. See also COM(2021) 142 final, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, EU strategy on the rights of the child*, in <https://eur-lex.europa.eu>, ove si legge che «children's rights are human rights. Every child in Europe and across the world should enjoy the same rights and be able to live free of discrimination, recrimination or intimidation of any kind. This is a social, moral and human imperative on which children – who account for almost one in five people living in the EU and one in three in the world – and the wider community depends on».

⁴⁴ L. GUIBAULT, N. HELBERGER, M. LOOS, C. MAK, L. PESSERS, B. VAN DER SLOOT, *Digital Consumers and the Law. Towards a Cohesive European Framework*, Alphen aan den Rijn, 2012.

⁴⁵ È quanto previsto dal Considerando 46) del *Digital Services Act*. Sul punto è di particolare interesse anche il Considerando 83) con riferimento agli obblighi verso i minori.

⁴² P. ROTT, *New Liability of Online Marketplaces Under the Digital Services Act?*, in *European Review of Private Law*, 2022, 1039 ss. S. TOMMASI, *The Liability of Internet Service Providers in the Proposed Digital Services Act*, in *European Review of Private Law*, 2022, 925 ss. G. D'ALFONSO, *Verso una maggiore responsabilizzazione dell' hosting provider tra interpretazione evolutiva della disciplina vigente, innovazioni legislative e prospettive de jure condendo*, in *Federalismi.it*, 2020, 108.

⁴³ Il problema è molto complesso e riguarda, più in generale, il rapporto tra i minori e l'uso delle tecnologie digitali. Su questi temi si rimanda a R. BOGANI, B. SCHAFER, *Artificial Intelligence and Children's Rights*, in M. IENCA, O. POLLICINO, L. LIGUORI, E. STEFANINI, R. ANDORNO (a cura di), *The Cambridge Handbook of Information Technology, Life Sciences and Human Rights*, Cambridge, 2022, 215 ss. Di particolare rilievo è quanto si legge in V. CHARISI, S. CHAUDRON, R. DI GIOIA, R. VUORIKARI, M. ESCOBAR-PLANAS, I. SANCHEZ, E. GOMEZ, *Artificial Intelligence and the Rights of the Child. Towards an Integrated Agenda for Research and Policy, Report by the Joint Research Centre (JRC), European Commission's science and knowledge service*, Luxembourg, 2022. Il report si sofferma sull'obiettivo «to connect scientific evidence with policymaking, to gain insights of the interplay between different stakeholders, and to go beyond the identification of ethical guidelines towards methods for practical future implementations». Si

cifiche prescrizioni in tema di *compliance by design*, in quanto i fornitori di piattaforme *online* devono progettare e organizzare la propria interfaccia in modo da consentire ai professionisti di fornire ai consumatori alcune informazioni rilevanti per essere identificabili. Ma non solo, ai sensi dell'art. 31, i providers of online platforms allowing consumers to conclude distance contracts with traders devono anche compiere sforzi ragionevoli per verificare, sia pure in modo casuale, se i prodotti o servizi offerti sono stati identificati come illegali in qualsiasi *database online* ufficiale, liberamente accessibile e leggibile da dispositivo automatico o interfaccia *online*.⁴⁶

Esemplificativo è anche il caso dell'attività che consiste nell'ottimizzare la presentazione delle offerte in vendita o nel promuoverle nel mercato *online*.⁴⁷ Anche se con specifico riferimento alle sole

⁴⁶ Si fa un passo in avanti rispetto ad altre, sia pure recenti, normative europee. Si pensi alla Direttiva (UE) 2019/2161, ai sensi della quale, per effetto dell'introduzione dell'art. 6 bis, par. 1, lett. b, della Direttiva 2011/83, il fornitore di un mercato *online* ha l'obbligo di informare i consumatori se il terzo che offre beni, servizi o contenuti digitali sia un professionista o meno, avvertendo che, qualora non si interfacci con un professionista, non potrà godere della tutela riservata ai rapporti tra consumatore e professionista. E, se è vero che il fornitore del mercato *online* non fornisce alcuna garanzia sulla qualifica del terzo, limitandosi a riportare la dichiarazione da questi pervenuta, è altrettanto vero che l'informazione circa la qualità soggettiva del terzo assume un carattere di tale rilevanza che la sua omissione può integrare gli estremi di una pratica commerciale ingannevole. Cfr. S. TOMMASI, *The 'New Deal' for Consumers: Towards More Effective Protection*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2020, 329 ss.; G. HIWATASHI DOS SANTOS, *A "New Deal for Consumers"? The European Regulatory Framework for Online Search Queries and Rankings under the Omnibus Directive (Directive (EU) 2019/2161)*, in *Anuário do NOVA Consumer Lab*, 2020, 73 ss. In giurisprudenza si veda *Autorité de la concurrence, Decision 19-MC-01 of 3 January 2019 regarding a request for interim measures from Amadeus*, in <http://www.autoritedelaconurrence.fr>.

⁴⁷ Si veda ECJ 12 luglio 2011, *L'Oréal v. Ebay*. Nel caso di specie la Corte afferma che *Ebay* non aveva posto in essere una mera vetrina *online*, ma svolto un'attività di organizzazione delle offerte, promozione dei prodotti e indicizzazione dei risultati della ricerca tale da attribuirgli un ruolo diverso da quello che giustifica il favor della direttiva 2000/31/CE. Sul punto si rimanda a P. V. ECKE, *Online service providers and liability: a plea for a balanced approach*, in *Common Market Law Review*, 2011, 1455 ss, ove si afferma che sarebbe opportuno un approccio equilibrato in cui il regime di protezione dell'intermediario possa essere salvaguardato, pur tutelando i terzi che possono vedere violati i loro diritti su *Internet*. Nota è anche ECJ 23 marzo 2010, *Google v. Luis Vuitton*, in *curia.europa.eu/juris*. In relazione alla responsabilità di un privato prestatore di servizi di locazione e registrazione di indirizzi IP che consentiva di utilizzare anonimamente nomi di dominio e siti *internet* non si è escluso che il giudice di rinvio possa, alla luce dell'insieme degli elementi di fatto e di prova pertinenti, verificare che questi svolga un ruolo attivo in quanto consente ai destinatari dei servizi di ottimizzare la loro attività di vendita

piattaforme *online*, il *Digital Services Act* si presenta molto rigoroso nel disciplinare le transazioni commerciali intermedie *online*. Nel Considerando 23) e all'articolo 6 (3) si prevede, infatti, che se le piattaforme *online* consentono ai consumatori di concludere contratti a distanza con operatori commerciali, non possono beneficiare dell'esenzione dalla responsabilità nella misura in cui presentino le relative informazioni in modo tale da indurre un consumatore medio a ritenere che siano a conoscenza delle informazioni o le controllino, anche se in realtà potrebbe non essere così.⁴⁸

online. In questa direzione muove, in particolare, ECJ 7 agosto 2018, *Cooperatieve Vereniging Snb-React U.A. v. Deepak Mehta*⁴⁷, C-521/17. In molti casi, l'attenzione del consumatore è concentrata sul rapporto instauratosi con la piattaforma che funge da intermediario (il rapporto p2c: *Platform to consumer*), piuttosto che sul secondo rapporto conclusosi con il fornitore del bene o servizio offerto sulla piattaforma. In questi termini G. VERSACI, *Le tutele a favore del consumatore digitale nella "Direttiva omnibus"*, in *Persona e Mercato*, 2021, 586 ss. Cfr. sul punto A. PALMIERI, *Profili giuridici delle piattaforme digitali. La tutela degli utenti commerciali e dei titolari di siti web aziendali*, Torino, 2019, 18 ss.

⁴⁸ Cfr. ECJ, (Grand Chamber) 22 dicembre 2022, *Christian Louboutin v. Amazon Europe Core Srl and Others*. La Corte di Giustizia, con la pronuncia in questione, chiarisce i dubbi dei giudici nazionali affermando che l'uso di un marchio da parte del gestore di una piattaforma può essere vietato dal titolare del marchio se le attività di questo operatore della piattaforma portino il consumatore della piattaforma stessa, normalmente informato e attento, a stabilire un legame fra i servizi del gestore e il marchio in questione. Secondo la Corte, questo caso si verifica in particolare quando il cliente ha l'impressione che sia il gestore stesso della piattaforma a commercializzare per proprio conto i prodotti recanti il marchio. Si veda anche Cal. Ct. App., 13 agosto 2020, 4th Dist., No. D075738 – *Bolger vs Amazon.com Inc.*, in <https://www.courts.ca.gov/4dca.htm>, 26. La Corte, pur ribadendo l'impostazione tradizionale in base alla quale l'operatore di servizi di marketplace non è responsabile dei danni causati da prodotti venduti da altri tramite la piattaforma, ha, però, specificato, che nel caso di specie, Amazon è «an integral part of the overall producing and marketing enterprise», può essere «the only member of that enterprise reasonably available to the injured plaintiff» e, inoltre, assume «the best position to ensure product safety». Per un primo commento si vedano G. BERTELLI, M. CORSI, *Amazon è responsabile per i danni causati dalla merce venduta in California. Analisi della sentenza ed applicabilità al contesto normativo europeo*, in www.iusinitinere.it. R. PETRUSO, *Danno da prodotto difettoso e responsabilità delle piattaforme*, cit., 61, afferma che *Court of Appeal* della California nel caso *Bolger v. Amazon* e la più recente decisione resa il 26 aprile 2021 nel caso *Loomis v. Amazon*, 6 5th Dist., 466 accorciano lo iato tra progresso tecnico e sociale e realtà giuridica nella nuova filiera distributiva delle vendite a distanza dominate da piattaforme di *e-commerce*. In direzione analoga si è mosso anche il Tribunale di Milano con ordinanza del 19 ottobre 2020, accogliendo il ricorso proposto dal produttore di alcuni prodotti di profumeria di lusso offerti in vendita, promozione e pubblicizzazione sul marketplace *online* di Amazon. In particolare, il Tribunale ha ritenuto che Amazon abbia ruolo attivo quando, come nel caso di specie, agisce in modo tale che i consumatori possano ritenere esistente un le-

7. Le diverse espressioni dell'approccio basato sul rischio e l'importanza delle regole dell'attività.

L'*Artificial Intelligence Act* e il *Digital Services Act*, sebbene condividano lo stesso obiettivo di tutela dei diritti fondamentali e dei valori democratici come controlimiti al predominio delle logiche di puro mercato nella società algoritmica, rappresentano espressioni molto diverse dell'approccio basato sul rischio nell'UE.⁴⁹ Il dato è emerso anche nel confronto con l'approccio basato sul rischio nel Regolamento generale sulla protezione dei dati (*GDPR*).⁵⁰ Segnatamente, quest'ultimo segue una prospettiva che può dirsi di *bottom-up*, nel senso che la valutazione del rischio e la scelta delle misure di mitigazione non sono definite dalla legge, ma sono principalmente lasciate alla discrezionalità degli stessi destinatari della regolazione, vale a dire ai titolari e ai responsabili del trattamento dei dati. In tal senso, il principio di *accountability*⁵¹ è il risultato di una strategia legislativa volta a ridurre fortemente l'imposizione di oneri provenienti "dall'alto".⁵² L'*Artificial Intelligence Act* assume un punto di vista molto diverso, poiché individua direttamente le diverse categorie di rischio e i gradi di responsabilità, secondo un approccio che può chia-

game tra Amazon e le aziende produttrici dei prodotti venduti sulla piattaforma. Può ritenersi sussistere tale legame quando Amazon gestisce un servizio clienti per le inserzioni di vendita di terzi, che costituisce l'unico servizio di cui il cliente dispone per potersi interfacciare con il venditore oppure è responsabile di un'attività promozionale anche tramite inserzioni su siti internet di terzi.

⁴⁹ G. DE GREGORIO, P. DUNN, *The European Risk-Based Approaches*, cit., 473 ss. Per un confronto tra la *Proposed Artificial Intelligence Act* e l'*EU data protection acquis*, si vedano G. MAZZINI, S. SCALZO, *The Proposal for the Artificial Intelligence Act: Considerations around Some Key Concepts*, in C. CAMARDI, *La via europea per l'intelligenza artificiale*, Milano, 2022, 35 ss.

⁵⁰ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (Regolamento generale sulla protezione dei dati), in <https://eur-lex.europa.eu>.

⁵¹ Cfr. G. FINOCCHIARO, *La proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale*, cit., 30. L'Autrice evidenzia che si tratta di un modello già scelto nel *Gdpr* con la differenza che nel *Gdpr* il sistema di gestione è basato sull'*accountability* e sulla valutazione del rischio da parte del titolare del trattamento dei dati, in quanto soggetto che si trova nella migliore posizione per gestire il rischio. Nell'*Artificial intelligence Act* l'approccio è diverso perché è il legislatore che decide quali sono i sistemi ad alto rischio e come il rischio che essi procurano debba essere affrontato.

⁵² In questi termini G. DE GREGORIO, P. DUNN, *The European Risk-Based Approaches*, cit., 476.

marsi di *top-down*, in quanto non lascia il compito di valutare tale rischio ai soggetti regolamentati. Il *Digital Services Act* mira a creare un sistema ibrido, che mescoli le due opposte prospettive del *GDPR* e dell'*Artificial Intelligence Act*, individuando dall'alto verso il basso quattro categorie di rischio per i fornitori di servizi di intermediazione, lasciando loro ampio margine di manovra per scegliere quali misure adottare per ridurre le esternalità negative che le loro attività comportano.⁵³

Ci troviamo di fronte a varie aggettivazioni del rischio, non accompagnate da una uniforme e chiara definizione di cosa si intenda per rischio, così che si finiscono per lasciare dei nodi irrisolti e per affidarsi troppo alla costruzione di un complesso quadro burocratico costretto a lavorare su labili distinzioni.⁵⁴

Si lega l'alto rischio alla probabilità che si verifichino eventi considerati negativi. In questa prospettiva però si dà rilievo a problemi propri della statistica e non del rischio, eppure la statistica riguarda il passato, mentre il rischio è proiettato nel futuro.⁵⁵

Il rischio, inoltre, non deve confondersi con il pericolo. Il rischio è un vincolo del futuro che rende possibile l'agire alle condizioni del non sapere alle

⁵³ G. DE GREGORIO, P. DUNN, *The European Risk-Based Approaches*, cit., 477. Cfr. A. MANTELERO, *La gestione del rischio nel GDPR: limiti e sfide nel contesto dei Big data e delle applicazioni di Artificial intelligence*, in A. MANTELERO, D. POLETTI, *Regolare la tecnologia il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo tra Italia e Spagna*, Pisa, 2018, 299 ss. Z. LI, *Affinity-based algorithmic pricing: A dilemma for EU data protection law*, in *Computer Law & Security Review*, 2022, 4, evidenzia che le norme sul *GDPR* hanno il vantaggio di basarsi su meccanismi di tutela *ex ante* e non solo *ex post* «taking a risk-based approach to prevent the misuse of personal data».

⁵⁴ Cfr. D. LUPTON, *Digital risk society*, in J. ZINN, A. BURGESS, A. ALEMANNI (a cura di), *Handbook of Risk Studies*, Londra, 2016, 301 afferma che «as social life and social institutions have become experienced and managed via novel forms of digital technologies, and as both public and personal spaces as well as human bodies have become increasingly monitored by digital surveillance devices and sensors, a new field of risk inquiry has opened up in response to what might be termed 'digital risk society'».

⁵⁵ Solo nel *Draft Compromise Amendments* del 16 maggio 2023, cit., si trova una definizione di rischio. Si legge all'articolo 3 che «risk' means the combination of the probability of an occurrence of harm and the severity of that harm». La definizione è stata confermata dagli *Amendments adopted by the European Parliament on 14 June 2023*, cit., ove si trova anche una definizione di rischio significativo (emendamento 167), come «(un rischio che è significativo per la combinazione della sua gravità, intensità, probabilità che si verifichi e della durata dei suoi effetti e della sua capacità di incidere su una persona, su una pluralità di persone o su un particolare gruppo di persone».



quali nel presente si effettuano le scelte.⁵⁶ Il rischio non è pensato come un dato oppure una sorta di realtà sotterranea che scorre occulta al di sotto dell'agire, né come l'opposto della sicurezza cioè di

«una condizione artificiale di stabilità e di certezza che si assume come razionale».⁵⁷

Il rischio, in altri termini, non è una realtà ma la possibilità di un evento dannoso che un'altra decisione avrebbe potuto evitare. Se ho la possibilità di scelta si tratta di rischio, altrimenti se è inevitabile che il danno si verifichi sono di fronte a un pericolo.⁵⁸ Il rischio, allora, non va visto come la rottura di un ordine che, altrimenti, continuerebbe a sussistere, ma, piuttosto, un modo attraverso il quale i sistemi sociali si adattano alla complessità del loro ambiente e la società moderna è società del rischio nel senso che «ha realizzato condizioni che le permettono di costruire futuri differenti, di mantenere alta la contingenza degli eventi, cioè di tenere aperte sempre più possibilità e, quando in conseguenza di una decisione si verifica un eventuale danno che si sarebbe voluto evitare, di sapere che un'altra decisione avrebbe potuto evitarlo».⁵⁹

L'alternativa al rischio, dunque, non è la sicurezza ma il pericolo,⁶⁰ a ulteriore conferma che rischio e pericolo non sono assimilabili. Tanto è vero che, quanto più si incrementano le misure di sicurezza più si incrementano i rischi.⁶¹

In questa prospettiva il rischio è un'opportunità, perché, a differenza del pericolo, presuppone la possibilità di incidere sull'evento finale. Il dato, riferito e applicato alle problematiche poste dai si-

294 ⁵⁶ R. DE GIORGI, *Il rischio nella società contemporanea*, in *Temi di filosofia del diritto*, vol. II, Lecce, 2015, 56. N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, Milano, 1996, afferma, 14, che se si cercano definizioni del concetto di rischio ci si trova subito nella nebbia fitta e si ha l'impressione di non poter vedere al di là del proprio naso. Basti pensare che, con riferimento al tema del rischio, si pone il problema di quale idea di razionalità, di decisione, di tecnica, di futuro o semplicemente di tempo sia presupposta. L'impossibilità di enunciare principi generali in termini di rischio è stata evidenziata anche con riferimento a singoli ambiti. Si pensi nello specifico a quello contrattuale, in quanto ogni tipo di contratto reca in sé criteri specifici di ripartizione del rischio che obbediscono a ragioni di giustizia distributiva. Si consideri il rischio dell'inadempimento, legato alla circostanza che una delle prestazioni non venga eseguita oppure al rischio di diminuita soddisfazione economica dell'affare per la preesistenza o sopravvenienza di circostanze che non comportano inadempimento in senso tecnico ma sconvolgono l'economia originaria dell'affare. Sul punto cfr. G. ALPA, *Rischio*, in *Enc. dir.*, 1989, vol. 40, 1144 ss.; ID., *Rischio contrattuale*, in *Noviss. Dig.*, Appendice, Torino, 1986, vol. VI, 863 ss.; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975; ALPA, BESSONE e ROPPO, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982; R. NICOLÒ, *Alea*, *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, I, 1024 ss. Con il complicarsi di tali problematiche a seguito degli sviluppi dei sistemi di IA, l'attenzione degli interpreti si incentra anche sulla circostanza che tali sistemi possano ridurre i rischi legati all'esecuzione del contratto, in quanto si viene a creare una situazione simile a quella derivante dalla clausola *solve et repete*. Sul punto cfr. D. DI SABATO, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 2017, 378 ss. e in G. PERLINGIERI, A. FACHECHI, (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, I, Napoli, 2017, 387 ss.; T. PELLEGRINI, *Prestazioni auto-esecutive. Smart contract e dintorni*, in *Comparazione e diritto civile*, 2019, 843 ss. Più in generale, sull'impatto delle nuove tecnologie nella formazione del contratto, si vedano F. DELLA ROCCA, *Il contratto tra tecnologia e diritti fondamentali*, in *Tecnologie e Diritto*, 2022, 250 ss. M. DUROVIC, A. JANSSEN, *The Formation of Blockchain-based Smart Contracts in the Light of Contract Law*, in *European Review of Private Law*, 2018, 753. Per una riflessione sulla storia del rischio si veda M. ALABRESE, *Riflessioni sul tema del rischio nel diritto agrario*, Pisa, 2009, 4. Nel senso che il rischio inerisca più alle obbligazioni che al contratto è G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, 19 ss. In diversa prospettiva G. PACCHIONI, *Obbligazioni*, Milano, 1898, 344. Sul rapporto tra rischio e perdite economiche cfr. M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975; E. GABRIELLI, *Alea e rischio nel contratto*, Napoli, 1997, 115; ID., *Il rischio contrattuale*, in *I contratti in generale*, Torino, 1991, 634 ss.; S. ORLANDO, *Rischio e vendita internazionale*, Milano, 2002; P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, Milano, 2006, 288, afferma che quando si parla di rischio contrattuale, in generale, si intende l'eventualità che gli interessi divisati nel contratto non si realizzino a causa di una serie di fattori non imputabile ad alcuna delle parti. Sul punto si rimanda al pensiero di E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. I. *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, 154.

⁵⁷ R. DE GIORGI, *Il rischio nella società contemporanea*, cit., 61.

⁵⁸ Con particolare riferimento al nesso tra sistemi di intelligenza artificiale e responsabilità, quando la prima assume decisioni imprevedibili e indipendenti dalla persona, si veda E. CATERINI, *Artificial Intelligence, persona e soggetto*, in *Tecnologie e Diritto*, 2022, 207.

⁵⁹ R. DE GIORGI, *Il rischio nella società contemporanea*, cit., 62.

⁶⁰ Sulla distinzione tra rischio e pericolo si rimanda a N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, cit., 14 ss., ove si afferma che rispetto all'incertezza in riferimento ai danni futuri, ci sono due possibilità: o l'eventuale danno viene visto come conseguenza della decisione, cioè viene attribuito ad essa e parliamo allora di rischio, per la precisione di rischio della decisione; oppure si pensa che l'eventuale danno sia dovuto a fattori esterni e viene quindi attribuito all'ambiente: parliamo ora di pericolo.

⁶¹ I sistemi di intelligenza artificiale ci pongono davanti a un non sapere. R. DE GIORGI, *Il rischio nella società contemporanea*, in *Temi di filosofia del diritto*, vol. II, Lecce, 2015, 56, fa notare che quanto più si estende il sapere, tanto più si estende il non sapere, dato che più si estende la conoscenza, più si estende il non sapere delle conseguenze e, dunque, il rischio. L'Autore afferma che l'attualità è esemplificativa sul punto «la scoperta di un virus rende evidente il non-sapere del trattamento e quindi il rischio del contagio. La scoperta del trattamento rende evidente il non-sapere delle conseguenze, la scoperta di alcuni effetti rende evidente il non-sapere di altri». Cfr. M. BORRELLO, *La rappresentazione del rischio e il non sapere saputo*, in R. DE GIORGI (a cura di), *Limiti del diritto*, Lecce, 2018, 499 ss.

stemi di intelligenza artificiale, risulta particolarmente interessante perché evidenzia la centralità dell'*human oversight* e la necessità di una forma di coinvolgimento umano rispetto all'*output* prodotto da un sistema di intelligenza artificiale.⁶² Altrimenti, se escludiamo ogni forma di controllo sul meccanismo della decisione e ogni tipo di intervento umano, allora non c'è possibilità di partecipazione umana alla decisione e, dunque, dovremmo rassegnarci e abbandonarci a sistemi di intelligenza artificiale pericolosi.

Di fronte a un'attività organizzata per incidere sulle decisioni del soggetto, non bastano le regole del rapporto, così che è da evidenziare l'attualità del pensiero di quanti, già agli albori della legislazione di derivazione europea, segnalavano che è riduttiva una lettura che non tenga conto che, in presenza di una attività di impresa, il processo della negoziazione, cui si indirizza l'operatore economico, acquista, in ragione proprio del suo carattere di massa, un rilievo autonomo e temporalmente anticipato rispetto alle singole effettive operazioni negoziali.⁶³ Il che

implica che non siano sufficienti le regole dell'atto, ma occorrono anche quelle dell'attività e dei rischi che la stessa pone in essere semplicemente per il fatto che si svolge.⁶⁴ Anche con riferimento all'attività di prestazione di servizi digitali, l'ontologica incidenza di massa dell'attività, da un lato favorisce l'individuazione di specifici interessi collettivi da tutelare, dall'altro giustifica tecniche di tutela anche preventive, ossia in grado di intervenire ancor prima che l'attività preparatoria della commercializzazione si sia esaurita avendo trovato sbocco nella stipula dei singoli contratti.⁶⁵

I limiti legati alla mancanza di una considerazione sistemica dell'attività sono evidenziati anche nel settore del trattamento dei dati personali, ove ci si è resi conto che il tema deve essere trattato non solo secondo la prospettiva della lesione dei diritti della personalità, ma anche a un livello più generale, con riferimento alla tenuta e alla affidabilità del sistema di circolazione dei dati personali e dei rischi ai quali è esposto il «mercato» dei dati personali.⁶⁶ Le pra-

⁶² L'*Artificial Intelligence Act* è esplicito nel riconoscere un ruolo centrale all'*Human oversight*. Si prevede, infatti, per alcuni *high-risk AI systems*, l'insufficienza anche del coinvolgimento di una sola persona umana, esigendosi che «no action or decision is taken by the user on the basis of the identification resulting from the system unless this has been verified and confirmed by at least two natural persons». Cfr. A. PAJNO, M. BASSINI, G. DE GREGORIO, M. MACCHIA, F. P. PATTI, O. POLLICINO, S. QUATTROCOLO, D. SIMEOLI, P. SIRENA, *AI: profili giuridici. Intelligenza Artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista*, in *Rivista di BioDiritto*, 2019, 13. J. DAVIS, *AI, Ethics, and Law: A Way Forward*, in M. IENCA, O. POLLICINO, L. LIGUORI, E. STEFANINI, R. ANDORNO (a cura di), *The Cambridge Handbook of Information Technology, Life Sciences and Human Rights*, Cambridge, 2022, 304. L'*Human oversight*, d'altronde, è uno dei sette requisiti fondamentali per un'intelligenza artificiale affidabile. Lo si evince già dalla Comunicazione della Commissione Europea del 2019, COM (2019) 168 final, ma il dato è reso esplicito nella Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020, sulla legge sui servizi digitali. Ivi si prevede espressamente che occorre rispettare il principio del controllo dell'uomo sulla macchina per prevenire l'aumento dei rischi per la salute, la sicurezza, la discriminazione, l'indebita sorveglianza, gli abusi e le potenziali minacce ai diritti e alle libertà fondamentali. E. GIORGINI, *Algorithms and Law*, in *The Italian Law Journal*, 2019, 145. Sull'uomo come presupposto essenziale destinato a misurare l'essenza della giuridicità si veda C. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'utilizzazione della tecnologia robotica nei rapporti civili*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, 1235.

⁶³ Cfr. A. IANNARELLI, *Il contratto in generale ed i contratti agrari tra disciplina municipale e normativa comunitaria*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 231; ID., *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, III, *L'attività e il contratto*, Padova, 2003, 6; F. ALCARO, *L'attività. Profili ricostruttivi e prospettive applicative*, Napoli, 1999; ID., *La categoria dell'attività: profili ricostruttivi (Atti e attività. L'attività di impresa)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 417;

ID., *Attività e soggettività: circolarità funzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 883.

⁶⁴ A. IANNARELLI, *La tutela dei consumatori nella negoziazione fuori dai locali commerciali: introduzione generale*, in A. IANNARELLI (a cura di), *Le vendite aggressive. Vendite stipulate fuori dai locali commerciali e vendite stipulate a distanza nel diritto italiano ed europeo*, Napoli, 1995, 30. Ivi si nota che già l'art. 11 del d. lg. n. 50 del 1992, nel disporre misure appropriate per la tutela dei consumatori qualora non venga fornita l'informazione sul diritto di recesso, ha tenuto distinte le conseguenze miranti a sanzionare la violazione della disciplina dettata per l'attività di negoziazione, da quelle direttamente volte a proteggere i consumatori vittime in concreto di quella medesima violazione. Quanto alla considerazione dell'attività come serie di atti, si vedano G. AULETTA, *Attività*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, III, 982; V. COLUSSI, *Capacità e impresa*, I, *L'impresa individuale*, Padova, 1974, 8; N. RONDINONE, *L'«attività» nel codice civile*, Milano, 2001, spec. 385. Nel senso della necessità di non esaurire il rilievo dell'attività nella serie degli atti che la compongono è F. ALCARO, *L'attività*, cit., p. 35. L'Autore afferma che l'attività è svolgimento di per sé stesso significante, fisiologicamente permanente, non destinato a esaurirsi in un risultato statico finale di cui costituisca il logico e naturale antecedente.

⁶⁵ Cfr. IANNARELLI, *Presentazione*, in S. TOMMASI, *Le pratiche commerciali scorrette e disciplina dell'attività negoziale* Bari, 2012, 12.

⁶⁶ V. RICCIUTO, *La gestione del rischio nell'attività di trattamento dei dati personali*, in *Responsabilità d'impresa*, 2022, 7. L'Autore afferma che il discorso sulla gestione del rischio non può limitarsi al tema della mera pericolosità dell'attività in termini civilistici classici, ma deve essere affrontato con riguardo alla natura e al contenuto degli obblighi che caratterizzano lo svolgimento di una determinata attività. Sul punto si rimanda a P. PERLINGIERI, *Privacy digitale e protezione dei dati personali tra foro e mercato*, in *Foro. Nap.*, 2018, 481; V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 54 ss.; ID., *L'equivoco del-*

tiche invasive diventano *routine* attraverso esposizioni ripetute che ci abituanano a essere vulnerabili,⁶⁷ spesso anche nell'errata percezione di aver accesso gratuitamente a servizi digitali erogati, in realtà, in cambio di dati.⁶⁸

A fronte dello scenario descritto non stupisce che emerge un nuovo concetto di vulnerabilità, non legato a *deficit* fisiologici-cognitivi degli esseri umani, ma alla loro stessa condizione di esseri umani che operano in un ambiente digitale.⁶⁹ Vulnerabilità

che si accentuano a causa di sistemi in grado di delineare profili digitali in base ai quali alcune persone, che si trovano in situazioni di disagio o bisogno, finiscono per essere escluse dalle opportunità tradizionali, come il lavoro, l'istruzione e l'alloggio e possono essere presi di mira per servizi e prodotti predatori, così da sollevare profonde questioni di giustizia sociale che, non potendo essere risolte a livello di singolo contratto e singola operazione economica, devono essere affidate anche alle regole dell'attività di prestazione di servizi digitali e di utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale.⁷⁰

la privacy. *Persona vs dato personale*, Napoli, 2022. G. CARAPEZZA FIGLIA, "L'equivoco della privacy". *Circolazione dei dati personali e tutela della persona*, in *Jus Civile*, 2022, 1372 ss.; R. SENIGAGLIA, "L'equivoco della privacy" tra consenso e capacità, *ivi*, 1378 ss. Con particolare riferimento alle problematiche relative al consumatore, si rimanda a A. DE FRANCESCHI, *Consumers' Vulnerability in the Digital Economy: Personal Data as Counterperformance and Digital Obsolescence*, in *European Journal of Consumer Law*, 2022, 73-93.

⁶⁷ W. HARTZOG, E. SELINGER, J. GUNAWAN, *Privacy Nicks: How the Law Normalizes Surveillance*, in www.aillawblawg.com.

⁶⁸ Sul punto cfr. I. DOMURATH, *Platform Economy and Individual Autonomy*, in *European Review of Private Law*, 2022, 951 ss.; 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, 499 ss.; G. DE CRISTOFARO, *40 anni di diritto europeo dei contratti dei consumatori: linee evolutive e prospettive future*, in *I Contratti*, 2019, 187 ss. Sulla necessità di una rilettura in chiave evolutiva della nozione di prezzo e degli obblighi di informazione precontrattuale si rimanda a A. DE FRANCESCHI, *Il «pagamento» mediante dati personali*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., 1393 ss.; ID., *La circolazione dei dati personali nella proposta di direttiva UE sulla fornitura dei contenuti digitali*, in D. POLETTI, A. MANTELETO (a cura di), *Regolare la tecnologia: il regolamento UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo tra Italia e Spagna. Studi in tema di Internet ecosystem*, Pisa, 2018, 203 ss. G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la Direttiva 2019/770 e il Regolamento 2016/679*, in *Annuario del contratto*, 2018, 127 ss.; C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021, *passim*. Per una accurata ricostruzione dell'ampia bibliografia in argomento si rimanda a S. ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, cit., 527 ss.

⁶⁹ L. GATT, I. A. CAGGIANO, *Consumers and digital environments as a structural vulnerability relationship*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies (EJPLT)*, 2022, 8 ss. Cfr. M. PÉREZ-ESCOLAR, F. CANET, *Research on vulnerable people and digital inclusion: toward a consolidated taxonomical framework*, in *Univ Access Inf. Soc.*, 2022, 11 ss. Per una riflessione interdisciplinare si rimanda a S. TURNER, *Vulnerability and human right*, University Park, 2006. A. MOLLO, *La vulnerabilità tecnologica. Neurorights ed esigenze di tutela: profili etici e giuridici*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2021, 199 ss.; B. RABAI, *The role of technology and innovation in digital and social inclusion. The case of disability in a public perspective*, in *Rivista di Diritto dei Media*, 2022, 199; P. PASSAGLIA, *La problematica definizione dell'accesso a Internet e le sue ricadute su esclusioni sociali e potenziali discriminazioni*, in *Rivista di Diritto dei Media*, 2021, 1 ss.

⁷⁰ M. E. GILMAN, *Poverty Lawgorithms: A Poverty Lawyer's Guide to Fighting Automated Decision-Making Harms on Low-Income Communities*, in *Data & Society*, 2020, e in <https://ssrn.com/abstract=3699650>.

LA CONDICIO IURIS: IL TRAIT D'UNION TRA MOMENTO PRIVATISTICO E PUBBLICISTICO NELLA CIRCOLAZIONE DEI DIRITTI EDIFICATORI.

Di Pietro Coppini

SOMMARIO: 1. *Inquadramento della fattispecie e ricostruzione storica.* 2. *Impostazione del problema: la vicenda edificatoria tra diritto amministrativo e diritto privato.* 3. *L'oggetto della cessione di cubatura: chance edificatoria, diritto reale o bene?* 4. *La gestione dei rischi nella circolazione dei diritti edificatori: criticità (e prime risposte).* 5. *La condicio iuris nei negozi di cessione di cubatura.*

ABSTRACT. I recenti interventi (legislativi e, soprattutto, giurisprudenziali) rendono opportuno interrogarsi sulla struttura del negozio di cessione di cubatura, che si colloca sul sempre più sottile confine tra diritto amministrativo e diritto privato. La riflessione muove proprio dalla presa d'atto della natura "ibrida" dell'istituto, al cui interno attività privata ed amministrativa s'intrecciano, dialogano tra loro, risentendo l'una dell'altra, seppur nel rispetto della reciproca autonomia. L'innegabile collegamento sussistente tra queste due attività (insieme alla peculiare natura del "bene-cubatura") ha però immediate ricadute sugli effetti negoziali: ciò porta a ipotizzare che il contratto – pur producendo l'immediato trasferimento della capacità edificatoria in capo all'acquirente – sia sottoposto ad una condizione risolutiva di diritto, legata al mancato rilascio del permesso di costruire da parte della p.a. (rischio che, altrimenti, graverebbe esclusivamente sul nuovo titolare della capacità edificatoria).

The essay analyses the transfer of the so-called development rights. More specifically, the author focuses on the structure of this contract and underlines the strict relationship between administrative activity and private agreements (during the whole process that leads the public administration to issue the planning permission). In this regard, administrative and private activities must always be distinguished one from the other: hence, the transfer of the development rights is immediately effective (even without the planning permission). Nevertheless – in order to preserve the buyer from the risks, related to the administrative discretion – the effects of the contract may be removed later (through a sort of a "condicio iuris") in case of denial of the permission by the public administration.



1. Inquadramento della fattispecie e ricostruzione storica.

Una recente pronuncia a Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹ ha riaperto i riflettori sulla *vexata quaestio* della cessione di cubatura, portando l'interprete a interrogarsi sulla disciplina di un contratto che, fin dalla sua elaborazione nella prassi, ha fatto molto discutere. La suddetta sentenza rappresenta, però, solo il punto di partenza delle riflessioni che seguiranno: l'intervento giurisprudenziale, lungi dall'essere risolutivo delle questioni emerse, è, come si vedrà di seguito, foriero di ulteriori dubbi. Obiettivo di questo contributo è ripercorrere l'annosa questione della cessione di cubatura, riconducendo al sistema delle categorie civilistiche tale fattispecie contrattuale.

L'istituto della cessione di cubatura nasce già negli anni '60 del secolo scorso², a seguito dell'introduzione dei cc.dd. *standard* edilizi³: in breve, questi rappresentano un'operazione di pianificazione urbanistica (compiuta, dunque, dalle amministrazioni comunali), volta a contingentare lo sviluppo edilizio e, prevalentemente, evitare la concentrazione del carico edilizio su una *singola* zona

del territorio. Al contrario, il legislatore (statale e locale) resta neutrale sulla distribuzione – all'interno della singola zona – della capacità edificatoria, consentendo che quest'ultima si accentri anche nelle mani di un unico proprietario⁴. Proprio questo assunto costituisce il presupposto (logico e giuridico) della cessione di cubatura.

Del resto, se a rilevare è il solo rispetto di un determinato indice di edificabilità nella *complessiva* zona, i privati – una volta che l'amministrazione abbia fissato gli *standard* edilizi di zona, nonché la capacità edificatoria di ciascun fondo – possono trasferire ad altri la volumetria del proprio terreno, a titolo gratuito o oneroso. Esemplicando, il proprietario di un terreno ineditato (che non vuole costruire su di esso) può vendere la cubatura inutilizzata ad un altro soggetto, proprietario anch'egli di un fondo, e intenzionato a costruire su quest'ultimo in misura maggiore rispetto a quanto originariamente a lui spettante. Si viene così a creare un "mercato della volumetria"⁵, al cui interno i privati negoziano diritti edificatori in cambio (solitamente) di un corrispettivo in danaro, assecondando così le esigenze di entrambi i soggetti coinvolti nel contratto di cessione⁶.

Se il risultato a cui si vuole giungere è stato chiaro sin dall'inizio, non è stato altrettanto semplice (perlomeno fino al 2011, e dunque fino all'introduzione del n. 2bis dell'art. 2643 c.c.) comprendere *come* addivenire a tale esito. Seppur nell'impossibilità di prendere in esame tutte le tesi sostenute sul punto, è bene ricordare che alcuni autori ritenevano che la cessione di cubatura dovesse realizzarsi mediante un negozio ad effetti esclusivamente obbligatori, col quale il proprietario "cedente" si impegna a non richiedere alcun titolo

¹ Il riferimento è, innanzitutto, a Cass., sez. un. 9 giugno 2021, n. 16080, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 1312 ss., con nota di L. COGGI, *La discussa qualificazione giuridica del contratto di cessione di cubatura all'attenzione delle Sezioni Unite*, e in *Contratti*, 2021, 502 ss., con nota di F. FELIS, *Cessione di cubatura e diritti edificatori*. Sul punto, si v. anche Cass., sez. un., 29 ottobre 2020, n. 23092, in *Banca dati DeJure*, per il cui commento si rinvia a F. D'AVINO, *La natura giuridica dei diritti edificatori: manca il carattere della realtà. Preludio alla natura giuridica della cessione di cubatura?*, in *Nuovo dir. civ.*, 2021, 152 ss.

² Sebbene la cessione di cubatura risulti prevista, per la prima volta, all'interno del piano regolatore della città di Torino, approvato con d.p.r. 6.10.1959 ed al cui interno si leggeva che la «cubatura ammessa è trasferibile anche su diverse proprietà purché il trapasso avvenga in sede di piano particolareggiato, previa stipulazione, con l'intervento del Comune, di atto pubblico che regoli il trasferimento della cubatura mediante vincolo sulle aree a minore sfruttamento o da mantenersi libere».

³ Ci si riferisce, in particolare, all'art. 41 *quinquies*, l. 17.8.1942, n. 1150 (c.d. legge urbanistica), introdotto con l'art. 17, l. 6.8.1967, n. 765, il quale ha previsto, per la prima volta a livello statale, i cc.dd. *standard* edilizi, ivi inclusi, dunque, gli indici di densità edilizia, i limiti di altezza e di distanza tra i fabbricati ed il rapporto massimo tra gli spazi destinati ad insediamenti residenziale e produttivi e quelli riservati a verde pubblico, parcheggi e attività collettive. Ai nostri fini, lo *standard* edilizio rilevante è quello che individua un rapporto tra metri quadri di terreno disponibile e metri cubi di costruzione edificabile sul medesimo. Ad ogni modo, la prassi della cessione volumetrica nasce già negli Stati Uniti, in cui la previsione dei suddetti *standards* edilizi ha dato luogo ad un mercato degli stessi (cfr., sul punto, J.M. PEDOWITZ, *Transfer of air rights and development rights*, in *Air Rights, Air Space and Transferable Development Rights*, a cura di J.M. Pedowitz, New York, Practising Law Institute, 1985, 12 ss.).

⁴ Purché, s'intende, ciò avvenga nei limiti fissati dal piano regolatore. Al riguardo, la giurisprudenza si è consolidata nel senso che la prassi amministrativa e negoziale, formatasi nel tempo, sia legittima, muovendo dal presupposto che la materiale ubicazione degli edifici all'interno di ciascuna zona urbanistica non rilevi, a condizione che siano rispettati i limiti inderogabili di densità edilizia che la caratterizzano, nonché gli *standard* edilizi imposti dal legislatore (in tal senso, v. soprattutto Cons. Stato, ad. plen., 23 aprile 2009, n. 3, in *Foro it.*, 2009, III, 523; Cons. Stato 4 maggio 2006, n. 2488, in *Riv. giur. edilizia*, 2006, I, 1280).

⁵ Sul funzionamento del mercato dei diritti edificatori, cfr. C. CAMARDI, *Cose, beni e nuovi beni, tra diritto europeo e diritto interno*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 997, nt. 61, nonché, *amplius*, A. GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, in *Riv. giur. ed.*, 2010, II, 3 ss.

⁶ Infatti, questo schema negoziale consente, da un lato, al cedente di sfruttare economicamente la capacità edificatoria del proprio fondo (anche senza dover necessariamente costruire sullo stesso) e permette, dall'altro lato, al cessionario di edificare in misura maggiore rispetto a quanto inizialmente consentitogli, il tutto nel rispetto dei piani urbanistici e dei limiti di densità edilizia imposti nella zona

edilizio e a fare quanto necessario affinché il proprietario “cessionario” ottenesse un permesso maggiorato⁷. Altri ancora – sempre all’interno di questo filone dottrinale, che affermava l’efficacia meramente obbligatoria del negozio – ritenevano che la cessione di cubatura configurasse una semplice rinuncia alla facoltà di edificare, compiuta dal soggetto cedente: una volta preso atto di tale rinuncia, il Comune avrebbe rilasciato il titolo edilizio in misura maggiorata⁸. In entrambi i casi, era chiaro che il trasferimento della cubatura *ex se* sarebbe avvenuto solo a seguito dell’emissione del permesso maggiorato da parte del comune, producendo l’atto tra privati effetti esclusivamente obbligatori.

Di diverso avviso era, invece, quella dottrina che tentava di dare realtà alla fattispecie circolatoria della cubatura, proponendo di ricostruire la cessione di cubatura come un contratto di trasferimento di un diritto reale atipico⁹ o di costituzione di un diritto di superficie *sui generis* (in quanto, in quest’ultimo caso, il diritto di costruire sarebbe stato esercitato su un fondo diverso da quello del concedente)¹⁰. La

tesi nettamente prevalente – e che, soprattutto, aveva trovato le maggiori applicazioni pratiche – era, però, quella di chi riteneva necessaria la costituzione di una *servitù di non edificare*¹¹: in particolare, il proprietario della cubatura costituiva tale servitù, a carico del fondo da cui originava la volumetria ceduta e a favore di quello su cui si voleva costruire in misura maggiorata (che avrebbe rappresentato, dunque, il c.d. fondo dominante). Successivamente, il proprietario del fondo dominante avrebbe richiesto il rilascio del titolo edilizio maggiorato, sfruttando anche la cubatura “ceduta”.

Nonostante le critiche rivolte¹², tale soluzione era senz’altro la più completa e convincente, in quanto utilizzava l’unico diritto reale *tipico a contenuto atipico* (la servitù, appunto), al fine di dare realtà e (soprattutto) opponibilità ad una situazione che altrimenti avrebbe difficilmente avuto tali caratteristiche. Trattandosi di negozio costitutivo di servitù, la cessione di cubatura veniva altresì trascritta (*ex art. 2643, n. 4, c.c.*), consentendo così di ottenere una maggiore certezza nella circolazione dei diritti edificatori¹³.

⁷ Così, G. CECCHERINI, *Trasferimento di cubatura e adempimento del cedente tramite presentazione alla p.a. di atto unilaterale di asservimento*, in nota a Cass. 24 settembre 2009, n. 20623, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 319 ss. e A. CANDIAN, *Trasferimento di volumetria*, in *Dig. disc. priv. sez. civ. (agg.)*, Torino, 2000, 739 s. All’interno di tale tesi, particolare rilevanza aveva assunto l’idea di chi (N.A. CIMMINO, *La cessione di cubatura nel diritto civile*, in *Riv. not.*, 2003, I, 1139 ss.) intravedeva nella cessione di cubatura un «vero e proprio atto d’obbligo edilizio», col quale un soggetto imponeva a carico del proprio fondo un vincolo di non edificabilità: tale soluzione – che si differenziava dal negozio ad effetti meramente obbligatori in quanto proponeva di rendere tale vincolo opponibile anche nei confronti dei successivi proprietari del fondo vincolato – poneva il problema (affatto secondario) della mancanza di una norma effettivamente idonea a raggiungere il risultato sperato (*i.e.* rendere opponibile *erga omnes* l’accordo).

⁸ In tal senso R. TRIOLA, *La “cessione di cubatura”: natura giuridica e regime fiscale*, in *Riv. not.*, 1974, 115. Originale, inoltre, era la tesi che ravvisava nel trasferimento di cubatura una cessione di contratto, nel senso che un soggetto cedeva la propria posizione contrattuale nei confronti della pubblica amministrazione concedente (così P.L. TROJANI, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali e cessione di cubatura. Lo stato della dottrina e della giurisprudenza ed una ipotesi ricostruttiva originale*, in *Vita not.*, 1990, 298 ss.).

⁹ Così, Cass. 30 aprile 1974, n. 1231, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1424, con nota di R. TRIOLA, *La natura giuridica della cessione di cubatura*, e in *Riv. not.*, 1975, II, 547 ss., con nota di M. DI PAOLO, *Trasferimenti di cubatura d’area a “numero chiuso” dei diritti reali*, e Cass. 22 gennaio 1975, n. 250, in *Riv. leg. fisc.*, 1975, 1595.

¹⁰ Cass. 9 marzo 1973, n. 641, in *Foro it.*, 1973, I, 2117 ss., e Cass. 20 ottobre 1976, n. 3639, in *Riv. leg. fisc.*, 1977, 1146. In dottrina, si v. anche S.G. SELVAROLO, *Il negozio di cessione di cubatura*, Napoli, 1989, 67 ss. Si noti, però, che chi faceva ricorso alla *superficie*, avrebbe dovuto “forzare” il contenuto di tale diritto reale, solitamente volto ad autorizzare la realizzazione di un’opera sul *proprio fondo*, e non su fondo altrui (come invece sarebbe dovuto avvenire nel caso di specie). Critica

tale tesi M. LIBERTINI, *Sui trasferimenti di cubatura*, in *Contr. impr.*, 1991, 91.

¹¹ Così, in dottrina, G. PICCO-A.M. MAROCCO, *I così detti “trasferimenti di cubatura”*, in *Riv. not.*, 1974, 642, N. GRASSANO, *La cessione di cubatura*, in *Riv. not.*, 1992, 1083, nonché, seppur in termini maggiormente dubitativi, M. LIBERTINI, *op. cit.*, 94 s. In giurisprudenza, tale soluzione aveva trovato approvazione da Cass. 25 ottobre 1973, n. 2743, in *Foro it.*, 1974, I, 92 ss.

Sul punto, cfr., altresì, A. GAMBARO, *op. cit.*, 8, secondo cui «le cessioni di cubatura possono assumere la sostanza più varia perché la scelta del mezzo risale all’autonomia privata la quale può ben conformare l’oggetto delle sue dichiarazioni di volontà. In sostanza le parti possono confezionare un atto ad effetti reali, ed in tal caso si trattava di un atto costitutivo di servitù *altius non tollendi* sul fondo del cedente; oppure un atto ad effetti esclusivamente obbligatori, il quale in realtà è, *inter partes*, sempre un contratto al quale la giurisprudenza riconosce la meritevolezza dell’interesse; ma ai fini degli effetti verso terzi ed anche del Comune, l’atto può assumere le forme dell’atto unilaterale abdicativo».

¹² Su tutte, si è innanzitutto osservato come il vantaggio al fondo dominante non sarebbe derivato esclusivamente dall’impossibilità, per il proprietario del fondo servente, di costruire su quest’ultimo, dovendo il proprietario del fondo dominante richiedere (ed ottenere) il permesso di soggiorno maggiorato (per tali rilievi, si veda F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare. Artt. 2643-2645*, in *Commentario del codice civile*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1998, I, 655 ss., il quale già all’epoca propende per inquadrare il caso come una fattispecie a formazione progressiva). In altre parole, la costituzione della servitù non avrebbe *ex se* giustificato la maggiore volumetria attribuita al proprietario del fondo dominante, mancando un’immediata *utilitas* a favore del fondo dominante (così, A. GAMBARO, *La proprietà*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, 2ª ed., Milano, 2017, 188 ss.).

¹³ Come ben sottolineato da Cons. Stato 25 novembre 1988, n. 744, in *Foro amm.*, 1988, 3251.

I problemi appena esaminati – legati allo schema contrattuale utilizzato per addivenire alla cessione di cubatura, nonché per renderlo opponibile ai terzi – vengono risolti nel 2011, con l'introduzione dell'art. 2643, n. 2bis, c.c. (intervenuta con il d.l. 13.5.2011, n. 70)¹⁴, con cui la cessione di cubatura viene non solo codificata, ma resa altresì trascrivibile (e, dunque, assoggettata alla regola di cui all'art. 2644, 2° co., c.c.¹⁵) senza ricorrere allo schema della servitù. Il nuovo numero dell'art. 2643 c.c. – che consente la trascrizione de «i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale» – conferisce, infatti, autonoma rilevan-

za alla figura della cessione di cubatura¹⁶, divenendo così superfluo discorrere di assunzione di obbligazioni ovvero di costituzione di superficie o servitù: la cessione di cubatura è una figura distinta ed autonoma rispetto a quelle sopra esaminate, potendo i privati limitarsi a cedere – in via diretta – i diritti edificatori loro spettanti.

L'intervento legislativo è, d'altro canto, scarno e limitato esclusivamente all'ambito pubblicitario¹⁷. Si consente la trascrizione di un negozio, ma non ne viene definito né il contenuto né la disciplina: siamo, dunque, ben distanti da una vera e propria tipizzazione codicistica. Piuttosto, l'intervento legislativo aiuta senz'altro a risolvere un problema – legato allo strumento utilizzabile per la cessione di cubatura ed alla relativa pubblicità –, ma mette in luce nuove (ed altrettanto complesse) questioni, legate all'oggetto del negozio, ai suoi effetti, nonché alla relativa disciplina.

2. Impostazione del problema: la vicenda edificatoria tra diritto amministrativo e diritto privato.

Dopo il 2011, in estrema sintesi, i termini della questione cambiano: non si parla più di come addivenire alla cessione di cubatura, quanto, piuttosto, del contenuto del negozio e della sua disciplina. Ora, proprio al fine di chiarire quest'ultimo aspetto – fulcro del presente lavoro – è necessario prendere atto delle peculiarità che caratterizzano il negozio di cessione di cubatura, che costituisce, a tutti gli effetti, un negozio di diritto privato con importanti ricadute sul procedimento amministrativo (culminante col rilascio del permesso di costruire). Esso rappresenta uno spazio, lasciato all'autonomia privata,

¹⁴ Già prima della riforma del 2011, Cons. Stato 13 luglio 2010, n. 4545, in *Foro amm.*, 2011, 115, con nota di A. GIUSTI, *Principio di legalità e pianificazione urbanistica perequata. Riflessioni a margine dell'esperienza del piano regolatore generale della Città di Roma*, denuncia «la perdurante assenza di una tale normativa statale», affermando «l'opportunità che lo Stato intervenga a disciplinare in maniera chiara ed esaustiva la perequazione urbanistica, nell'ambito di una legge generale sul governo del territorio la cui adozione appare quanto mai auspicabile alla luce dell'inadeguatezza della normativa pregressa a fronte delle profonde innovazioni conosciute negli ultimi decenni dal diritto amministrativo e da quello urbanistico».

¹⁵ Il quale stabilisce espressamente che, una volta trascritti gli atti enunciati nell'art. 2643 c.c. (ivi inclusa, dunque, la cessione di cubatura), «non può avere effetto contro colui che ha trascritto alcuna trascrizione o iscrizione di diritti acquistati verso il suo autore, quantunque l'acquisto risalga a data anteriore». In tal senso, F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione. I. La trascrizione degli atti e delle sentenze*, Torino, 2012, 213, e P. SIRENA, voce *Diritti edificatori (trasferimento di)*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2015, 388 s.

Ciò non equivale ad affermare che i diritti edificatori debbano, necessariamente, costituire diritto assoluto, in quanto l'art. 2643 c.c. contiene numerose ipotesi che – seppur assoggettate alla regola dell'art. 2644 c.c., in forza del rinvio all'art. 2643 c.c., ivi contenuto – riguardano pacificamente diritti personali di godimento (in quanto tali, relativi): si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alle locazioni ultranovennali (trascrivibili ex art. 2643, n. 8, c.c.) o al diritto di abitazione attribuito al coniuge separato (la cui trascrizione è prevista all'art. 337sexies, 1° co., c.c., il quale a sua volta rinvia all'art. 2643 c.c.). In tal senso, chiaramente, F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, 212, il quale ben nota che «una cosa infatti è l'opponibilità, altra cosa è la realtà: la prima attiene al profilo circolatorio, la seconda alla natura e ai caratteri del diritto (reale)». Dunque, mentre la soluzione della servitù di non edificare comportava che il diritto fosse non solo trascrivibile, ma altresì reale ed assoluto (in quanto la situazione creata rientrava nel diritto reale di servitù), con l'art. 2643, n. 2bis, c.c. il legislatore si preoccupa esclusivamente di risolvere la problematica dell'opponibilità della cessione di cubatura, senza prendere posizione sulla realtà dei c.d. diritti edificatori. Il punto è approfondito da Cass., sez. un., 9 giugno 2021, n. 16080, cit., par. 8 (seppur con alcune incongruenze, a cui si è dedicato maggior spazio in P. COPPINI, *Le Sezioni Unite e la cessione di cubatura: un personaggio in cerca d'autore*, in *Nuovi orientamenti della cassazione civile*, a cura di C. Graneli, Milano, 2022, 314 ss.).

¹⁶ Del resto, se il legislatore avesse voluto avallare la prassi contrattuale (che utilizzava la servitù di non edificare), non sarebbe stata necessaria la previsione di un apposito numero all'interno dell'art. 2643 c.c.: la cessione di cubatura, sotto forma di costituzione di servitù, sarebbe già stata attuabile, nonché trascrivibile ai sensi dell'art. 2643, n. 4, c.c.

¹⁷ Al riguardo, è interessante notare come, negli ultimi 15 anni, il legislatore abbia spesso preso posizione su problemi di diritto sostanziale attraverso norme inserite nel capo della *trascrizione*. Ci si riferisce, tra gli altri, agli emblematici casi degli atti di destinazione (art. 2645ter c.c.), alla cessione di cubatura o, ancora, agli accordi di accertamento dell'usufruttamento (art. 2643, n. 12bis, c.c.): si tratta di tematiche alquanto complesse e che, pertanto, avrebbero meritato ben più di una scarna norma in tema di pubblicità. Si pensi, tra questi, al caso degli atti di destinazione, la cui materia (già estremamente complessa, in quanto legata alle precedenti discussioni in tema di *trust*) è stata ulteriormente complicata dall'infelice (e lacunosa) formulazione dell'art. 2645ter, sul cui contenuto è tutt'ora in corso un acceso dibattito. Sul punto, sia consentito il rinvio a P. COPPINI, *Azione revocatoria e destinazione patrimoniale, tra autonomia negoziale e tutela del credito*, in *Contr. impr.*, 2021, 140.



all'interno di una vicenda che – nelle altre fasi (sia precedenti che successive) – è innanzitutto di diritto amministrativo¹⁸.

Sottolineare questo dato di fatto ci è utile, innanzitutto, perché pone un fondamentale *discrimen* tra *attribuzione* e *cessione* della volumetria. Nel primo caso, infatti, non si assiste ad un vero e proprio contratto di diritto privato, bensì all'attribuzione, da parte della p.a., di capacità edificatoria. Le esigenze che giustificano tale attribuzione¹⁹ sono note, nonché facilmente distinguibili – sulla base della funzione perseguita dalla pubblica amministrazione – in attribuzione perequativa (che, cioè, ricerca un'equa distribuzione della capacità edificatoria tra tutti i proprietari di fondi in una medesima zona)²⁰, compensativa (la quale consente ai Comuni di ac-

quisire aree, necessarie alla realizzazione di infrastrutture, attribuendo al privato capacità edificatoria quale indennizzo per il pregiudizio sofferto dal privato) o premiale (con cui i Comuni incentivano interventi di riqualificazione, riconoscendo ai proprietari coinvolti diritti edificatori, al fine di ricompensarli per le condotte virtuose)²¹.

Le fattispecie appena esaminate riguardano, dunque, la vicenda *genetica* della capacità edificatoria: in sede di attribuzione, il Comune crea *ex novo* la capacità edificatoria assegnata ai privati, i quali sono liberi di disporne, sia chiedendo il rilascio di un permesso di costruire, sia alienandola a terzi soggetti. Proprio la diversa origine della capacità edificatoria ha dato adito a svariate denominazioni di tale fenomeno²²: ciononostante, anche la lettera della legge, che parla di «diritti edificatori comunque denominati», testimonia la volontà di addivenire ad una *reductio ad unum* del negozio di cessione di cubatura²³, senza che l'origine della stessa si riverbera sulla struttura o sulla disciplina del contratto *ex se*.

Tutt'al più, la differenza potrà avvertirsi nella fase di *impiego* della cubatura (nel momento, cioè, di richiesta del permesso di costruire maggiorato): i

¹⁸ Cfr. C. TENELLA SILLANI, *I "limiti verticali" della proprietà fondiaria*, Milano, 1994, 572 ss., la quale presta grande attenzione a costruire uno schema contrattuale che asseconi gli aspetti tanto di diritto privato quanto di diritto pubblico nella vicenda circolatoria della cubatura (arrivando a parlare della cessione di cubatura come «frutto di una scelta urbanistica privata, entro i limiti permessi dalla normativa di settore, e quindi nel rispetto dell'interesse pubblico» [corsivo nostro]). Conformi, sul punto, A. BOVA, *Aspettative reali e diritti edificatori*, Napoli, 2012, 178 (secondo cui «il negozio privato e la situazione giuridica che ne deriva assumono la loro autonomia», pur essendo gli stessi «funzionali e preparatori rispetto al provvedimento amministrativo dal quale discenderà l'effetto finale della fattispecie complessa») e F. D'ANGELO, *Riflessioni in tema di diritti edificatori: spunti ricostruttivi per una nuova interpretazione dell'istituto*, in *Riv. giur. ed.*, 2014, 82 ss.

¹⁹ Termine utilizzato proprio al fine di sottolineare l'unilateralità della vicenda che porta, in questo caso, all'acquisto della volumetria da parte del privato. In realtà, preme sottolineare come la cubatura attribuita in perequazione abbia origine dal PRG (piano regolatore generale), mentre quella assegnata in compensazione o premiale nasca da un accordo (il quale risulta comunque caratterizzato dall'esercizio di un potere da parte della pubblica amministrazione): del resto, sottolinea M. DE DONNO, *Il principio di consensualità nel governo del territorio: le convenzioni urbanistiche*, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 279 ss., che «non esiste un rapporto di necessaria biunivocità tra carattere unilaterale del potere dell'amministrazione e struttura unilaterale dell'atto, con la conseguenza che il potere amministrativo unilaterale può trovare espressione anche in atti bilaterali».

²⁰ Al riguardo, però, preme distinguere la perequazione urbanistica – attuata mediante i piani urbanistici tra i terreni della medesima zona, col principale scopo di addivenire ad un'equa distribuzione dei vantaggi e degli oneri tra i proprietari dei suoli interessati dai processi di trasformazione urbana – dalla perequazione territoriale. Quest'ultima – pur muovendo dalla comune necessità di ripartire equamente la capacità edificatoria tra i territori, ripartendone i relativi benefici e oneri – non concerne, infatti, i singoli proprietari, bensì opera a livello sopra-comunale, disciplinando la capacità edificatoria in tutto il territorio di un determinato intervento. In altre parole, la perequazione territoriale non costituisce una vera e propria tecnica di pianificazione, bensì detta le linee guida per l'adozione e l'attuazione delle scelte a livello territoriale. Al riguardo, cfr. D.M. TRAINA, voce *Perequazione urbanistica*, in *Enc. dir.*, *Anali*, VII, Milano, 2015, 692 s.

²¹ Sul punto cfr. l'art. 11, 5° co., l. 6.8.2008, n. 133, al cui interno si prevede espressamente «a) il trasferimento di diritti edificatori in favore dei promotori degli interventi di incremento del patrimonio abitativo; b) incrementi premiali di diritti edificatori finalizzati alla dotazione di servizi, spazi pubblici e miglioramento della qualità urbana, nel rispetto delle aree necessarie per le superfici minime di spazi pubblici o riservati alle attività collettive, a verde pubblico o a parcheggi [...] e) la cessione, in tutto o in parte, dei diritti edificatori come corrispettivo per la realizzazione anche di unità abitative di proprietà pubblica da destinare alla locazione a canone agevolato, ovvero da destinare alla alienazione in favore delle categorie sociali svantaggiate».

²² Si parla, ad esempio, di diritto edificatorio vero e proprio nel caso di attribuzione perequativa, mentre la volumetria attribuita in fase compensativa o premiale viene spesso definita come *credito edilizio*. In ogni caso, i termini cubatura, volumetria, capacità edificatoria, diritto edificatorio, credito edilizio sono utilizzati – nel presente lavoro – quali sinonimi, valorizzando l'unitarietà della fattispecie, ravvisabile soprattutto in sede di trasferimento di tali diritti. Lamenta la varietà di espressioni utilizzate, quale sintomo della frammentarietà della normativa sul punto, A. GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, cit., 6, secondo cui occorre, piuttosto, «che nelle prassi discorsive ad un dato *nomen* corrisponda una nozione sufficientemente univoca al fine di consentire alle persone di agire in modo comunicativo. In caso contrario ognuno intenderà la parola a suo modo ed il risultato sarà un agire caotico che nessuna regola giuridica riuscirà a dominare posto che le *regulae iuris* presuppongono e non istituiscono un agire comunicativo in cui i messaggi mantengono un inalterato valore semantico nella mente dell'emittente ed in quella del ricevente».

²³ In tal senso, anche A. BOVA, *op. cit.*, 166 e R. QUADRI, *Pubblicità e garanzia nel contratto di cessione dei «diritti edificatori» di cui all'art. 2643, n. 2 bis, c.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 305.

diritti “compensativi” sono, di regola, privi di restrizioni di carattere spaziale²⁴ (non dovendo, cioè, essere necessariamente utilizzati nel territorio della medesima Amministrazione che ha attribuito tali diritti, a fronte dell’acquisto di un terreno), nonché insensibili alle eventuali variazioni dei piani²⁵. Diversamente, i diritti “perequativi” sono utilizzabili esclusivamente nelle aree di concentrazione e rimangono sempre assoggettati a revisione in seguito alle modifiche del piano che le ha previste²⁶.

Si individuano, così, le tre fasi della “vita” della cubatura: origine (attraverso un’attività della p.a., sia essa costituita dal PRG o da un accordo successivo allo stesso²⁷), circolazione (fase eventuale, che si sostanzia in un atto tra privati, volto a trasferire la capacità edificatoria) e impiego (consistente nella richiesta del permesso di costruire, con successivo rilascio dello stesso). La prima e la terza rappresentano, evidentemente, parti di un procedimento amministrativo. Nella seconda, al contrario, l’attività amministrativa resta sullo sfondo e costituisce, piuttosto, il presupposto per l’origine e per il successivo impiego del diritto negoziato: la vicenda circolatoria è dunque affidata all’autonomia privata.

Il primo aspetto su cui, dunque, è necessario interrogarsi nel definire una disciplina della cessione di cubatura riguarda proprio il rapporto tra questi diversi momenti: nello specifico, viene naturale chiedersi come l’intrecciarsi di momento amministrativo e accordo privato si riverberino sullo stesso negozio di cessione di cubatura. Ci si chiede, in sostanza, se il contratto tra privati rappresenti esclusivamente una fase del procedimento amministrativo, ovvero se lo stesso sia dotato di una propria autonomia: la risposta ad un simile interrogativo non ha solo una notevole importanza a livello sistematico, ma ha altresì immediate ricadute anche sul piano pratico. A voler inquadrare la cessione di cubatura come un “segmento” del procedimento amministra-

tivo, infatti, il negozio di diritto privato non dispiegherebbe alcun effetto (perlomeno, di natura reale), fintantoché il suddetto procedimento non possa dirsi concluso, col rilascio del permesso di costruire. Diversamente, una cessione di cubatura, maggiormente improntata al momento privatistico, produrrebbe fin da subito i propri effetti, col trasferimento di un diritto (ma che diritto?²⁸) in capo all’acquirente, nell’attesa che quest’ultimo proceda a *sfruttare* quanto acquistato, attraverso la sua ri-alienazione o (più verosimilmente) attraverso la richiesta di un permesso di costruire maggiorato.

Si tratta di una questione da sempre affrontata in tema di cessione di cubatura, e che pertanto ha trovato spazio anche nelle pagine della sopra citata pronuncia a Sezioni Unite sul tema²⁹. Sul punto, la posizione della Suprema Corte pare del tutto condivisibile: nonostante gli innegabili legami tra momento amministrativo e momento privatistico – che partecipano ad un’unitaria fattispecie e risultano, pertanto, tra loro collegati – ciò non può comunque privare *in toto* il negozio di diritto privato della propria autonomia³⁰. Al contrario, la cessione di cubatura – seppur ontologicamente collegata al rilascio di un futuro permesso di costruire³¹ – rappresenta un negozio di diritto privato, che produce (seppur con le modulazioni di seguito esaminate) fin da subito effetti rilevanti nella sfera giuridica dei privati.

²⁸ Tale spinosa questione verrà trattata nel successivo §3.

²⁹ Cass., sez. un., 9 giugno 2021, n. 16080, cit., spec. par. 7.

³⁰ Come, invece, fatto da parte da Cass. 24 settembre 2009, n. 20623, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 319 ss., con nota di G. CECCHERINI, *Trasferimento di cubatura e adempimento del cedente tramite presentazione alla p.a. di atto unilaterale di asservimento*, secondo cui, nella cessione di cubatura «confluiscono, sul piano dei presupposti, dichiarazioni private nel contesto di un procedimento di carattere amministrativo; a determinare il trasferimento di cubatura, tra le parti e nei confronti dei terzi, è esclusivamente il provvedimento concessorio, discrezionale e non vincolato, che, a seguito della rinuncia del cedente, può essere emanato dall’ente pubblico a favore del cessionario, non essendo configurabile tra le parti un contratto traslativo». In tal senso, anche Cons. Stato 28 giugno 2000, n. 3636, in *Foro amm.*, 2000, 2184 ss., seguita da Cons. Stato 21 novembre 2016, n. 4861, in *Banca dati DeJure*. In dottrina, una posizione simile viene assunta da A. BARTOLINI, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria*, in *Riv. giur. urb.*, 2007, 304 ss., e dagli altri Autori che definiscono la cessione di cubatura come una fattispecie a formazione progressiva (per tutti, F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, cit., 211, secondo cui il contratto di cessione di cubatura «si inserisce nel contesto di un procedimento amministrativo, di cui è uno dei presupposti»).

³¹ Cass., sez. un., 9 giugno 2021, n. 16080, cit., le quali, pur sottolineando «la dipendenza degli effetti pratici dell’atto di cessione di cubatura da un elemento estraneo, ma tutt’altro che secondario ed accidentale, all’atto costitutivo o traslativo in sé», rivalutano il «sostrato privatistico della cessione di cubatura, ricollocando l’effetto traslativo suo proprio nell’ambito dell’autonomia negoziale delle parti, non già del procedimento amministrativo».

²⁴ Così, E. BOSCOLO, *Le novità in materia urbanistico-edilizia introdotte dall’art. 5 del decreto sviluppo*, in *Urb. app.*, 2011, 1061 e S. FANTINI, *Profili pubblicistici dei diritti edificatori*, in *giurisprudenza-amministrativa.it*, 2 ss.

²⁵ B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, Napoli, 2013, 76.

²⁶ In tal senso, E. BOSCOLO, *La compensazione e l’incentivazione: modelli e differenze rispetto alla perequazione*, in *Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni*, Milano, 2012, 72: ciò ha importanti ricadute sul piano pratico, in quanto – nel caso della cubatura perequativa – essa potrebbe essere ceduta per poi venire revocata in un secondo momento. Sul punto, cfr. successivo §4, relativamente allo *ius superveniens* e alle ricadute sulla cessione di cubatura.

²⁷ Come precisa B. MASTROPIETRO, *op. cit.*, 72 s., la differenza sta a livello genetico, essendo la cubatura perequativa un prodotto diretto del terreno, mentre quella compensativa o premiale viene assegnata solo in una successiva fase attuativa.





Una simile affermazione si giustifica, innanzitutto, sulla base delle connotazioni assunte dal c.d. *ius aedificandi*, che risulta ormai strettamente collegato al diritto di proprietà: a partire da una celebre pronuncia della Corte Costituzionale³² si è assistito, infatti, ad una graduale erosione del principio secondo cui il potere di costruire sarebbe oggetto di una concessione da parte dello Stato, spostandosi tale prerogativa in capo al proprietario del fondo³³. Se così è, appare naturale che l'eventuale negozio di cessione di diritti edificatori vada ad incidere su facoltà private. Tale impostazione è, del resto, coerente con quanto sopra osservato: il vero momento di esercizio del potere amministrativo si esplica, infatti, nell'attribuzione al privato della capacità edificatoria, quale rimozione di un limite pubblicistico all'esercizio dello *jus aedificandi*³⁴. Una volta attribuita la cubatura, essa esce dalla disponibilità della p.a., per entrare definitivamente nel patrimonio del privato, che può disporre, al pari degli altri diritti presenti nel suo patrimonio³⁵.

A livello sistematico, inoltre, assume una certa rilevanza l'ipotesi della c.d. cessione di cubatura "in volo"³⁶, con cui il precedente acquirente della cuba-

tura rivende i diritti acquistati ad un terzo soggetto. All'interno di questa fattispecie, è chiaro come il primo acquirente della cubatura, pur non avendo richiesto il rilascio di alcun provvedimento autorizzativo alla pubblica amministrazione, risulti comunque titolare dei diritti edificatori, che può decidere sia di impiegare sul proprio fondo, sia di rivendere. Una cosa, dunque, è l'impiego della cubatura su un determinato fondo (in altre parole, il suo *sfruttamento edilizio*, per il quale è necessario il rilascio del permesso di costruire), mentre altro è il suo *sfruttamento economico* (potendo la cubatura essere utilizzata anche attraverso il suo semplice ritrasferimento, senza che in tale vicenda la p.a. possa assumere alcun ruolo)³⁷.

La nostra analisi giunge, così, ad un primo risultato: il momento privatistico-traslativo della cessione di cubatura è da tenere ben distinto dalle vicende amministrative che lo circondano. Il contratto di cessione di cubatura risulta, pertanto, idoneo a dispiegare i propri effetti, attribuendo al privato – con efficacia reale³⁸ – la capacità edificatoria, oggetto del negozio. Il tutto, però, con un'importante avvertenza: tale visione non vuole in alcun modo "smembrare" il fenomeno che porta al rilascio del permesso di costruire, bensì valorizzarne le effettive peculiarità. All'interno di una simile fattispecie unitaria, infatti, il momento privatistico non può che risentire del *diverso e distinto* momento pubblicistico³⁹: si

costruire maggiorato). Proprio questa immagine della volumetria "in volo" viene utilizzata nel caso in cui il primo acquirente dei diritti edificatori decida di rivenderli, senza cioè richiedere alcun permesso maggiorato sul proprio fondo: la cubatura può infatti essere oggetto di plurime cessioni, "atterrando" solo nel momento in cui il suo titolare ne chieda l'impiego sul proprio fondo. Cfr. sul punto, P. SIRENA, *op. ult. cit.*, 383 ss.

³⁷ Si veda, nuovamente, Cass., sez. un., 9 giugno 2021, n. 16080, cit., secondo cui il rilascio del permesso di costruire costituisce «un elemento che concorre non al trasferimento in sé tra i privati della cubatura, quanto alla sua fruibilità in conformità alle prescrizioni urbanistiche ed edilizie, alle quali il cessionario dovrà ispirarsi mediante la presentazione di un progetto edificatorio assentibile perché ad esse rispondente».

³⁸ È proprio questa la conclusione più rilevante della più recente Cass., sez. un., 9 giugno 2021, n. 16080, cit., secondo cui il contratto di cessione di cubatura costituisce un «negozio ad effetti reali ex art. 1376 avente ad oggetto un diritto di natura non reale». Ad ogni modo, si vedrà successivamente (§§4-5) come sfruttamento economico ed edilizio risultino, tra loro, inscindibilmente legati, al punto da subordinare *risolutivamente* gli effetti (immediati) del trasferimento all'impossibilità di sfruttamento edilizio della cubatura. Il (futuro ed eventuale) rilascio del permesso di costruire costituisce, infatti, la principale (spesso unica) utilità discendente dalla titolarità della capacità edificatoria: conseguentemente, l'impossibilità di ottenere il suddetto titolo non può che riverberarsi sugli effetti del contratto, che ha trasferito la volumetria.

³⁹ Pur non avendo senso discorrere della *prevalenza* di un momento rispetto all'altro: in tal senso, S. MEUCCI, *La circolazione dei diritti edificatori*, Padova, 2012, 16 s., la quale piuttosto osserva come «siffatta compenetrazione tra diritto privato e di-

³² Corte Cost. 30 gennaio 1980, n. 5, in *Foro it.*, 1980, I, 273 ss., con nota di C.M. BARONE.

³³ A livello normativo, non può sottacersi l'osservazione che, a partire dal 2001, è scomparsa la dizione – contenuta nella precedente legge Bucalossi, l. 28.1.1977, n. 10 – di concessione edilizia (consistente nell'attribuzione di un diritto, originariamente non spettante al privato), a vantaggio della più accurata espressione "permesso di costruire", dove il concetto di permesso evoca la possibilità di esercitare un diritto già spettante al privato, rimuovendo – al pari di un' autorizzazione – semplicemente un limite al suo esercizio.

³⁴ Così, in epoca più risalente, A. TRABUCCHI, *La facoltà di edificare tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, 49, a parere del quale la costruzione di un edificio presuppone la *concorrente* espressione della volontà privata e della volontà pubblica, con convergenza del potere statale (sul territorio in generale) e del potere privato (sullo specifico fondo). In particolare, a detta dell'Autore, il principale potere viene esercitato dal soggetto pubblico nel momento di emanazione dei piani urbanistici: successivamente, al momento del rilascio del titolo edilizio, il potere pubblico è, infatti, auto-vincolato dalla propria precedente espressione di volontà, dovendosi la pubblica amministrazione attenere a quanto previsto in precedenza nel piano.

³⁵ Così, Cass., sez. un., 9 giugno 2021, n. 16080, cit., nella parte in cui si afferma che la cessione di cubatura costituisce «un atto di disposizione patrimoniale di estremo rilievo sul piano privatistico, nel suo risvolto sia giuridico (trattandosi pur sempre di comprimere ovvero incrementare la potestà edificatoria insita nel diritto di proprietà) sia economico (posto che non di rado il valore della cubatura assorbe ed esaurisce la massima parte del valore di mercato del suolo)». Tutt'al più, il potere della p.a. torna a "riespandersi" dopo la richiesta del titolo edilizio, a fronte della discrezionalità attribuitale (*amplius, infra*, nt. 50).

³⁶ Utilizzando questa espressione, si fa riferimento al caso in cui la volumetria "decolla" da un determinato fondo (da cui la medesima origina) e si trova in "volo", in attesa di "atterrare" sul fondo nel quale sarà impiegata (col rilascio del permesso di

tratta, come si diceva poc'anzi, di una prima conclusione, i cui connotati e le cui ricadute pratiche saranno meglio chiarite nel prosieguo del lavoro.

3. L'oggetto della cessione di cubatura: *chance edificatoria, diritto reale o bene?*

La centralità assunta dal momento privatistico rende allora necessaria la costruzione di un regolamento coerente, che resti cioè fedele alle affermazioni sopra compiute, senza tradire le peculiarità che connotano la fattispecie descritta. In quest'ottica, preme chiarire, in via preliminare, qual è l'oggetto del negozio di cessione di cubatura.

Al riguardo, è necessario innanzitutto precisare come l'origine della capacità edificatoria (se, cioè, la stessa sia stata attribuita dalla p.a. con intento perequativo, compensativo o premiale) non abbia effetti sulla natura dei c.d. diritti edificatori. Gli stessi – seppur connotati da diversa origine⁴⁰ e disciplina, in particolare nel momento in cui vengono utilizzati per richiedere un permesso maggiorato – sono comunque connotati da un “nucleo” comune ed essenziale, che merita di essere esaminato al fine di comprenderne l'effettiva natura⁴¹.

Anche l'aspetto della qualificazione giuridica dei diritti edificatori costituisce argomento tradizionalmente trattato nell'analisi della cessione di cubatura: la questione costituisce, d'altro canto, la logica continuazione del ragionamento sopra svolto, sul rapporto tra negozio privato e procedimento amministrativo. Ciò si avverte chiaramente ove si noti come una prima tesi – volendo valorizzare lo strettissimo legame sussistente tra la circolazione priva-

tistica e la fase pubblicistica⁴² – ritenga che oggetto della cessione di cubatura sia il medesimo *interesse legittimo* che il privato (prima il cedente e, successivamente, l'acquirente della volumetria) vanta nei confronti della pubblica amministrazione, relativamente al rilascio del permesso di costruire.

Così ragionando, la cubatura non sarebbe altro che l'estrinsecazione dell'interesse legittimo vantato nei confronti della pubblica amministrazione. Al fine di consentire a tale interesse legittimo di circolare, la medesima dottrina ha però avvertito la necessità di coniare la singolare figura della *chance edificatoria*⁴³: *chance* da intendersi come «seria e concreta possibilità, esistente nel patrimonio di un soggetto, di conseguire un vantaggio o una utilità economica»⁴⁴, e da tenere dunque ben distinta da una semplice aspettativa di fatto, che, in caso di lesione, non darebbe origine ad alcun diritto al risarcimento⁴⁵.

Il coraggioso tentativo di compiere una sorta di *reductio ad unum* del fenomeno della cessione di cubatura rappresenta, allo stesso tempo, il pregio e il limite di tale tesi. Essa, infatti, è sicuramente apprezzabile proprio perché coglie l'unitarietà del complessivo fenomeno di circolazione della capacità edificatoria, sopra esaminato. Ciononostante, proprio tale aspetto viene eccessivamente enfatizzato dai sostenitori della tesi, i quali legano a doppio filo i due momenti della vicenda, limitandone la rispettiva autonomia. Questa presa di posizione nasconde, infatti, una (malcelata) preferenza per il momento amministrativo⁴⁶, rispetto a quello privatistico: del resto, se la cubatura altro non è che un in-

ritto amministrativo, propria della cessione di cubatura e – come vedremo – della circolazione dei diritti edificatori, rappresenta un elemento di forte complessità e, insieme, un banco di privato con il quale devono misurarsi oggi gli studiosi per delineare regole e limiti al processo di contrattualizzazione dell'azione amministrativa nell'ottica del superamento della netta separazione tra diritto privato e diritto pubblico».

⁴⁰ Al riguardo, R. GAROFOLI, *La perequazione urbanistica: nozione e compatibilità con il principio di legalità, l'art. 42 Cost., i criteri di riparto tra Stato e regioni della potestà legislativa, in Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni*, Milano, 2012, 36, il quale nota che, a differenza dell'ipotesi della perequazione, dove «c'è un collegamento genetico tra diritto e terreno (la qualità edificatoria è propria del terreno), nell'ipotesi di compensazione e di incentivazione può mancare il rapporto diretto anche nel momento genetico il diritto edificatorio essendo infatti attribuito dall'amministrazione quale corrispettivo per la cessione di un'area in seguito ad un intervento di riqualificazione, non costituendo quindi qualità intrinseca dell'area stessa».

⁴¹ Cfr. *supra*, § 2, spec. nt. 22.

⁴² Così, B. MASTROPIETRO, *op. cit.*, 104, secondo cui l'interprete deve «muovere proprio dalla necessaria confluenza dell'accordo traslativo fra privati all'interno del più ampio procedimento edilizio per tentare una corretta qualificazione del contenuto della situazione giuridica soggettiva».

⁴³ Ritengono che la cubatura costituisca una *chance edificatoria*, F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, cit., 212 ss., B. MASTROPIETRO, *op. cit.*, 106 ss., spec. 111, e A. BARTOLINI, *op. cit.*, 306.

⁴⁴ Così, B. MASTROPIETRO, *op. cit.*, 110, riprendendo quanto affermato da Cass. 29 novembre 2012, n. 21245, in *Banca dati DeJure*.

⁴⁵ Qualifica la *chance* come «concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene», distinguendola così dalla mera aspettativa di fatto, Cass., sez. un., 26 gennaio 2009, n. 1850, in *Danno e resp.*, 2009, 1033 ss., con nota di G. MARENA, *La perdita di chance in diritto amministrativo*.

⁴⁶ Così B. MASTROPIETRO, *op. cit.*, 32 e F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, cit., 211 ss., i quali, nel criticare le diverse soluzioni proposte in dottrina, lamentano – all'interno di queste ultime – la mancata centralità del momento amministrativo. Secondo entrambi gli Autori, infatti, la comprensione del fenomeno della cessione di cubatura dovrebbe partire dal riconoscere che, senza il rilascio del permesso di costruire, manca un'effettiva *utilitas*, connessa alla cubatura *ex se*.

teresse legittimo⁴⁷, il momento privatistico assume una rilevanza minore rispetto all'aspetto pubblicistico, in quanto il privato non acquista alcuna utilità, in via definitiva, fintantoché non si sia concluso il procedimento amministrativo⁴⁸.

Al contrario, l'attività della pubblica amministrazione non costituisce presupposto per l'acquisto del diritto in capo al privato (già creatosi con l'attribuzione della cubatura, tramite PRG o accor-

do), bensì condizione per il legittimo esercizio dello *ius aedificandi*⁴⁹, che – come visto sopra – costituisce una naturale estrinsecazione del diritto di proprietà del fondo⁵⁰.

Proprio partendo da quest'ultimo assunto (diritto di edificare come inscindibilmente collegato alla titolarità del fondo), si è sostenuto che la cubatura rappresenti un vero e proprio diritto reale⁵¹: una vol-

⁴⁷ È peraltro dubbio se, una volta attribuita la cubatura al privato, la pubblica amministrazione sia obbligata al rilascio del permesso di costruire e, dunque, se, a livello amministrativo, la vicenda edilizia sia inquadrabile quale atto vincolato: sul punto, si tornerà a breve (nt. 50). Proprio la qualificazione in termini di atto vincolato (o meno) si ricollega alla problematica se la cubatura rappresenti, nei rapporti con la p.a., un interesse legittimo (così, R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, Milano, 1974, S. VINTI, *Appunti per un metodo di studio del permesso di costruire*, Roma, 1996, 36 ss., e, più recentemente, A. BARTOLINI, *op. cit.*, 306, e B. MASTROPIETRO, *op. cit.*, 106 ss.) o un diritto soggettivo, corrispondente ad un'attività vincolata e non discrezionale della p.a. (in tal senso, L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 1996, 38, il quale parla, appunto, di «diritti soggettivi ad accertamento amministrativo», seguita da F. D'ANGELO, *op. cit.*, 83). La dottrina ormai prevalente critica l'idea per cui la sussistenza di un'attività vincolata sia alla base della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo: sul punto, cfr. R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, 2ª ed., Torino, 2017, 72 ss., spec. 80-95. Peraltro, oggigiorno è possibile sottolineare come una situazione di interesse legittimo non rappresenti un *minus*, rispetto al diritto soggettivo (al riguardo, si v. G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, 479 ss., spec. 507 ss.).

L'idea di cubatura come interesse legittimo pare non convincere neppure Cass., sez. un., 9 giugno 2021, n. 16080, cit., nella parte in cui la sentenza ritiene «il diritto di edificare insito nella proprietà del suolo, essendo dato all'Amministrazione soltanto di regolarne l'esercizio conformemente ai piani ed agli strumenti urbanistici di governo territoriale, non già di discrezionalmente costituirlo e neppure di trasferirlo da un privato all'altro».

⁴⁸ Così, già ante riforma, F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare. Artt. 2643-2645*, cit., 661 (posizione confermata post riforma, Id., *Trattato della trascrizione*, cit., 211): una simile affermazione porta con sé il rischio di ritenere la cessione di cubatura efficace solo *inter partes*, finché la p.a. non abbia proceduto al rilascio del permesso di costruire. Questa conclusione contrasterebbe, in maniera evidente, con l'introduzione dell'art. 2643, n. 2bis, c.c., volto piuttosto a rendere opponibile *erga omnes* la cessione di cubatura sin dalla sua stipula tra privati (a seguito della relativa trascrizione).

D'altra parte, i sostenitori di questa tesi – pur criticando coloro che fanno ricorso alla reificazione della cubatura o che ipotizzano la sussistenza di un diritto di credito dell'acquirente nei confronti dell'originario titolare della cubatura (B. MASTROPIETRO, *op. cit.*, 115 e F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, cit., 211 ss.) – cadono nel medesimo equivoco, nel momento in cui “coniano” la peculiare figura della *chance* edificatoria, la quale circola «alla stessa stregua di un diritto di credito» (F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, cit., 214, ma anche B. MASTROPIETRO, *op. cit.*, 113), pur nascondendo al proprio interno un interesse legittimo.

⁴⁹ F. D'ANGELO, *op. cit.*, 86 e, prima ancora, A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987, 26.

⁵⁰ Arrivati a questo punto, viene naturale chiedersi quali siano i margini di discrezionalità, di cui gode la pubblica amministrazione nella concessione del permesso di costruire (richiesto dall'acquirente della cubatura). La tematica è stata affrontata recentemente da Cons. Stato 31 maggio 2022, n. 4417, in *Foro amm.*, 2022, II, 651; in *Foro it.*, 2022, III, 321; e in *Riv. giur. ed.*, 2022, III, 1057, che ha esaminato proprio il caso di diniego di titolo edilizio, richiesto dal cessionario di cubatura e relativo ad alcuni lavori di ristrutturazione di un appartamento. Al riguardo – oltre a interessanti spunti sul ruolo della cessione di cubatura – la sentenza contiene alcune indicazioni in merito ai margini di discrezionalità, spettanti alla p.a. in sede di diniego del permesso di costruire. Nello specifico, il Consiglio di Stato afferma che il Comune non solo avrebbe dovuto valutare l'omogeneità d'area territoriale e la contiguità dei fondi (essendo riconosciuta l'ammissibilità di «asservimenti riferiti ad aree, anche se non contigue sul piano fisico, vicine però in modo significativo») ma sarebbe stato altresì tenuto a verificare – ed è questa la parte più significativa della pronuncia – che l'incremento di volumetria non fosse tale da *incidere sui parametri urbanistici complessivi* (dovendo l'amministrazione valutare «i rapporti tra strumenti di pianificazione, densità edilizia territoriale, densità edilizia fondiaria e la necessità che l'indice di edificabilità sia rapportato all'effettiva superficie suscettibile di edificazione in modo da potere individuare la volumetria assensibile con il permesso di costruire») nonché sul «più generale equilibrio di piano» (corsivo aggiunto). In altri termini, la discrezionalità della p.a. (nel rilascio del permesso di costruire, anche a seguito di cessione di cubatura) sussiste, ed è legata agli aspetti inerenti alla cubatura *ex se* (quali l'origine della cubatura e la contiguità dei fondi di decollo e atterraggio, soprattutto ove si parli di diritti c.d. perequativi), nonché alla necessità di garantire la non-alterazione dell'equilibrio urbanistico della zona: conseguentemente, il Consiglio di Stato conferma la pronuncia del Tar, che aveva ritenuto illegittimo il diniego del Comune, per difetto di motivazione (non essendo «stato provato dal Comune alcuno squilibrio nei parametri urbanistici complessivi»).

Sul punto, v. altresì, B. MASTROPIETRO, *La natura dei diritti edificatori al vaglio delle sezioni unite*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 1156, secondo cui «il procedimento al cui interno si situano i diritti edificatori non può non tenere conto degli affidamenti ingenerati, sicché non si sarebbe in presenza di una generica discrezionalità amministrativa, ossia del potere di rilasciare o negare il permesso di costruire in base a valutazioni di carattere generale, ma di discrezionalità tecnica, alla luce di modalità (tecniche) costruttive. In tal modo, il provvedimento di diniego dovrà essere sorretto da una motivazione particolarmente articolata ed esaustiva, senza riferimenti vaghi e sostanzialmente di stile, che finirebbero per ridurre l'iniziale vincolo al livello di una *condicio iuris* meramente potestativa».

⁵¹ A seguito della riforma del 2011, la tesi è stata sostenuta, in particolare, da G. AMADIO, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, in *Urbanistica e attività notarile. Nuovi strumenti*

ta accantonati i tentativi di ricondurla alle figure della superficie o della servitù prediale – come testimoniato anche dalla novella del 2011, che vuole dare alla fattispecie un'autonoma rilevanza⁵² – è stata allora paventata la possibilità che la capacità edificatoria possa consistere in un nuovo diritto reale.

Anche in tal caso, però, non mancano gli argomenti per scartare una simile opzione interpretativa. In primo luogo, è possibile notare come la qualificazione in termini di “nuovo” diritto reale rischierebbe di contrastare col principio di tipicità degli stessi⁵³: del resto, lo scarno n. 2bis dell'art. 2643 c.c. non è che un “embrione” di tipizzazione codicistica, in quanto al suo interno non è rintracciabile alcuna disciplina del (presunto) nuovo diritto reale tipico. Ancora, un altro argomento contrario a tale tesi è rappresentato dal fatto che la cubatura possa circolare autonomamente da un fondo, mancando cioè la necessaria inerenza che caratterizza i diritti reali⁵⁴. In sostanza, si possono acquistare diritti edi-

di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni, Milano, 2012, 42 ss. In giurisprudenza (oltre alle più risalenti pronunce già citate alla nt. 9, che parlano espressamente di un diritto reale atipico), Cass. 14 maggio 2003, n. 7417, in *Mass. Giur. it.*, 2003, afferma che «la cubatura è una facoltà che inerisce al diritto di proprietà, avente dunque caratteristiche di diritto reale immobiliare».

⁵² Escludono che la cubatura sia riconducibile al diritto di superficie o alle servitù prediali anche le Sezioni Unite del 2021 (Cass., sez. un., 9 giugno 2021, n. 16080, cit.). Non pienamente convincente è, però, uno degli argomenti utilizzati, al fine di escludere che la cessione di cubatura sia configurabile in termini di costituzione di servitù: la sentenza, in particolare, ritiene che (soprattutto in caso di capacità edificatoria d'origine perequativa) la necessaria appartenenza alla medesima zona urbanistica non sia tale da integrare il requisito della *vicinitas*, proprio delle servitù prediali. Mi pare, in realtà, che proprio l'appartenenza alla medesima zona urbanistica sia il suddetto requisito, da intendersi come *contiguità funzionale*, in quanto i due fondi si trovano geograficamente in una posizione tale da poter essere l'uno utile all'altro: in tal senso, per tutti, si veda R. TRIOLA, *Le servitù. Artt. 1027-1099*, in *Commentario del codice civile*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2008, 24, secondo cui la *vicinitas* «non è un requisito autonomo, ma in rapporto alla possibilità che si riconduce alla utilità». Piuttosto, il suddetto requisito potrebbe andare in crisi, in caso di cubatura acquisita in sede compensativa o premiale, dove – come si è visto – è possibile prescindere dall'appartenenza alla medesima zona urbanistica.

⁵³ Recentemente riaffermato, in tema di “uso esclusivo”, da Cass., sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, in *Corr. giur.*, 2021, 1202 ss., con nota di V. NARDI, *La natura del diritto d'uso esclusivo di un bene comune in ambito condominiale: intervengono le Sezioni Unite*, e in *Giur. it.*, 2021, 549 ss., con nota di R. CALVO, *Comunione e uso esclusivo tra autonomia e tipicità*.

⁵⁴ Così, Cass., sez. un., 29 ottobre 2020, n. 23092, cit., che sottolinea come, tra cubatura e fondo di “atterraggio” sussista soltanto «una connessione funzionale estrinseca e non ricostruibile in termini di realtà, dal momento che il diritto, o credito, edificatorio che dir si voglia - proprio per lo scopo compensativo e l'autonomia che gli sono coesenziali - non è inerente né immediatamente pertinente al fondo di partenza, di cui neppure

ficatori anche senza essere proprietari di un fondo sul quale esercitarli: possedere un fondo su cui utilizzare la cubatura rappresenta un requisito non tanto per l'acquisto della cubatura, quanto per il suo impiego, ai fini del rilascio del permesso maggiorato⁵⁵.

I problemi sopra individuati – relativi sia all'autonomia del momento privatistico sia alla mancanza degli elementi per poter parlare di un vero e proprio diritto reale – potrebbero risolversi qualificando la cubatura come un bene a sé stante, autonomo rispetto al fondo da cui origina: secondo tale impostazione, saremmo di fronte ad un *bene immateriale avente origine immobiliare*⁵⁶.

Si tratta, a ben vedere, della tesi che meglio si concilia con tutte le istanze in precedenza esaminate⁵⁷: *reificare* la cubatura, rendendola un bene im-

costituisce una qualità intrinseca atta ad essere economicamente valorizzata solo nel trasferimento congiunto con esso».

⁵⁵ Osservazione che porta G. AMADIO, *op. cit.*, 51 ss., a parlare di un diritto reale *ad inerenza virtuale*, nel senso che «l'inerenza al bene su cui il diritto deve esercitarsi potrà essere immediata o differita rispetto all'acquisto (è quella che prima s'è denominata *inerenza virtuale*); essa incide sulla realizzabilità del diritto (cioè sull'esercizio in concreto della facoltà di sfruttamento edificatorio), ma non impedisce il perfezionarsi della fattispecie traslativa, come rivelato dalla previsione della trascrivibilità immediata dell'acquisto».

⁵⁶ Tesi sostenuta da S. MEUCCI, *op. cit.*, 74 ss., spec. 82 ss. e G. TRAPANI, *Normative speciali e circolazione dei diritti edificatori*, in *Notariato*, 2012, 428 ss. Parla, altresì, di bene di creazione amministrativa, C. CAMARDI, *op. cit.*, 992 ss., spec. 1003 s. Da ultima, ritiene di poter risolvere la questione sulla natura giuridica della cubatura inquadrandola «in termini di teoria di beni di modo da mettere in evidenza capacità e utilità della cubatura», A. QUARTA, *Nell'occhio del ciclone: la qualificazione della cessione di cubatura tra effetti reali e natura obbligatoria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 400. Sulla natura *materiale o immateriale* del bene-cubatura, si v. inoltre A. ALAMANNI, *Riflessioni a margine della controversa questione del trasferimento dei diritti edificatori: bene o nuovo diritto?*, in *Contr. impr.*, 2014, 666 ss., secondo cui la cubatura sarebbe un bene immateriale nella sua fase di «rappresentazione» (e, dunque, nella sua circolazione), ma non anche in fase di «attualizzazione» (potremmo dire, di sfruttamento).

⁵⁷ Né, d'altra parte, colgono nel segno le critiche, nel tempo rivolte a questa tesi. Innanzitutto, non pare senz'altro decisivo – come invece sostenuto da F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, cit., 209, e da G. AMADIO, *op. cit.*, 50 s. – il fatto che la volumetria abbia bisogno di un terreno (e, dunque, di un altro bene) per poter esplicare appieno la propria funzione. Se così fosse, infatti, il medesimo ragionamento potrebbe esser compiuto con qualsivoglia bene che – al fine di svolgere la propria funzione – debba essere posto a *pertinenza* di un altro (si pensi, ad esempio, al bottone di una camicia o al motore di una macchina): similmente, la cubatura – al fine di esplicare la propria funzione – potrà essere impiegata su un fondo, costituendo un *accessorio* del medesimo. Ancora, un'altra critica mossa a questa tesi è legata al fatto che, ove la cubatura fosse un bene, il n. 2bis dell'art. 2643 c.c. rappresenterebbe un'inutile superfetazione (così, da primo, F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, cit., 208, seguito da R. QUADRI, *op. cit.*, 303 e G. AMADIO, *op. cit.*, 49), in quanto il bene-cubatura sarebbe oggetto di proprietà



materiale, consente alla stessa di avere un'autonoma dignità⁵⁸, non essendo esclusivamente collegata all'interesse legittimo all'ottenimento del permesso di costruire maggiorato, ma esaltando così l'autonomia del momento privatistico-traslativo, rispetto al diverso (e distinto) momento amministrativo. Del resto, proprio l'osservazione per cui la cubatura possa rappresentare un'entità nella libera disponibilità del proprietario, e che potrà essere *sfruttata* sia attraverso la richiesta di un permesso di costruire maggiorato sia a prescindere da qualsivoglia fondo (attraverso la sua alienazione, in quanto dotata di un proprio valore di scambio), rende evidente come la stessa sia dotata di tutte le caratteristiche necessarie per poter essere definita come bene autonomo⁵⁹.

e di altri diritti reali: dunque, gli atti aventi ad oggetto la proprietà di tale bene sarebbero già stati trascrivibili, ai sensi dell'art. 2643, n. 1, c.c. Neanche questa affermazione coglie nel segno, in quanto la norma appena citata consente esclusivamente la trascrizione di atti riguardanti la proprietà (o altro diritto reale, ai sensi dei successivi numeri del medesimo articolo) di *beni immobili*. La cubatura – pur originando da un bene immobile – non ha natura immobiliare, bensì di bene immateriale (originante da un fondo): così ragionando, l'atto riguardante i diritti sul bene-cubatura non sarebbero senz'altro trascrivibili ai sensi dell'art. 2643, n. 1, c.c. (o n. 10, in caso di conferimento in società). Pertanto, il numero 2bis mantiene ferma la propria utilità, individuabile nel consentire la trascrizione di un atto altrimenti non pubblicizzabile.

⁵⁸ Al pari di quanto avvenuto in tema di dati personali e di informazione, al fine di valorizzarne non tanto la patrimonialità, quanto piuttosto la necessità di accordarvi una «protezione in funzione dell'utilità e dell'utilizzabilità» (così, P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 329). In tale prospettiva, G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Napoli, 2020, 56, avanza l'ipotesi che, «se si adotta una nozione di bene (immateriale) che prescinda da una sua valutazione patrimoniale e da una sua circolazione nel mercato, si può anche ammettere la qualifica dei dati personali come beni senza risolvere il problema dell'attribuzione della risorsa che genera ricchezza». Nega, invece, che i dati personali costituiscano beni, A. IULIANI, *Note minime in tema di trattamento dei dati personali*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 298, in quanto mancherebbe – nella coscienza sociale – una consapevolezza dei dati personali quale merce di scambio.

⁵⁹ Pur non essendo questa la sede per ripercorre la questione relativa alla definizione di bene giuridico, sul punto ci si limita qui a rimandare alle riflessioni di F. PIRAINO, *op. cit.*, 459 ss., spec. 483 s., secondo cui «il minimo cosale è rappresentato però dall'attitudine dell'entità allo sfruttamento individuale o collettivo o civile», inteso come capacità di produrre benefici ricondotti al godimento o alla negoziabilità del bene: tali requisiti paiono entrambi ravvisabili in capo al bene-cubatura.

I diritti edificatori sarebbero qualificabili come beni, anche volendo aderire alla diversa visione proposta da M. BARCELLONA, *Per una teoria dei beni giuridici*, in *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, II, Milano, 1988, 168, secondo cui «rientra nel campo di regolazione della funzione attributiva non ciò che è utile, limitato, ecc., ma tutto ciò che, utile o effimero, limitato o abbondante, è storicamente in grado di incontrare una domanda, ossia non qualsiasi entità abbia valore d'uso ma solo i valori d'uso suscettivi di assumere la forma del valore di scambio».

Dall'altro lato, però, una simile qualificazione valorizza adeguatamente anche le peculiarità della fattispecie, esaminate al precedente paragrafo: la cubatura come bene, infatti, non viene vista come una “monade” – isolata dal resto del procedimento amministrativo, in cui si esplica la vicenda edificatoria – bensì come un bene che assolve la propria principale (seppur non unica) funzione in correlazione all'attività della p.a.⁶⁰. In altre parole, il bene-cubatura, seppur dotato di una propria dimensione privatistica, risulta comunque *collegato* – soprattutto nella disciplina negoziale, che verrà esaminata nel prossimo paragrafo – al rilascio del permesso di costruire, che costituisce in ogni caso il fine-ultimo dell'intera vicenda circolatoria della cubatura⁶¹.

Una simile conclusione pare, infine, coerente anche ove raffrontata con l'esperienza giuridica statunitense, da cui il nostro ordinamento ha mutuato il fenomeno della cessione di cubatura⁶²: in questa disciplina di *common law*, infatti, i c.d. *transferable development rights* vengono qualificati quali beni immateriali, legati alla dissociazione tra lo *ius edificandi* ed il diritto di proprietà sul suolo⁶³, consentendo così l'autonoma circolazione della capacità edificatoria. Anche nel nostro ordinamento, dunque, la capacità edificatoria può circolare alla stregua di un bene immateriale, le cui peculiarità – legate all'inscindibile collegamento col procedimento amministrativo – si riverberano, però, sugli effetti del contratto, il cui contenuto può essere ora esaminato con maggiore consapevolezza⁶⁴.

Sulla teoria dei beni in generale, *ex multis*, si vedano S. PUGLIATTI, *Beni (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 172 e, più recentemente, T.O. SCOZZAFAVA, *I beni*, in *Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2007, 12 ss.

⁶⁰ Logica conseguenza della «definitiva rottura dell'inerenza tra la volumetria edificabile e il suolo, e [del]l'espressa previsione della circolazione del diritto edificatorio autonomamente dall'esistenza di (e da un diritto su) un suolo, e indipendentemente dalla concreta edificabilità di un suolo (in quanto spesso creato dai Comuni per se stessi e/o in funzione incentivante e premiale)» (così, C. CAMARDI, *op. cit.*, 1005).

⁶¹ Il successivo momento amministrativo ha, dunque, una rilevanza non tanto a livello di *qualificazione* giuridica della cubatura, quanto – soprattutto – in tema di *effetti* espliciti dalla cubatura medesima (e dalle sue vicende circolatorie): nei medesimi termini, F. D'ANGELO, *op. cit.*, 85 s., (riprendendo le riflessioni di L. FERRARA, *op. cit.*, 44) secondo cui «una cosa, quindi, è ritenere che l'atto amministrativo sia costitutivo del diritto, altra è ritenere che esso “faccia venire in essere gli effetti” del diritto (potere di costituire gli effetti)».

⁶² Cfr. *supra*, nt. 3.

⁶³ Si ricorda, infatti, che nei paesi di *common law* la proprietà fondiaria è solitamente vista come un fascio di diritti, scorporabili e negoziati indipendentemente dalla proprietà medesima. Sul punto, *amplius*, F. D'ANGELO, *op. cit.*, 89 ss., anche per ulteriori riferimenti alla diversa esperienza francese.

⁶⁴ Per quanto sopra osservato, sorprende come Cass., sez. un., 9 giugno 2021, n. 16080, cit., – nel trattare della cessione di cuba-

4. La gestione dei rischi nella circolazione dei diritti edificatori: criticità (e prime risposte).

L'aspetto collegato alla gestione dei rischi – derivanti dal contratto di cessione di cubatura – rappresenta, a tutti gli effetti, l'ambito maggiormente inesplorato della fattispecie: ciononostante, esso costituisce anche il vero banco di prova delle conclusioni a cui si è giunti sopra, le quali risulterebbero inconsistenti ove non si giungesse – partendo dalle stesse – ad una soluzione (coerente col sistema) di questa problematica. Un simile compito non può che spettare all'interprete⁶⁵, in quanto né il legislatore (con lo scarno art. 2643, n. 2bis, c.c., con cui ci si limita a stabilire la semplice trascrivibilità del contratto) né – più sorprendentemente – la recente giurisprudenza⁶⁶ sono riusciti nell'intento di fornire risposte, adeguate alle esigenze palesate dal contratto in esame e capaci di contemperare tutti gli interessi ravvisabili nella vicenda circolatoria della capacità edificatoria.

Partiamo dalla constatazione di un dato ovvio, per poi passare agli aspetti di maggiore criticità. Gli effetti prodotti dal contratto di cessione di cubatura

– non compiano alcuno sforzo qualificatorio, preferendo adottare un approccio “per esclusione”: la sentenza si limita, infatti, a negare espressamente che i diritti edificatori costituiscono diritti reali (definendo la cessione di cubatura un *negozio ad effetti reali ex art. 1376 avente ad oggetto un diritto di natura non reale*), senza fornire un'adeguata qualificazione della cubatura *ex se*. A ben vedere, le Sezioni Unite escludono altresì che la cubatura possa costituire un bene autonomo: a tale conclusione non si giunge tanto leggendo gli scarni riferimenti contenuti nella motivazione, quanto ragionando proprio sul suddetto principio di diritto. Ove la capacità edificatoria fosse un bene immateriale, l'atto di cessione dovrebbe necessariamente trasferire la proprietà del bene cubatura, e, dunque, proprio un diritto reale su tale bene immateriale. Tuttavia, una simile conclusione potrebbe esser riletta, assumendo una prospettiva *esclusivamente* di carattere fiscale (essendo la Corte chiamata a risolvere esclusivamente una problematica tributaria, e non civilistica). In altri termini, si potrebbe sostenere che le Sezioni Unite si limitino ad escludere la natura di *diritto reale* della cubatura (evenienza che renderebbe la sua cessione soggetta all'aliquota del 9%, di cui all'art. 1, tariffa I parte I, d.p.r. 26.4.1986, n. 131), senza d'altro canto scartare l'opzione che individua nella cubatura un *bene non immobiliare* (il cui trasferimento sarebbe, invece, sottoposto all'aliquota “residuale” del 3%, ai sensi del medesimo d.p.r. 131/1986, come sostenuto dalla sentenza e al pari di quanto avverrebbe ove l'atto trasferisse un diritto di natura personale).

⁶⁵ In tal senso anche R. QUADRI, *op. cit.*, 323.

⁶⁶ Infatti, Cass., sez. un., 9 giugno 2021, n. 16080, cit., ignora totalmente questo aspetto: l'unica attenuante a tale omissione è rintracciabile nella natura tributaria della sentenza, che nasce al fine di risolvere i contrasti, creati in seno alle sezioni della medesima Corte, e relativi alla tassazione dell'atto di cessione di cubatura.

sono – come pare ormai assodato – reali: a prescindere che la cubatura sia qualificata in termini di *chance* edificatoria, di diritto reale o (come pare più ragionevole) di bene autonomo, il contratto che *trasferisce* tali diritti (sia che si tratti di un diritto reale⁶⁷ sia di un “altro diritto”) rientra senz'altro nell'ambito di applicazione dell'art. 1376 c.c.⁶⁸. Il primo effetto prodotto dal contratto è dunque rappresentato dall'immediato trasferimento dei diritti connessi alla capacità edificatoria, il tutto attraverso il solo consenso delle parti, e senza che a tal fine risulti necessaria la richiesta del permesso di costruire da parte dell'acquirente⁶⁹.

Fin qui, la disciplina della cessione di cubatura non pare presentare particolari criticità, essendoci limitati a trarre le dovute conseguenze dai ragionamenti sopra svolti. La questione più insidiosa si annida, piuttosto, nella necessità di disciplinare *i rischi* connessi alla circolazione della cubatura: se la prestazione principale del contratto di cessione di cubatura consiste nel trasferimento della stessa, non può infatti ignorarsi che il bene-cubatura è destinato ad esplicare appieno la propria funzione solo col rilascio del permesso di costruire. Entrambe le parti del contratto, infatti, sono ben consapevoli che lo stesso è volto – in ultima istanza – a consentire all'acquirente (e ai suoi eventuali aventi causa) di ottenere il rilascio di un permesso di costruire maggiorato.

Nella richiesta del permesso di costruire maggiorato, però, si nasconde la possibilità che la pubblica amministrazione (per qualsivoglia motivo, non imputabile al compratore⁷⁰) non rilasci il titolo edilizio

⁶⁷ E ciò si verifica sia ove si inquadri la cubatura nell'ambito dei diritti reali sia ove la stessa sia vista quale nuovo bene: in quest'ultimo caso, in particolare, il contratto di cessione avrebbe ad oggetto il trasferimento del diritto di proprietà sul bene-cubatura.

⁶⁸ In realtà, tale conclusione è maggiormente dubbia per i sostenitori della qualifica di *chance* edificatoria: infatti, F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, 211, parla di contratto ad effetti meramente obbligatori. Diversamente, la ricostruzione di B. MASTROPIETRO, *Natura e circolazione dei diritti edificatori*, cit., 108 ss., pare invece sostenere la realtà agli effetti del contratto di cessione della c.d. *chance edificatoria*.

⁶⁹ L'efficacia reale del contratto di cessione di cubatura è anche la principale conclusione a cui addivene Cass., sez. un., 9 giugno 2021, n. 16080, cit.

⁷⁰ Come sopra esaminato, alla nt. 50, sussiste in capo alla p.a. una discrezionalità, relativa al rilascio (o al diniego) del permesso di costruire. In questo ambito, il titolo edilizio potrebbe essere negato ove si richieda di impiegare la volumetria oltre i suoi limiti (di destinazione o spaziali) ovvero per una trasformazione incidente sui parametri urbanistici complessivi, o contraria all'equilibrio di piano (cfr. *supra*, Cons. Stato 31 maggio 2022, n. 4417, cit.): in tali ipotesi, diviene tuttavia necessario comprendere (di volta in volta) se il diniego del permesso sia imputabile ad una negligenza del richiedente (si pensi, ad es., all'acquirente che richieda il permesso per un'opera palesemen-



richiestole. A parte le ovvie riflessioni legate alla natura (vincolata o meno) dell'attività amministrativa⁷¹, tale aspetto fa luce sul principale rischio collegato alla cessione di cubatura, connesso, appunto, ad un eventuale diniego della p.a. in sede di rilascio del permesso di costruire.

Al fine di risolvere tale questione, si sarebbe – in prima battuta – tentati di applicare le norme in tema di contratto in generale o, meglio ancora, in tema di compravendita, in quanto il trasferimento di cubatura (effettuato a fronte di un prezzo in danaro) altro non è se non un contratto di vendita, avente ad oggetto il trasferimento del bene sopra esaminato. Ad una più attenta riflessione, però, l'interprete rimane spiazzato nel constatare la difficoltà di adattare entrambe le normative – tanto quella sulla vendita, quanto quella sul contratto in generale – ai rischi connessi alla cessione di cubatura.

Non sussistono, innanzitutto, i presupposti per ricorrere alla garanzia per vizi e per evizione, propria dei contratti di compravendita, in quanto è a tal fine necessario che qualsivoglia vizio (materiale o giuridico) pre-esista alla conclusione del contratto (*rectius*, al prodursi dell'effetto traslativo)⁷²: diversamente, nel caso del mancato rilascio del permesso di costruire, l'evento che svuota la cubatura della propria utilità si verifica successivamente al trasferimento della stessa. Ciò preclude, nel caso di specie, di configurare un vizio del bene(-cubatura) compravenduto, riconducibile al diniego opposto dalla p.a. al rilascio del titolo edilizio.

te contraria al piano regolatore) ovvero ad un semplice esercizio della discrezionalità, spettante all'amministrazione locale. Oltre ai casi appena esaminati (che paiono comunque rappresentare l'ipotesi più frequente nella prassi, come la recente sentenza del Consiglio di Stato dimostra), un diniego del permesso di costruire potrebbe altresì verificarsi nel caso di soppressione delle volumetrie concesse, e dunque ove la pubblica amministrazione revochi i diritti edificatori assegnati in sede perequativa, in ragione di un interesse di diritto pubblico. Questo vale prevalentemente per la volumetria concessa a scopo perequativo, in quanto la dottrina prevalente (sopra citata alla nt. 26) esclude che i crediti edilizi attribuiti con funzione compensativa o premiale possano essere revocati a seguito della revisione del PRG. Sul problema dello *ius superveniens* nella vicenda edificatoria, si v. MAU. RENNA, *L'esperienza della Lombardia, in Governo e mercato dei diritti edificatori*, a cura di A. Maltoni e A. Bartolini, Napoli, 2009, 85.

⁷¹ Cfr. *supra*, nt. 47 e 50.

⁷² In tal senso, per tutti, A. LUMINOSO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2014, 416 e D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 2^a ed. (rist.), 1971, 674 ss. Di diverso avviso, C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, 2^a ed., Torino, 1993, 838 ss., il quale – sulla base della (asserita) natura obbligatoria della garanzia prestata dal venditore – ritiene che la violazione dell'obbligo traslativo possa essere anche successivo alla stipula del contratto.

Né, d'altro canto, è possibile far ricorso alle risoluzioni codicistiche sul contratto in generale, in quanto la *prestazione contrattuale*, costituita dal trasferimento della capacità edificatoria, viene immediatamente eseguita col consenso del dante causa, da solo sufficiente e necessario a trasferire la cubatura *ex se*. Nel momento in cui si prende atto degli effetti reali del negozio di cessione di cubatura, vengono *in nuce* esclusi tanto la possibilità di configurare un inadempimento della prestazione traslativa⁷³ (escludendo così il ricorrere della risoluzione per inadempimento), quanto un eventuale ricorso al rimedio dell'impossibilità sopravvenuta (essendosi già verificato l'effetto traslativo, dedotto in contratto⁷⁴).

⁷³ Prestazione traslativa che viene, infatti, eseguita fin dalla conclusione del contratto, col solo consenso di entrambe le parti. Come si vedrà meglio di seguito (§5), è più convincente inquadrare gli eventuali comportamenti fraudolenti del venditore, il quale non cooperasse per il rilascio del permesso di costruire maggiorato (e, dunque, per l'avveramento della condizione), come inadempimenti dell'obbligo di agire secondo buona fede in pendenza della condizione, previsto dall'art. 1358 c.c. Anche in questo caso, dunque, la risoluzione per inadempimento *ex art.* 1453 c.c. non potrebbe trovare applicazione: ragionando diversamente, si rischierebbe un'indebita sovrapposizione tra il piano "tutelato" dalla condizione e quello degli obblighi scaturiti dal contratto (rischio denunciato da D. CARUSI, *Condizione e termini, in Trattato del contratto. III. Effetti*, a cura di M. Costanza, Milano, 2022, 322). In altre parole – per far ricorso alla risoluzione *ex art.* 1453 c.c. – l'unico *escamotage* sarebbe rappresentato dal ritenere (erroneamente) che l'oggetto del contratto fosse non il trasferimento della capacità edificatoria, bensì l'ottenimento del permesso di costruire da parte della p.a. In tal caso, il "venditore" si obbligherebbe a procurare al compratore il rilascio del titolo edilizio, attraverso una sorta di promessa del fatto del terzo, relativa al comportamento della p.a., *ex art.* 1381 c.c. (sul punto, si v. la successiva nt. 74).

⁷⁴ Salvo, nuovamente, ritenere che il negozio produca effetti obbligatori (leggasi, ponga a carico del "venditore" l'obbligo di procurare il rilascio del permesso di costruire): si tratterebbe, allora, di promessa del fatto del terzo e, dunque, ove il terzo non svolga la prestazione promessa (da altri), si sarebbe comunque di fronte ad un inadempimento a carico del promittente. Sulla distribuzione del rischio dell'impossibilità sopravvenuta, in presenza di promessa del fatto del terzo, si v. N. RIZZO, *Fideiussione e promessa del fatto altrui*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, II, 49 s., il quale distingue i casi in cui una promessa venga ricondotta nell'alveo della fideiussione ovvero dell'art. 1381 c.c.: la differenza rileva sotto diversi aspetti, tra cui le eccezioni proponibili da parte del promittente, ovvero il fatto che «mentre nella fideiussione il creditore può ottenere dal fideiussore l'adempimento dell'obbligazione garantita, indipendentemente dal fatto che il terzo si sia già reso inadempiente, nella promessa del fatto altrui il promittente dovrà l'indennizzo solo quando risulti la mancata esecuzione della prestazione da parte del terzo». Ancora, ulteriore differenza è legata al fatto che il fideiussore è tenuto all'adempimento dell'obbligazione garantita, mentre il promittente *ex art.* 1381 c.c. è tenuto al solo indennizzo, in caso di mancato avveramento del fatto promesso.

La lettura che riconduce la cessione di cubatura nell'alveo della promessa del fatto altrui non può, tuttavia, convincere. *In primis*, ciò sarebbe incompatibile col (sopra affermato) effetto rea-

Di conseguenza, dovrebbe (a rigore) trovare applicazione l'art. 1465 c.c., che reca il noto principio del *res perit domino*⁷⁵ e pone così a completo carico dell'acquirente il rischio del perimento del bene (ivi incluso quello legato al mancato rilascio del permesso di costruire da parte della pubblica amministrazione): una simile risposta non può convincere appieno⁷⁶. Sostenere, infatti, che l'intero rischio – connesso al mancato rilascio del permesso di costruire – sia addossato in capo all'acquirente rappresenta una soluzione insoddisfacente, in quanto ignora non solo il regolamento negoziale, costruito dalle parti, ma anche le innegabili peculiarità della vicen-

le del contratto. *In secundis*, l'indennizzo, a cui il promittente sarebbe tenuto (ove la p.a. non rilasci il titolo edilizio), potrebbe essere inadeguato a tutelare il compratore dai rischi assunti.

⁷⁵ Su tale principio, cfr. F. AZZARRI, *Res perit domino e diritto europeo. La frantumazione del dogma*, Torino, 2014, 163 ss. Il legislatore individua, infatti, «nel criterio formale del “trasferimento della proprietà” un modello di allocazione del rischio del perimento del bene oggetto della prestazione traslativa, che trova il suo immediato referente normativo nell'art. 1465 e, specularmente, nell'art. 1376» (così, F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto. V. Rimedi. 2*, a cura di V. Roppo, Milano, 2022, 854).

⁷⁶ Di tale evenienza si è accorta anche quella (a dire il vero, sparuta) dottrina che ha trattato il problema: si v. A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria di fronte ai rimedi sinallagmatici ed al recesso*, in *Recesso e risoluzione nei contratti*, a cura di G. De Nova, Milano, 1994, 223, secondo cui «la scarsa trasparenza e la, incompressibile discrezionalità, che caratterizza i procedimenti amministrativi in materia urbanistica, è naturale fonte di infiniti sospetti in caso di obbiettivo insuccesso dell'operazione programmata. Un modesto realismo suggerisce che l'*accipiens* deluso sarà facilmente indotto ad attribuire la condotta ambigua del *tradens*, almeno una parziale responsabilità del fallimento». Al fine di risolvere tale problematica, l'Autrice – fornendo una visione sostanzialmente obbligatoria della cessione di volumetria – ritiene che, ove il mancato rilascio del titolo derivi da un inadempimento del *tradens*, sia necessario far ricorso alle norme in tema di ingiustificato arricchimento. Al contrario, ove sia l'amministrazione locale a rifiutare il rilascio del titolo (senza che a ciò concorra il c.d. *tradens*), non vi sarebbe spazio per l'utilizzo di alcun rimedio, escludendo – nello specifico – la configurabilità di un'impossibilità sopravvenuta.

Diversamente, R. QUADRI, *op. cit.*, 323 ss., spec. 325, ritiene possibile utilizzare le norme in tema di cessione del credito, ammettendo che le parti concordino che il cedente sia tenuto a garantire il rilascio del permesso da parte della pubblica amministrazione, con un meccanismo che richiama quanto previsto dall'art. 1267 c.c. Ciononostante tale soluzione non convince appieno, per un duplice ordine di motivi. *In primis*, in quanto manca – nei confronti della p.a. – un vero e proprio diritto di credito, vantato dal cessionario della capacità edificatoria. *In secundis*, poiché – a detta dell'Autore – la garanzia ex art. 1267 c.c. dovrebbe essere espressamente pattuita dalle parti, addossando così il suddetto rischio in capo al cessionario, in caso di silenzio del contratto.

Sul punto, si veda altresì G.M. UDA, *Profili civilistici della circolazione dei diritti edificatori*, in *Riv. not.*, 2015, 1253, nt. 117, che avanza l'ipotesi che il mancato rilascio del permesso sia inquadrabile quale presupposizione o *condizione risolutiva* del negozio di cessione.

da edificatoria. Slegare completamente gli effetti della cessione di cubatura dal successivo rilascio del permesso di costruire equivarrebbe, infatti, ad ignorare l'*unitarietà* della fattispecie, che si è sopra tentato di dimostrare⁷⁷.

Piuttosto, mi pare che la questione debba esser risolta avendo riguardo proprio alle caratteristiche della fattispecie e, nello specifico, all'*oggetto del contratto*, costituito dalla cubatura *ex se*. Come si diceva sopra, infatti, tali peculiarità non si riflettono tanto sulla qualificazione del bene-cubatura, quanto sulle vicende (e, dunque, sugli effetti) del negozio di cessione di detto bene. Il fatto di inserire – all'interno di un contratto di vendita, di permuta o di altro tipo – un bene peculiare, quale la volumetria, comporta che *gli effetti del negozio si conformino alla particolare natura dei diritti edificatori, oggetto del trasferimento*⁷⁸.

Così ragionando, il momento privatistico – pur essendo *ex se* idoneo a determinare il trasferimento della cubatura – dovrebbe necessariamente risentire della natura dei diritti trasferiti e, dunque, l'effetto traslativo verrebbe meno ove il Comune non rilasci il permesso di costruire maggiorato (per motivi non imputabili all'acquirente medesimo⁷⁹). Il meccanismo appena descritto opererebbe alla stregua di una *condizione risolutiva di diritto*, la quale non dovrebbe, dunque, essere espressamente inserita all'interno del regolamento contrattuale, essendo, al

⁷⁷ Non è un caso, infatti, che (anteriormente alla riforma del 2011) numerose ricostruzioni – a prescindere che la cessione di cubatura fosse qualificata in termini di costituzione di servitù (G. PICCO-A.M. MAROCCO, *op. cit.*, 632), di mero d'atto d'obbligo (N.A. CIMMINO, *op. cit.*, 1138), ovvero di convenzione tra privati e Comune (P. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata*, in *Giur. it.*, 1990, IV, 387 s.) – parlassero di un negozio subordinato alla *condicio iuris* (spesso, a dire il vero, sospensiva) legata alla concessione del titolo edilizio da parte della pubblica amministrazione. Tale presa di posizione – se, da un lato, palesava le incertezze che all'epoca circondavano il negozio di cessione di cubatura, in mancanza di indicazioni legislative al riguardo – rendeva evidente, dall'altro lato, l'esigenza comune di tutelare il compratore per il caso di mancato rilascio del permesso di costruire da parte dell'amministrazione locale.

⁷⁸ Del resto, anche la Sezioni Unite del 2021 (Cass., sez. un., 9 giugno 2021, n. 16080, cit.) evidenziano «la dipendenza degli effetti pratici dell'atto di cessione di cubatura da un elemento estraneo, ma tutt'altro che secondario ed accidentale, all'atto costitutivo o traslativo in sé», quale il rilascio del permesso di costruire maggiorato.

⁷⁹ Si pensi al caso in cui l'acquirente – pur avendo acquistato la cubatura – non chieda successivamente il rilascio del permesso di costruire, oppure chieda di utilizzare la volumetria per un'opera palesemente difforme dal piano regolatore (senza che *medio tempore* siano intervenute modifiche allo stesso): in tal caso, è la condotta dell'acquirente a svuotare di utilità la cubatura, e dunque pare corretto ritenere che costui sopporti le conseguenze derivanti dal proprio comportamento.



contrario, implicita nel momento in cui le parti deducono in contratto il trasferimento della cubatura⁸⁰.

In definitiva, solo una simile lettura pare giungere ad una corretta allocazione del rischio contrattuale⁸¹, relativo alla possibilità che il procedimento amministrativo non produca il risultato sperato: all'interno della cessione di cubatura, il collegamento tra negozio privatistico e fase amministrativa si riverbera sull'effetto traslativo, che è sì prodotto dal solo consenso delle parti, ma che viene meno ove la prestazione del venditore perda *in toto* la propria

utilità⁸², a fronte di una sopravvenienza *connaturata nell'oggetto del contratto*. Salva una diversa convenzione⁸³, a seguito del diniego opposto dalla pubblica amministrazione al rilascio del permesso di costruire, il negozio di cessione della cubatura viene dunque integralmente spogliato dei propri effetti, attraverso un meccanismo condizionale volto a ripristinare un corretto equilibrio tra le parti, e derivante *in primis* dalle peculiarità dell'oggetto del contratto medesimo⁸⁴.

⁸⁰ Si sarebbe, al riguardo, tentati di fare ricorso alla figura della presupposizione. Del resto, l'attività della p.a. è da sempre uno dei più classici esempi addotti al fine di spiegare tale (discussa) figura: si pensi al caso in cui le parti concludano una compravendita di un terreno sul presupposto della sua edificabilità, ma successivamente il terreno non diventi edificabile. Oltre ai dubbi legati all'operare della presupposizione (in termini di invalidità o inefficacia del contratto: per la più recente ricostruzione del problema, si v. A.M. BENEDETTI, voce *Presupposizione*, in *Enc. dir., I tematici. Il contratto*, a cura di G. D'Amico, Milano, 2021, 889 ss.), ciò che spinge a preferire l'ipotesi della *condicio iuris risolutiva* è la constatazione che il venir meno del negozio non pare collegato (soltanto) alla presunta volontà delle parti, quanto piuttosto all'oggetto dedotto nel contratto, il quale *naturalmente* (e salvo diversa disposizione) comporta il venir meno degli effetti contrattuali, ove il fine-ultimo del negozio (il rilascio del permesso di costruire) non sia realizzabile.

La fattispecie può, per certi versi, presentare affinità anche con la c.d. cessione di aspettativa (al riguardo, cfr. U. LA PORTA, *Il trasferimento delle aspettative*, Napoli, 1995, 13 ss.): al pari di tale fattispecie, si assiste, infatti, ad un immediato effetto traslativo (*ivi*, 263), finalizzato all'ottenimento di una futura utilità. Ciononostante, non può parlarsi di un trasferimento di aspettativa *stricto sensu*, in quanto, così inquadrata, la cessione di cubatura perderebbe della propria autonomia (sopra dimostrata), essendo esclusivamente finalizzata all'acquisto di un bene "finale" (da individuare, peraltro, nel permesso di costruire – *ex se* intrasferibile, potendo essere ceduto solo unitamente al fondo a cui si riferisce, *ex art. 11, 2° co., d.p.r. 6.6.2001, n. 380* – e non nella costruzione finale). In altri termini, parlare di trasferimento di un'aspettativa equivarrebbe ad avvicinare il negozio ad una compravendita di bene futuro: l'equivoco (legato all'impossibilità di sovrapporre le due fattispecie) è presto svelato nel momento in cui si nota che quest'ultimo negozio è condizionato sospensivamente alla venuta ad esistenza del bene futuro (che è, dunque, *suscettibile di venire ad esistenza*); diversamente, la cubatura è *suscettibile di venir meno*, ove la p.a. neghi il rilascio del permesso maggiorato. Qualifica la cessione di cubatura in termini di aspettativa reale, A. BOVA, *op. cit.*, 163 ss., mentre parla di «legittima aspettativa di diritto», vantata dal titolare della volumetria, B. MASTROPIETRO, *La natura dei diritti edificatori al vaglio delle sezioni unite*, cit., 1157: la tesi è recentemente criticata da P. SIRENA, *Effetti del contratto*, in *Trattato del contratto. III. Effetti*, a cura di M. Costanza, Milano, 2022, 23.

⁸¹ Rischio – insito nel procedimento che porta al rilascio del permesso di costruire – che *rimane* in capo al cedente, che ne è titolare fin dall'inizio (vale a dire, sin dal momento in cui gli viene attribuita la volumetria). In caso di diniego opposto dalla pubblica amministrazione (e non imputabile al compratore), il cedente torna titolare della cubatura trasferita, ed è altresì tenuto alla restituzione del prezzo al cessionario, ond'evitare che si verifichi un ingiustificato arricchimento in suo favore.

⁸² Infatti, a seguito del diniego opposto dalla pubblica amministrazione e non imputabile al titolare della cubatura (non dovuta, ad esempio, ad una difformità del progetto presentato rispetto al piano urbanistico: cfr. *supra*, nt. 79), non solo sarà impossibile *costruire* sulla base di tale capacità edificatoria, ma sarà altresì improbabile riuscire a *rivendere* la cubatura: il mancato rilascio del permesso dipenderà – di regola, e come sopra visto – dalle norme urbanistiche in vigore ovvero da un esercizio (in negativo) della discrezionalità spettante alla p.a. Pertanto, non solo la cubatura non potrebbe essere sfruttata a livello edilizio, ma la stessa non potrebbe ulteriormente circolare, in quanto ben difficilmente un soggetto si assumerà il rischio di acquisire tale volumetria, inutilizzabile per il suo scopo principale (l'ottenimento del titolo edilizio). In senso difforme, D. FAUCEGLIA, *Note in tema di circolazione del "bene" cubatura*, in *Riv. not.*, 2022, 192 s., secondo cui «in caso di mancato permesso di costruire riferito ad una cubatura maggiorata, il cessionario resterebbe titolare di un diritto edificatorio che, pur non potendo essere oggetto di realizzazione (con la costruzione dell'opera), potrebbe ulteriormente circolare nel mercato». Tale opinione, oltre ad ignorare le difficoltà fattuali nel rivendere una cubatura per cui la pubblica amministrazione abbia già negato il rilascio del permesso di costruire, trascura altresì il regolamento negoziale predisposto dalle parti, ben consapevoli che il trasferimento della cubatura è finalizzato, in ultima istanza, all'ottenimento di un permesso di costruire maggiorato (e non ha, invece, un intento speculativo, salvo che ciò sia espressamente pattuito: cfr. *infra*, nt. 83).

⁸³ Nulla vieta, infatti, che le parti convengano una cessione di cubatura "a rischio e pericolo" del compratore, nella quale, cioè, quest'ultimo si assuma il rischio che il Comune non rilasci il permesso di costruire maggiorato, escludendo qualsivoglia garanzia da parte del venditore (nei limiti, s'intende, dell'art. 1229 c.c.), al fine di ottenere condizioni economiche più vantaggiose (da individuare, banalmente, in un minor prezzo d'acquisto) per l'acquisto della volumetria. Così facendo, la cessione di cubatura assumerebbe un connotato *aleatorio*, nel senso che il contratto sarebbe caratterizzato dal rischio, assunto dal compratore, di vedere integralmente svuotata d'utilità (economica e giuridica) la prestazione dedotta in contratto.

⁸⁴ Anche sotto questo aspetto, dunque, il meccanismo in esame si differenzia, in parte, dalla presupposizione, al cui interno (come ben evidenziato da F. MACARIO, *op. cit.*, 822) si assiste ad una «costante tensione dialettica tra sopravvenienza contrattuale e buona fede, con conseguente risoluzione o inefficacia, senza che la giurisprudenza abbia cura di specificare la *ratio* sottesa alla logica per cui la buona fede deve giuridicizzare un interesse irrilevante e soprattutto la portata della stessa». Diversamente, nel caso della cessione di cubatura (ed a prescindere dal fondamento che si voglia rintracciare nel meccanismo della presupposizione), l'inefficacia del contratto non discenderebbe tanto da un'applicazione della buona fede (o dalla presunta volontà delle parti), quanto piuttosto dalle caratteristiche del bene-cubatura, che si ripercuotono sugli effetti contrattuali, al venir meno di uno dei presupposti alla base del negozio (*i.e.* la possi-

5. La *condicio iuris* nei negozi di cessione di cubatura.

Il punto relativo alla *condicio iuris*, insita in ogni negozio traslativo dei diritti edificatori, merita qualche ulteriore approfondimento e precisazione. Per non smentire le premesse sopra poste, infatti, si rende necessario ricostruire coerentemente il contenuto e la disciplina della figura qui ipotizzata.

Il concetto di *condicio iuris* evoca un istituto classico⁸⁵ ma, allo stesso tempo, estremamente eterogeneo⁸⁶, al cui interno è spesso sussunta una notevole varietà di fattispecie. In particolare, la riconduzione di un determinato meccanismo condizionale, all'interno della "categoria" della *condicio iuris*, dipende esclusivamente dalla sua *fonte*, e non anche dal *contenuto* dell'elemento accidentale del contratto. Di questo assunto, la condizione legale, qui esaminata, rappresenta un'ulteriore conferma.

Infatti, la fattispecie presenta tutti i caratteri propri della *condicio iuris*, in quanto lega – per volontà non dei privati, bensì del nostro ordinamento – il venir meno degli effetti del contratto al verificarsi di un evento, futuro ed incerto. Un simile meccanismo è – come si diceva sopra – riconducibile alle peculiarità delle vicende circolatorie della cubatura, al cui interno attività privata ed amministrativa s'intrecciano, dialogano tra loro, risentendo l'una dell'altra, seppur nel rispetto della reciproca autonomia⁸⁷.

bilità di ottenere un permesso di costruire maggiorato, a fronte della titolarità della cubatura).

⁸⁵ Lo studioso tedesco che ha maggiormente approfondito il tema della *condicio iuris* è, tradizionalmente, P. OERTMANN, *Die Rechtsbedingung (condicio iuris)*, Leipzig-Erlagen, A. Deichertische Verlagsbuchhandlung, 1924. Per la dottrina italiana classica, *ex multis*, si v. A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 221 ss., P. RESCIGNO, voce *Condizione. c) diritto vigente*, in *Enciclopedia del diritto*, VIII, Milano, 1961, 768, G. DE SEMO, *Teoria della condizione legale (condicio iuris) e sue applicazioni in diritto fallimentare*, in *Dir. fall.*, 1960, I, 5 ss., G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, IV, 2, 3^a ed., Torino, 1980, 228 ss., e, più recentemente, M. COSTANZA, *Della condizione nel contratto*, in *Tratt. Scialoja-Branca*, 2^a ed., Bologna, 2019, 48 ss.

⁸⁶ Nota G. MIRABELLI, *op. cit.*, 229, come «nella categoria della *condicio iuris* vengono ricondotti, infatti, i casi più svariati nei quali la fattispecie produttiva di effetti giuridici comprende, oltre il negozio, altri atti o fatti: atti di autorità alle quali è affidato un compito di controllo su determinate attività, vuoi nell'interesse dei singoli [...] vuoi nell'interesse pubblico [...], ovvero avvenimenti in relazione ai quali l'atto è compiuto». Nota la medesima tendenza già P. RESCIGNO, *op. cit.*, 769, il quale parla di nozione «larghissima» della *condicio iuris*.

⁸⁷ In quest'ottica, l'innegabile collegamento sussistente tra momento privatistico e amministrativo non dispiega i propri effetti tanto nella fase *genetica* del contratto (riguardante il bene-cubatura, da subito trasferito al soggetto acquirente), quanto,

Preso atto di questa situazione, si avverte dunque l'esigenza di tutelare il privato, inserendo nello statuto negoziale (a prescindere, si ripete, da un'espressa volontà delle parti in tal senso) un meccanismo che ponga nel nulla gli effetti contrattuali⁸⁸, ove la cubatura trasferita non possa dispiegare appieno i propri effetti, non consentendo cioè al suo nuovo titolare di ottenere il rilascio del c.d. permesso di costruire "maggiorato". In breve, l'evento – futuro ed incerto, dedotto in condizione – è rappresentato dal fatto che la pubblica amministrazione neghi il rilascio del titolo edilizio (sulla base dei diritti edificatori trasferiti) a favore del cessionario, per cause a quest'ultimo non imputabili.

A ciò si aggiunge che l'emanazione di atti amministrativi è da sempre uno degli eventi maggiormente dedotti in condizione legale⁸⁹, quale ulteriore elemento, senza cui l'autonomia privata non può *in toto* produrre gli effetti sperati. Una simile osservazione – seppur vera nella maggioranza delle ipotesi in cui i provvedimenti amministrativi vengono inseriti in *condicio iuris* – merita di essere precisata, nel caso di specie. In effetti, la mancanza dell'atto amministrativo, da un lato, comporta che il negozio di cessione di cubatura non possa esplicare appieno i propri effetti (consistenti nel permettere all'acquirente di costruire); ma, dall'altro lato, ciò non preclude il trasferimento dei diritti edificatori *ex se*, che prescinde (almeno in astratto) dal rilascio del titolo edilizio.

Le conseguenze di tale osservazione sono tutt'altro che irrilevanti. In primo luogo, ciò spiega perché questa *condicio iuris* viene – nel presente lavoro – ricostruita come risolutiva, anziché come

piuttosto, relativamente all'*impiego* della volumetria sul c.d. fondo "d'atterraggio". Tale ricostruzione – in linea con quanto affermato, in linea generale sulla *condicio iuris*, da R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, 4^a ed., Torino, 2016, 1073 – «confina questo elemento completivo [dedotto in condizione] fuori dai costituenti del negozi, e così permette di scindere mentalmente la fattispecie negoziale in senso stretto, identificata nella sola attività delle parti, e le ulteriori condizioni legali». Si riesce, così, a garantire l'autonomia del momento negoziale rispetto al più ampio procedimento, al cui interno la cessione è (per forza di cose) inserita.

⁸⁸ Dall'avveramento della *condicio iuris* discende, infatti, l'obbligo di restituzione del prezzo, a carico dell'alienante, il quale tornerà pieno titolare della cubatura, in precedenza oggetto del trasferimento.

⁸⁹ Si pensi ai casi, solitamente evocati (v. D. CARUSI, *op. cit.*, 294), dell'autorizzazione amministrativa all'acquisto di un immobile o a titolo gratuito, compiuti dalle persone giuridiche durante la vigenza dell'art. 17 c.c. (oggi abrogata dalla l. 15.5.1997, n. 127) ovvero dell'approvazione (purché «si tratti di approvazione in senso proprio, e non di autorizzazione»: così, G. MIRABELLI, *op. cit.*, 230) del contratto ad opera dell'autorità di controllo, che vigila sull'attività contrattuale dell'ente pubblico.



sospensiva⁹⁰. Il trasferimento della cubatura non è precluso dalla mancanza del permesso di costruire maggiorato, ma è, più semplicemente, suscettibile di *venir meno* ove la pubblica amministrazione neghi il rilascio del titolo (e, dunque, il fine-ultimo perseguito dai contraenti non possa essere raggiunto).

In secondo luogo, da ciò discende un'ulteriore eccezione a quanto, di regola, avviene per le altre condizioni legali⁹¹: anche in caso di diniego del permesso di costruire, l'acquirente potrebbe infatti decidere di mantenere in piedi il negozio (optando, ad es., per ripresentare la richiesta al Comune, nella convinzione che il permesso di costruire non sia stato rilasciato esclusivamente per motivi non imputabili alla cubatura *ex se*⁹²) in quanto – pur non poten-

do il privato costruire – l'assenza del titolo edilizio non è *ex se* ostativa al trasferimento della cubatura.

Detto altrimenti, la *condicio iuris* non si configura qui come elemento di validità del trasferimento⁹³, bensì quale strumento di tutela a favore del privato, alla luce della peculiare natura dell'oggetto dedotto in condizione (nonché, più in generale, dell'intera vicenda circolatoria dei diritti edificatori). Spetta dunque all'acquirente decidere se avvalersi o meno della tutela apprestatagli dall'ordinamento. Del resto, se si è già rilevato che tale aspetto riguarda – principalmente – la gestione del rischio derivante dal contratto, la possibilità di rinunciare ad avvalersi della condizione non è che una (logica) conseguenza derivante dalla disponibilità degli interessi, tutelati dal meccanismo in esame⁹⁴.

Quest'ultima osservazione evoca un istituto, diverso dalla *condicio iuris*, ma che – nel caso di specie – si concilia, convive con quest'ultima: la condizione unilaterale, che consente all'acquirente di non avvalersi dell'avveramento della condizione⁹⁵. Contrariamente a quanto si sarebbe portati a pensare *prima facie*, l'accostamento non può (né deve) sor-

⁹⁰ In linea generale, nonostante il meccanismo della condizione legale sia più frequentemente utilizzato in forma di condizione sospensiva (si pensi, all'art. 1399 c.c., che subordina sospensivamente l'efficacia del negozio alla ratifica del soggetto falsamente rappresentato, ovvero al caso dell'ente che, seppur abbia stipulato il contratto col privato, deve ancora ricevere l'autorizzazione dalla competente autorità di controllo), nulla osta a che la *condicio iuris* sia strutturata quale condizione risolutiva: così, per tutti, G. DE SEMO, *op. cit.*, 11 il quale nota che «la c.i. ha natura per lo più *sospensiva*, ma non si esclude, anche dogmaticamente, pure il caso, per quanto raro, di una c.i. risolutiva».

Nel caso di specie, pare preferibile costruire la presente condizione come risolutiva in quanto non solo si evita di appiattare il concetto di cubatura su quello di aspettativa (v. *supra*, nt. 80), ma ciò sembra anche più aderente all'interesse effettivamente perseguito dalle parti. Mediante la predisposizione di una condizione risolutiva, infatti, il negozio produce immediatamente i propri effetti reali, consentendo al cessionario di divenire immediatamente titolare dei diritti edificatori e, dall'altro lato, al cedente di richiedere immediatamente il pagamento del prezzo. Nulla vieta, in ogni caso, che le parti decidano di strutturare la condizione come sospensiva, ove ciò risulti più aderente alla loro volontà: una simile pattuizione comporterebbe – secondo V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, 2^a ed., Milano, 2011, 598 – che la condizione si configuri in termini di condizione volontaria, anziché legale.

⁹¹ Sottolinea, infatti, V. ROPPO, *op. cit.*, 599 che solitamente le condizioni legali attengono ad una sfera di interessi diversa da quella dell'autonomia privata, a cui appartengono le condizioni volontarie. Ciò comporta che la condizione legale è solitamente considerata insuscettibile a rinuncia (da parte del contraente nel cui interesse è posta: condizione unilaterale), ovvero a finzione di avveramento (art. 1359 c.c.: *amplius, infra*), in quanto l'attività – oggetto del contratto – non può *in nuce* esser svolta, senza l'avveramento della *condicio iuris*, precludendo così l'applicazione di detti correttivi.

⁹² Il punto – di cruciale importanza – richiede particolare chiarezza e, dunque, qualche ulteriore notazione. La questione si gioca, innanzitutto, relativamente all'avveramento o meno della condizione, detto in contratto. Ove, infatti, l'evento sia dipeso da errori afferenti alla presentazione della domanda, non vi sarebbe alcun avveramento della *condicio iuris*, in quanto il fatto dedotto in condizione è sì costituito dal diniego del Comune al rilascio del permesso di costruire, ma *purché ciò non sia in alcun modo imputabile all'acquirente*. A ciò si aggiunge che la perizia, richiesta al compratore in sede di presentazione della

richiesta del permesso, può essere ricompresa nei doveri di buona fede, imposti alle parti – in pendenza della condizione – dall'art. 1358 c.c. L'inadempimento di un simile obbligo non può, di conseguenza, giovare al compratore, comportando l'avveramento della condizione e, di conseguenza, l'attivazione della tutela risolutoria, prevista in favore del soggetto negligente.

Diversamente, ove il Comune non abbia concesso il permesso per motivi legati alla discrezionalità spettantegli (cfr. *supra*, nt. 50), allora la condizione si sarà avverata, ma il privato potrebbe comunque ripresentare la richiesta, nella convinzione che stavolta la discrezionalità amministrativa venga esercitata in senso a lui favorevole.

⁹³ Pone l'accento sulla distinzione tra elementi di validità (la cui deficienza dell'elemento comporti invalidità dell'atto) e fatti che ostano alla piena efficacia del negozio (in mancanza dei quali l'atto è valido, ma non pienamente efficace), G. MIRABELLI, *op. cit.*, 229. Ciononostante, M. COSTANZA, *op. cit.*, 50 sottolinea la tendenza giurisprudenziale a ricondurre la condizione legale ad elemento di validità (anziché di mera efficacia) dell'atto.

⁹⁴ Una simile possibilità risulta coerente con la possibilità – sopra paventata, alla nt. 83 – che le parti escludano *ex ante* la sussistenza di una simile *condicio iuris*, convenendo che la cessione di cubatura sia “a rischio e pericolo” dell'acquirente. Ora, se una simile pattuizione può (come pare ragionevole) escludere *ex ante* l'operare della condizione, allo stesso modo il soggetto – consapevole del rischio che si sta assumendo – può rinunciare *ex post* ad avvalersi della sua operatività: così facendo, il contratto mantiene efficacia, nonostante l'avveramento della condizione risolutiva.

⁹⁵ In tal caso, dunque, l'alienante si trova in una situazione di soggezione, in quanto l'acquirente – tramite una dichiarazione successiva – potrebbe decidere di mantenere in piedi il negozio, nonostante l'avverarsi della condizione risolutiva. La situazione d'incertezza si risolverà, comunque, entro brevi termini, essendo il compratore (in forza dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede) tenuto a comunicare la propria decisione tempestivamente al venditore.

prendere. Il concetto di condizione legale riguarda, infatti, la sua *fonte*; diversamente, l'unilateralità della condizione è da ascrivere al *contenuto* dell'elemento accidentale, in quanto attiene agli interessi con esso tutelati⁹⁶. Nel caso in esame, il meccanismo condizionale trae la propria fonte da un'interpretazione sistematica della fattispecie esaminata, il tutto al fine di tutelare l'acquirente e addivenire ad una migliore distribuzione del rischio contrattuale, tenendo conto della continuità che lega momento privatistico e pubblicistico nella circolazione dei diritti edificatori.

La qualificazione appena fatta non è – si badi bene – fine a se stessa: essa ha, infatti, immediate ricadute, dal punto di vista della disciplina a cui è sottoposta la *condicio iuris*, qui teorizzata. In quest'analisi, è necessario procedere con ordine (logico, oltretutto cronologico).

Partendo dunque dalla fase di pendenza della condizione, non pare revocabile in dubbio che nel caso di specie trovi applicazione l'art. 1358 c.c., il quale impone a ciascuna delle parti l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, durante il suddetto periodo⁹⁷. Ciò comporta che, *pendente condicione*, all'effetto reale (proprio del negozio di cessione di cubatura) acceda, fisiologicamente, anche un effetto obbligatorio, consistente nel divieto – imposto al soggetto che cede la cubatura – di richiedere il rilascio del permesso di costruire relativamente al proprio fondo⁹⁸. Si tratta di un effetto che non solo co-

⁹⁶ Dipendendo l'unilateralità della condizione dall'esistenza di un interesse (quantomeno prevalente, se non esclusivo) di una delle parti (nel nostro caso, l'acquirente) al verificarsi (o al mancare) dell'evento futuro e incerto.

Conditio iuris e condizione unilaterale sono, d'altro canto, accomunate sotto il piano dell'eterogeneità degli interessi dedotti in condizione: sul punto, si v. M. COSTANZA, *La condizione unilaterale: una fattispecie variegata*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, II, 1, Milano, 1991, la quale – proprio in esordio della propria trattazione – adduce l'esempio che «in un contratto di vendita immobiliare è previsto che il trasferimento del bene sia subordinato al rilascio da parte del Comune della concessione che abilita alla costruzione dell'opera desiderata dall'acquirente», quale uno dei molteplici (ma anche dei principali) esempi di evento che le parti possono dedurre nella condizione unilaterale. Ciononostante, la condizione appena citata è da qualificare in termini di condizione volontaria, e non legale, in quanto la medesima discende dalla sola volontà delle parti.

⁹⁷ In tal senso, nonostante la lettera non chiara dell'art. 1358, V. ROPPO, *op. cit.*, 592.

⁹⁸ A livello logico, tale obbligo è da inquadrare come *divieto di non richiedere il permesso*, in quanto esso costituisce un *pruis* giuridico dell'attività di costruzione. Infatti, è la richiesta del permesso ad esaurire la cubatura, a prescindere o meno dall'attività edilizia. Al contrario, nell'ipotesi (patologica) in cui il proprietario costruisca abusivamente, senza previa richiesta del permesso di costruire, ciò non esaurisce la capacità edificatoria oggetto del trasferimento (pur esponendo l'originario titolare della cubatura a tutte le conseguenze, collegate allo svolgimento di un'attività edificatoria abusiva).

stituisce una conseguenza naturale dello spoglio della capacità edificatoria⁹⁹, ma deriva altresì dall'obbligo di comportarsi secondo buona fede, in pendenza della condizione. Detto altrimenti, una volta venduta la capacità edificatoria, il suo alienante non potrà richiederne – ottenendo il rilascio del relativo titolo edilizio, evento che esaurisce la capacità edificatoria, già ceduta – lo sfruttamento *edilizio*, trattandosi di un comportamento del tutto incompatibile con la cessione già intervenuta¹⁰⁰.

La sussistenza di un simile obbligo comporta, altresì, la necessità di interrogarsi sulla possibilità di usufruire della finzione di avveramento, di cui all'art. 1359 c.c., per il caso in cui l'alienante non rispetti l'obbligo di comportarsi secondo buona fede e ciò comporti l'avveramento della condizione risolutiva¹⁰¹.

⁹⁹ Del resto, una volta che quest'ultimo si privi dei diritti edificatori, l'obbligazione di non utilizzare gli stessi – e, dunque, di non costruire sul proprio fondo – è *in re ipsa*. Si noti che il sorgere di tale obbligazione costituiva, fino al 2011, il principale effetto scaturente dal contratto: ricostruendo la fattispecie sia come negozio obbligatorio, sia come costituzione di servitù (*altilius non tollendi*), l'effetto ultimo del contratto era costituito dal fatto di imporre all'alienante di *non costruire* sul proprio fondo. Oggigiorno, invece, una volta inquadrato il contratto di cessione di cubatura tra quelli ad effetti reali, l'obbligazione viene degradata ad effetto secondario del negozio.

¹⁰⁰ Come sopra anticipato, all'art. 1358 c.c. è altresì sottoposto il compratore, nel senso che il mancato avveramento della condizione non può dipendere da un suo comportamento negligente, relativo alla presentazione (o, addirittura, alla mancata presentazione) della richiesta del titolo edilizio.

¹⁰¹ Si pensi, ad esempio, al caso in cui l'alienante chieda (ed ottenga) il permesso di costruire *prima della trascrizione del negozio di cessione di cubatura*: in tal caso, infatti, il Comune non potrebbe in alcun modo avvedersi dell'avvenuto spoglio dei diritti edificatori, da parte del richiedente (originario titolare della volumetria). L'esempio pone, peraltro, un'ulteriore questione, legata all'idoneità della trascrizione (*ex art. 2643, n. 2bis, c.c.*) a rendere la cessione di cubatura opponibile alla pubblica amministrazione. Sul punto, infatti, non pare che l'art. 2644, 2° co., c.c. sia di una portata tale da *obbligare* la p.a. a controllare le risultanze dei registri immobiliari, prima del rilascio del titolo edilizio: tale norma, infatti, ha l'evidente (unico) scopo di tutelare il compratore per il caso di rivendita (c.d. doppia alienazione) del bene oggetto di trascrizione. Ciononostante, è condivisibile la posizione di F. GAZZONI, *Trattato della trascrizione*, cit., 217, secondo cui – nonostante l'effetto dichiarativo di cui all'art. 2644 c.c. non serva a rendere rilevante l'avvenuta cessione di cubatura nei confronti del Comune (in quanto quest'ultimo non è un avente causa, né diretto né indiretto, del contratto) – la stessa pubblica amministrazione avrebbe comunque l'onere di verificare le risultanze dei pubblici registri, al fine di verificare l'eventuale cessione dei diritti edificatori ad opera del loro originario titolare. Sul punto, si v. anche A. GAMBARO, *op. ult. cit.*, 12, nt. 24, secondo cui «un minimo di realismo impone di chiedersi se veramente gli uffici addetti al governo del territorio si faranno carico di verificare presso le conservatorie che il venditore sia effettivamente proprietario solitario dell'area da cui provengono i diritti edificatori ceduti». Lasciando da parte le notazioni appena svolte, i margini per applicare (al caso di specie) l'istituto previsto dall'art. 1359 c.c.



La questione si scontra con il tradizionale dibattito¹⁰², relativo alla compatibilità tra art. 1359 c.c. e *condicio iuris*, il quale parte da un dato di fatto, difficilmente contestabile anche nel caso di specie: ove la condizione riguardi un provvedimento amministrativo, che è requisito di liceità per un comportamento contrattualmente rilevante, la mancanza di tale provvedimento rende, in ogni caso, il comportamento illegittimo.

In altri termini, la *factio* – anche ove ritenuta astrattamente compatibile con l'istituto in commento¹⁰³ – non può in questo caso sopperire alla man-

canza del titolo edilizio, che costituisce presupposto indefettibile per poter edificare e, dunque, soddisfare l'interesse ultimo dell'acquirente della cubatura¹⁰⁴. Sicché al compratore non deriverebbe alcuna utilità concreta dal beneficiare del meccanismo previsto dall'art. 1359 c.c. (fingendo che la *condicio iuris* risolutiva non si sia verificata), ove il suo dan- te causa concorra nella realizzazione dell'evento dedotto in condizione (causando il diniego del titolo edilizio).

Maggiormente interessante è, piuttosto, chiedersi se – durante la pendenza della condizione – l'acquirente possa rivendere la cubatura: è il caso delle c.d. vendite “a catena”¹⁰⁵. Applicando l'art. 1357 c.c. alla fattispecie in esame (e non vedendosi alcun ostacolo a tale operazione ermeneutica¹⁰⁶), l'acquirente della cubatura può effettivamente rivenderla: il suo avente causa è fin da subito titolare della cubatura, fermo restando che questo negozio (così come ogni successivo atto di alienazione, al pari del primo) è comunque sottoposto alla medesima *condicio iuris*, legata al mancato rilascio del permesso di costruire da parte della p.a. Il punto – *prima facie* aproblematico – disvela, ad una più attenta lettura, ulteriori criticità, e richiede dunque ulteriori riflessioni.

In particolare, il caso appena esaminato (piuttosto residuale, a dire il vero, nella pratica, ma significativo al fine di risolvere alcune questioni dogmatiche sulla fattispecie) pone il problema se – in caso

sono ristretti, in quanto l'avveramento della condizione (casuale, in quanto dipendente dal comportamento di un soggetto *esterno* al contratto) dipende dall'attività della pubblica amministrazione: salvo si tratti di attività patologica della p.a. (come immaginata da V. ROPPO, *op. cit.*, 599, ove «il mancato rilascio dell'autorizzazione [...] dipenda da manovre della parte controinteressata»), non si vede come il privato (che ha ceduto la cubatura) possa incidere (negativamente) sul rilascio del permesso. Gli unici casi potrebbero allora esser legati al caso in cui la prassi comunale imponga un'attività collaborativa, svolta dal soggetto alienante, il quale si sia (in mala fede) rifiutato di collaborare, contravvenendo così all'obbligo di cooperazione imposto dall'art. 1358 c.c., e causando così l'avveramento della condizione risolutiva.

¹⁰² Già E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1959, 526, richiama, come applicabili alla *condicio iuris*, i soli artt. 1356 a 1358 e 1360 c.c., escludendo esplicitamente l'art. 1359 c.c. In tal senso, in dottrina, anche P. TRIMARCHI, *Finzione di avveramento e finzione di non avveramento della condizione*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 1966, 825; G. MIRABELLI, *op. cit.*, 253 s.; V. ROPPO, *op. cit.*, 599, R. SACCO-G. DE NOVA, *op. cit.*, 1089, nonché la giurisprudenza costante, tra cui: Cass. 16 novembre 1960, n. 3071, in *Giust. civ.*, 1961, I, 237 ss., Cass. 11 novembre 1967, n. 2718, in *Giur. it.*, 1968, I, 1375 ss., Cass. 4 aprile 1975, n. 1204, in *Foro it.*, 1975, I, 1990 ss., Cass. 5 febbraio 1982, n. 675, in *Rep. Giur. it.*, 1982, voce *Obbligazioni e contratti*, 317, Cass. 10 marzo 1992, n. 2875, in *Giust. civ.*, 1992, I, 373 s., Cass. 3 aprile 1996, n. 3084, in *Giust. civ.*, 1996, I, 2259 ss., Cass. 22 marzo 2001, n. 4410. Di diverso avviso, oltre alla dottrina riportata alla successiva nt. 103, in giurisprudenza, Cass. 27 febbraio 1998 n. 2168, in *Contratti*, 1998, 553 ss., con nota di P. AVONDOLA, *La “condicio iuris” e la finzione di avveramento*.

¹⁰³ Si v., infatti, la più accurata posizione, assunta da S. MAIORCA, voce *Condizione*, in *Digesto, disc. priv. sez. civ.*, III, Torino, 1988, p. 313 e recentemente ripresa da M. FACCIOLE, *Avveramento della condizione e buona fede post finitum contractum*, in *Contr. impr.*, 2019, 517, il quale propone di distinguere il caso «in cui il provvedimento amministrativo è requisito legale di efficacia dell'atto privato, nelle quali la finzione di avveramento della condizione deve senz'altro ritenersi inoperante per le ragioni anzidette», e quello «in cui, pur discorrendosi di *condicio iuris*, il provvedimento amministrativo viene dedotto dalle parti ad oggetto della condizione sospensiva apposta ad un negozio che in realtà sarebbe in grado di produrre i propri effetti sul piano civilistico anche senza che quel provvedimento venga rilasciato». In quest'ultimo caso, l'art. 1359 c.c. (e la relativa *factio*) potrebbe, in effetti, trovare applicazione: ciò che pare mancare – perlomeno nel caso in esame – non è tanto l'astratta compatibilità tra tale meccanismo e la *condicio iuris* qui ipotizzata, quanto l'effettivo interesse della parte danneggiata ad avvalersi della relativa *factio*.

¹⁰⁴ In tal caso, dunque, la tutela dell'acquirente dovrebbe essere meramente *obbligatoria*, non vedendosi l'utilità di consentire all'acquirente di beneficiare della finzione di avveramento, dal momento in cui costui non può comunque procedere all'attività edilizia sperata: sul punto, già P. TRIMARCHI, *op. cit.*, 825, il quale propende per l'operare del «rimedio alternativo del risarcimento del danno», nonché, da ultimo, D. CARUSI, *op. cit.*, 324 s.

Tutt'al più – ove il compratore sia convinto di poter comunque ottenere il rilascio del permesso di costruire, presentando nuovamente la relativa richiesta – costui potrà rinunciare ad avvalersi alla condizione legale posta nel suo interesse, come sopra ipotizzato.

¹⁰⁵ Sul punto, si v. nt. 36. Si noti che i ragionamenti qui svolti ben si prestano ad essere applicati al fenomeno della cessione “in volo”, in quanto, come nota B. MASTROPIETRO, *op. ult. cit.*, 1140, «la commerciabilità dei crediti edilizi in volo, e dunque non ancora “atterrati” sull'area di destinazione, presenta, poi, un margine maggiore di rischio, considerato che l'atterraggio potrebbe non verificarsi a causa della mancanza o insufficienza di aree idonee su cui esercitare il diritto edificatorio. Al riguardo, non si potrebbe neppure escludere una saturazione delle reali possibilità edificatorie nel territorio comunale, rispetto ai titoli volumetrici immessi nel mercato, anche a causa di un errore di calcolo commesso nella operazione di fissazione degli indici nei quali si identificano i diritti edificatori».

¹⁰⁶ In tal senso, sulla *condicio iuris* in generale, G. DE SEMO, *op. cit.*, 11, C. PINELLINI, *Il trattamento del contratto condizionale*, in *Arch. giur.*, 1986, 347, e A.C. PELOSI, voce *Aspettativa di diritto*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, I, Torino, 1987, 468.

di avveramento della condizione legale risolutiva – gli effetti di *ogni vendita* debbano venir meno, ovvero solo l'ultima vendita si risolva, restando la cubatura in capo all'ultimo cedente. Quest'ultima soluzione sarebbe, in effetti, da preferire, ove ci si rifaccia all'insegnamento più risalente, secondo cui la *condicio iuris* è irretroattiva¹⁰⁷.

Ciononostante, questa soluzione non convince appieno, né dal punto di vista di allocazione del rischio né (tantomeno) a livello giuridico. Sotto il piano dell'allocazione del rischio, non si vede perché l'ultimo cedente – un tempo tutelato dalla *condicio iuris* – debba ora sopportare il rischio legato al mancato rilascio del permesso di costruire, per il solo fatto di aver rivenduto il bene-cubatura¹⁰⁸. A livello giuridico, poi, l'irretroattività della condizione di diritto è dato tutt'altro che incontestato. Alla tesi più tradizionale, che ha ritenuto l'art. 1360 c.c. norma eccezionale (dunque inestensibile oltre il perimetro della *condicio iuris*), si è al contrario risposto che la problematica dev'essere risolta *caso per caso*, nel senso di esaminare gli interessi effettivamente tutelati dalla condizione¹⁰⁹.

Se dunque non sussistono ostacoli giuridici all'applicazione della regola della retroattività alla

¹⁰⁷ Sostengono che la *condicio iuris* sia irretroattiva, in quanto il disposto dell'art. 1360 c.c. è eccezionale e – in quanto tale – non può applicarsi al di fuori della condizione volontaria, P. RESCIGNO, *op. cit.*, 775, D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 113, nt. 1, S. MAIORCA, *op. cit.*, 333. Escludono in *nuce* la retroattività della *condicio iuris*, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1947, 593, E. BETTI, *op. cit.*, 522, F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1957, 197. L'eccezionalità dell'art. 1360 c.c. è, tuttavia, contestata da A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, 103 ss., oltreché dalla dottrina riportata *infra* alla nt. 109.

¹⁰⁸ In senso contrario, si potrebbe dire che costui ha *sfruttato economicamente* la cubatura. Tuttavia, simile affermazione trascura il fatto che, al mancato rilascio del permesso di costruire, il primo acquirente (che ha rivenduto la cubatura) dovrà restituire il prezzo ricevuto dalla seconda vendita: lo sfruttamento economico viene così travolto dall'impossibilità di sfruttare (dal punto di vista edilizio) i diritti edificatori. Dunque, lo sfruttamento *economico* viene parimenti meno e costui rischia di trovarsi con un bene nei fatti inutilizzabile e privo di valore di scambio (*amplius*, si v. nt. 82). Meglio, dunque, affermare che il rischio *resti in capo al suo originario titolare* (i.e. il proprietario del fondo di "decollo"), il quale sopporta fin dall'inizio il rischio legato alla cubatura (relativa al proprio fondo o concessagli in via compensativa).

¹⁰⁹ Ritengono possibile applicare la regola della retroattività alla *condicio iuris*, salva la necessità di un'analisi caso per caso, che tenga conto della natura del rapporto: A. SCIALOJA, *Condizione volontaria e condizione legale*, in *Saggi di vario diritto*, I, Roma, 1927, 14 s., G. DE SEMO, *op. cit.*, 11, P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri. I. La compravendita di «cosa futura»*, Napoli, 1962, CANTAGALLI, *Inefficacia dei negozi giuridici e «condicio iuris»*, in *Foro it.*, 1952, I, 414, G. MIRABELLI, *op. cit.*, 257, G. TATARANO, *«Incertezza», autonomia privata e modello condizionale*, Napoli, 1976, 128 ss., G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, 118, nt. 75.

condicio iuris, la questione torna (con un andamento quasi circolare) all'esame della gestione dei rischi derivanti dal contratto. Confermandosi quanto sopra detto – e risolvendo la questione avendo riguardo ad un'equilibrata allocazione del rischio contrattuale, a cui la *condicio iuris* aspira – anche nel caso di specie la condizione si presta ad operare in senso retroattivo, travolgendo ogni (eventuale) contratto, posto in essere dal primo acquirente della cubatura, e facendo tornare i diritti edificatori in capo al proprietario del fondo "di decollo"¹¹⁰.

Infine, siano consentite alcune, brevi, notazioni in tema di pubblicità, la quale – anche solo per il *locus* scelto dal legislatore per contemplare la cessione di cubatura, all'interno del codice civile – rappresenta uno snodo centrale, al fine di dare completezza ai ragionamenti sopra svolti. Al riguardo, la nota di trascrizione del negozio di cessione di cubatura – a prescindere che le parti abbiano o meno previsto espressamente la condizione all'interno del regolamento contrattuale¹¹¹ – dovrà, come imposto dall'art. 2659, 2° co., c.c., menzionare la sussistenza della condizione risolutiva, a cui il trasferimento della capacità edificatoria è sottoposto.

Così facendo, il meccanismo condizionale si colloca perfettamente all'interno del contesto ipotizzato dal legislatore del 2011, nel momento in cui ha voluto rendere trascrivibili gli atti di cessione della cubatura, assoggettandone le relative vicende circolatorie ad un maggiore grado di certezza¹¹²: dalla menzione nella nota di trascrizione dipende, infatti, l'opponibilità del meccanismo condizionale nei

¹¹⁰ Ove le parti, dunque, siano consapevoli della volontà del primo cessionario di rivendere la cubatura, e gli stessi vogliano conseguentemente garantire la certezza nella circolazione della capacità edificatoria (mettendosi al riparo dalle conseguenze della retroattività della *condicio iuris*), le stesse dovrebbero allora premurarsi di escludere che la cessione di cubatura (come ipotizzata alla nt. 83) risulti sottoposta alla condizione legale risolutiva. In alternativa, i contraenti potrebbero pattuire la *irretroattività* della condizione, prevedendo espressamente che, ove il cessionario decida di rivendere la cubatura, il *rischio* contrattuale (legato al mancato rilascio del titolo edilizio) risulti addossato in capo a quest'ultimo.

¹¹¹ L'unica ipotesi in cui non sarà necessario procedere all'indicazione della condizione, all'interno della nota di trascrizione, è dunque rappresentato dal caso in cui le parti abbiano *espressamente* escluso l'operare della suddetta *condicio iuris*, potendo le parti derogare al regime legale, addossando così il rischio – collegato al diniego del titolo edilizio – interamente in capo all'acquirente.

¹¹² Proprio al fine di addivenire a tale risultato e, allo stesso tempo, informare le parti delle vicende a cui il negozio è sottoposto, è senz'altro consigliabile – nella prassi – esplicitare la *condicio iuris* all'interno del testo contrattuale: una simile operazione non comporta, in ogni caso, che la condizione legale diventi volontaria (cfr. *supra*, nt. 90), limitandosi le parti a prendere atto di un meccanismo scaturente dalla natura del bene dedotto in contratto.



confronti dei terzi¹¹³. Parimenti, saranno sottoposte a pubblicità le successive vicende, di avveramento o mancato avveramento della condizione. Di conseguenza, ove il Comune rilasci effettivamente il titolo edilizio in misura maggiorata, il mancato avveramento della condizione porterà alla cancellazione della sua menzione, all'interno della nota di trascrizione (art. 2668, 3° co., c.c.); viceversa, ove il permesso di costruire venga negato – concretizzandosi così il rischio da cui si vuole tutelare l'acquirente della cubatura – l'art. 2655, 1° co., c.c. impone che venga annotato, a margine della precedente trascrizione, l'avveramento della condizione risolutiva ed il conseguente venir meno degli effetti contrattuali.

In conclusione, nelle pagine che precedono si è tentato di fornire una ricostruzione il più possibile organica e coerente del negozio di cessione di cubatura, tenendo conto della struttura di una fattispecie, che si colloca sul (sempre più sottile) confine tra diritto amministrativo e diritto privato. La ricostruzione – completamente affidata all'interprete, vista la laconicità della normativa e la scarsa esaustività delle risposte giurisprudenziali sul punto – deve muovere proprio dalla presa d'atto della natura "ibrida" dell'istituto, per poi trarne le dovute conseguenze.

È dunque a fronte di tali esigenze che la *condicio iuris* assume un ruolo cruciale, in quanto serve per *recuperare* quell'unitarietà della fattispecie circolatoria dei diritti edificatori, che altrimenti rischierebbe di andar persa, ove si sposti eccessivamente il baricentro sulla tendenziale autonomia del contratto di cessione di cubatura (momento privatistico) da solo idoneo a produrre il risultato traslativo. Tale effetto è, però, fine a se stesso, ove non seguito dal rilascio del permesso di costruire "maggiorato" (momento pubblicistico). Il risultato non è affatto contraddittorio, né deve sorprendere: le due fasi del procedimento (*decollo* e *atterraggio*, si potrebbe dire) sono, allo stesso tempo, distinte, ma inscindibilmente collegate tra loro, in quanto ciascuna è imprescindibile per ottenere il risultato voluto dalle parti.

Dall'altra parte, la coerenza – in un quadro potenzialmente complesso – può essere recuperata attraverso il "semplice" strumento condizionale, da sempre utilizzato al fine di conformare gli effetti contrattuali ad elementi (tendenzialmente) estranei al rapporto *stricto sensu* inteso (seppur collegati allo stesso per volontà dell'ordinamento, nel caso della condizione legale). In questo contesto, la *condicio iuris* serve, dunque, da *trait d'union* tra momento

pubblicistico e momento privatistico, cosicché la vicenda possa concludersi *senza soluzione di continuità* tra queste due fasi, autonome ma legate "a doppio filo" tra loro.

¹¹³ In tal senso, da ultimo, D. CARUSI, *op. cit.*, 350, e, dapprima, R. TRIOLA, voce *Trascrizione*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 944.

DISABILITÀ E DIRITTO ALLO SPORT: TUTELE CIVILISTICHE E LIBERTÀ COSTITUZIONALI

318 Di Giangabriele Agrifoglio

SOMMARIO: 1. *Considerazioni introduttive* - 2. *Dall'integrazione all'inclusione: scuola e sport come ambienti nei quali far "fiorire" le diverse capacità.* - 3. *Disabilità e debolezza: tra meccanismi di protezione e diritto all'autodeterminazione.* - 4. *La capacità dell'atleta disabile: tra ordinamento sportivo e ordinamento statale* 5. *Conclusioni. Gli ostacoli all'inclusione: dalle barriere architettoniche alla discriminazione del disabile.*

ABSTRACT. Il lavoro analizza la figura del disabile nella moderna società con particolare riferimento all'attività sportiva. L'autore si sofferma in particolare sul rapporto tra gli strumenti di protezione approntati a tali soggetti dal diritto privato e l'esercizio delle libertà costituzionali, anche alla luce della recente modifica dell'art. 33 Cost., dei principi proclamati dalla normativa sovranazionale, e delle norme promananti dall'ordinamento giuridico sportivo. Particolare attenzione è rivolta allo svolgimento di attività sportive rischiose da parte di soggetti con disabilità psichica.

The work analyzes the figure of the disabled in modern society with reference to sport. The author focuses on the relation between protection tools of private law and exercise of constitutional freedoms, considering the recent reform of art. 33 of the Constitution, of principles proclaimed by supranational legislation, and of sports legal system rules. A particular attention is paid to risky sports activities by people with mental disabilities.



1. Considerazioni introduttive.

Il disegno di legge costituzionale n. 13 del 13 ottobre 2022¹, approvato in seconda lettura dal Senato della Repubblica il 16 maggio 2023, è volto ad introdurre una modifica all'art. 33 Cost. avendo previsto l'aggiunzione di un ultimo comma ai sensi del quale «la Repubblica riconosce il valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico dell'attività sportiva in tutte le sue forme»².

Prima di tale riforma l'unico riferimento diretto allo sport all'interno della Costituzione era presente nell'art. 117. c. 3, così come riformato dalla l. cost. n. 3/2001, il quale inseriva l'ordinamento sportivo tra le materie di legislazione concorrente. La Costituzione non conteneva però alcun riferimento specifico all'attività sportiva o allo sport in generale.

In realtà si era già tentato in passato di introdurre una tutela costituzionale diretta dell'attività sportiva alla luce dell'importanza che tale fenomeno era andato acquisendo dopo la seconda metà del Novecento non soltanto quale attività economica di rilevante importanza ma anche come momento di inclusione e di superamento di *gap* sociali, generazionali ed economici.

Basti considerare il disegno di legge n. 2276 dell'11 marzo 2009³ con il quale si sarebbe voluta aggiungere sempre all'articolo 33 della Costituzione la statuizione secondo la quale «la Repubblica promuove e valorizza lo sport in tutte le sue manifestazioni tenendo conto delle varie discipline, delle strutture in cui si articola e in particolare di quelle fondate sul volontariato, e della sua funzione civile, sociale, educativa e di tutela della salute».

Ovvero il precedente disegno di legge n. 644 del 22 maggio 2008⁴ con il quale veniva proposta la modifica dell'art. 32 della Costituzione, con la previsione secondo la quale «la Repubblica riconosce e favorisce il diritto allo svolgimento dell'attività sportiva e ricreativa. La legge assicura la realizzazione degli strumenti idonei a garantire l'esercizio libero e gratuito dell'attività di cui al terzo comma».

In tal modo lo Stato italiano si sarebbe allineato ad altri Stati europei che già avevano assunto da tempo questa determinazione e che riconoscevano il diritto allo sport per tutti i cittadini come diritto costituzionale degno della massima tutela⁵.

Nonostante ciò, anche alla luce della considerazione secondo la quale «uscito dal ventennio fascista lo Stato italiano conservava il ricordo infausto dei tentativi di condizionare, anche attraverso lo sport, la vita degli italiani»⁶, dato che il regime non aveva «perso occasione di utilizzare manifestazioni sportive, o para sportive, per affermare la potenza dello Stato totalitario ed il rinato spirito bellico degli italiani»⁷, si è preferito per lungo tempo limitarsi a prevedere una tutela soltanto «indiretta» dell'attività sportiva da parte della Costituzione italiana; tutela indiretta che trovava le sue fonti negli artt. 2, 18, 21, 41, ma soprattutto 32 della Costituzione.

¹V. Disegno di Legge Costituzionale n. 13 del 13 ottobre 2022, in <https://www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/Ddliter/55320.htm>.

² Nel Disegno di legge si legge, testualmente, che «la collocazione nell'articolo 33 richiama per primo il valore educativo, legato allo sviluppo e alla formazione della persona. A questo si affianca il valore sociale, costituendo lo sport sovente un fattore di aggregazione e uno strumento d'inclusione per individui o cerchie di soggetti in condizioni di svantaggio o marginalità del più vario genere, quali quelle di tipo socio-economico, etnico-culturale o fisico-cognitivo. Infine, lo sport ha una correlazione con la salute, specie intesa nella sua più moderna concezione di benessere psico-fisico integrale della persona (anziché come mera assenza di malattia). L'espressione «attività sportiva» è stata preferita a «sport» perché quest'ultimo, pur essendo un termine ormai ricorrente nella lingua italiana, è pur sempre una parola straniera, e quindi è stato ritenuto non opportuno inserirlo nella Costituzione. Infine, la formula secondo cui è riconosciuto il valore dell'attività sportiva «in tutte le sue forme» è volta a esplicitare che la norma annovera lo sport nella sua accezione più ampia (professionistico, dilettantistico, amatoriale, organizzato o non organizzato)».

³ Reperibile su <https://leg16.camera.it/126?idDocumento=2276>.

⁴ Reperibile su <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/202696.pdf>.

⁵ Al riguardo, per riportare alcuni esempi, la Costituzione del Portogallo all'articolo 79 statuisce: «ognuno ha il diritto di ricevere l'educazione fisica e ad esercitare lo sport. 2. È dovere dello Stato, unitamente alla scuola, ai gruppi ed alle associazioni sportive promuovere, stimolare, guidare e sostenere la pratica e la diffusione dell'educazione fisica e dello sport ed, altresì, prevenire la violenza nello sport». La Costituzione della Grecia all'articolo 16, comma 9, afferma che «gli sport sono posti sotto la protezione e l'alta sorveglianza dello Stato. Lo Stato si farà garante e controllerà tutti i tipi di associazioni sportive specificate dalla legge. L'utilizzo dei sussidi, in conformità con i propositi e gli scopi delle associazioni beneficiarie, dovrà essere disciplinato dalla legge». La Costituzione della Russia all'articolo 41 dispone che «lo Stato assume le misure volte allo sviluppo della cultura fisica e dello sport». La Costituzione dell'Ungheria stabilisce che «lo Stato ha il dovere di assicurare il diritto all'esercizio dell'attività fisica e le autorità locali sono tenute a detta incombenza». La Costituzione della Croazia all'articolo 68 prevede che «la Repubblica incoraggia ed aiuta la cultura fisica e lo sport. Il diritto delle autonomie locali prevede la possibilità di assumere decisioni in ordine ai bisogni e agli interessi dei cittadini ed in particolare della cultura fisica e dello sport». La Costituzione della Turchia stabilisce all'articolo 59: «è dovere dello Stato assumere tutte le misure necessarie per lo sviluppo della salute fisica e morale dei cittadini di tutte le età ed incoraggiare la pratica degli sport tra la popolazione».

⁶P. SANDULLI, *Sport e Costituzione*, in <https://www.coni.it/it/rivista-di-diritto-sportivo/dottrina/14714-sport-e-costituzione-di-piero-sandulli.html>.

⁷ P. Sandulli, *Sport*, cit.



Nell'ottica della nuova riforma costituzionale la tutela dell'attività sportiva non viene più viceversa ancorata all'art. 32 Cost., e dunque alla protezione della salute quale diritto dell'individuo ed interesse della comunità, così come prevedevano precedenti progetti di riforma costituzionale, bensì all'art. 33 Cost. e dunque all'insegnamento, alla cultura, e all'istruzione.

Tale mutamento di prospettiva, come si cercherà di mettere in evidenza, assume rilievo nell'ambito delle presenti riflessioni, dato che con esso si amplia notevolmente la possibilità che l'attività sportiva possa essere praticata indipendentemente dalla circostanza che essa contribuisca alla salute dell'individuo (quanto meno là dove la salute sia intesa quale assenza di malattia): lo sport assume principalmente così un valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico dell'individuo.

Ad ogni modo anche prima che si mettesse mano alla riforma costituzionale era innegabile che tra le c.d. attività realizzatrici della persona umana già rientrasse anche l'esercizio di un'attività sportiva, fosse essa praticata in forma agonistica come attività professionistica, dilettantistica o amatoriale, fosse essa praticata in forma ludica come semplice attività motoria.

Se infatti l'art. 165 del TFUE afferma che l'azione dell'Unione è intesa «a sviluppare la dimensione europea dello sport, promuovendo l'equità e l'apertura nelle competizioni sportive», la Comunicazione della Commissione europea del 18 gennaio 2011 (Sviluppare la dimensione europea dello sport) promuove e valorizza tanto il ruolo sociale che la dimensione economica dell'attività sportiva come «strumento per contribuire ad una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva»⁸.

Eppure, per venire all'oggetto del presente lavoro, tale concezione inclusiva del fenomeno sportivo è relativamente recente⁹, dato che viceversa sino alla seconda metà del '900 lo sport viene tradizionalmente considerato come attività esclusiva, riservata soltanto a determinate categorie di soggetti (soggetti che avevano il tempo, le possibilità economiche, nonché le doti fisiche considerate essenziali per praticare le attività sportive).

Basti considerare che risale soltanto al 1976 la «Carta europea dello sport per tutti» adottata dal

⁸ V. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Sviluppare la dimensione europea dello sport, COM(2011) 12, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A52011DC0012>.

⁹ Sulla funzione sociale dello sport v., ad esempio, S. BASTIANON, *La funzione sociale dello sport e il dialogo interculturale nel sistema comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2/2009, 391 ss.

Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, con la quale si afferma per la prima volta che «ciascuno ha diritto di praticare lo sport» e che è del 1986 la Raccomandazione n. 86 del Comitato dei Ministri agli Stati membri in merito alla Carta europea dello sport per tutti «sulle persone disabili», secondo la quale «i governi degli stati membri devono: intraprendere i passi necessari per assicurare che le autorità pubbliche e le organizzazioni private divengano coscienti dei bisogni e delle necessità sportive e ricreative ed inoltre nel campo dell'istruzione di tutti i disabili, non solo coloro disabili in senso fisico e sensoriale e con ritardo nello sviluppo intellettuale, ma anche coloro che soffrono di disordini di carattere organico o psicosomatico; orientare le politiche relative a queste persone in modo tale da fornire adeguate opportunità per la partecipazione ed attività fisico ricreative che: - incoraggino il loro benessere e/o migliorino le loro condizioni fisiche; - forniscano occupazioni soddisfacenti per il tempo libero: - incoraggino la comunicazione sociale sia tra disabili che con persone non disabili».

Parlare di sport e soggetti fragili, specialmente là dove con il termine soggetti fragili ci si fosse riferito alle persone disabili, avrebbe rappresentato sino ad allora un vero e proprio ossimoro; l'esercizio dell'attività sportiva richiedeva, nella sua visione tipica, resistenza fisica e psichica; tutto il contrario della fragilità.

Nel suo significato tradizionale lo sport indica infatti un'attività agonistica (di giochi a base di *agon* avrebbe parlato Caillois¹⁰) volta al conseguimento della vittoria su avversari attraverso il raggiungimento della massima *performance*; l'atleta sin dall'antichità è considerato come l'incarnazione dell'uomo sano e vigoroso capace non soltanto di superare i propri limiti fisici e psichici ma soprattutto di superare tutti i suoi avversari; non a caso, il termine *athlos* deriva da lotta e quasi tutte le attività sportive dell'antichità erano, per così dire, prope-deutiche alla guerra.

Basti pensare, con buona pace di quanto affermato dal creatore delle Olimpiadi moderne Pierre de Coubertin, che per i greci, come ricorda Eva Cantarella¹¹, l'importante non era partecipare ma vincere; la vittoria era la prova del valore sociale e fisico e chi non riusciva a primeggiare provava una tale vergogna – scrive Pindaro – da tornare a casa «per obliqui sentieri nascosti»¹².

¹⁰ R. CAILLOIS, *I giochi e gli uomini. La maschera e la vertigine*, Bologna, III ed. 2004, 5.

¹¹ E. CANTARELLA, *Il doping nell'antica Grecia. Invocare la dea della magia*, in www.corriere.it, 5 agosto 2008.

¹² Pitica VIII, vv. 85-86.

A parte le eccezioni rappresentate dagli *Heràia*, i giochi Erei o Ereidi i quali rappresentano la prima competizione di atletica femminile che si svolgeva nello stadio di Olimpia, probabilmente nello stesso anno delle Olimpiadi, e dalle atlete spartane le quali potevano praticare attività sportive, alle donne era severamente proibito non soltanto partecipare ai veri e propri giochi olimpici inaugurati nel 776 a.C. ma persino assistervi se sposate.

Ovviamente nessuno spazio avrebbe potuto trovare in tale clima una attività sportiva per i soggetti disabili; così come la guerra anche lo sport era ad essi negato; per non parlare delle leggende legate al mondo spartano secondo le quali ai neonati disabili veniva negato persino il diritto alla vita¹³.

E tuttavia non mancano anche nel mondo greco episodi leggendari, vere e proprie eccezioni, che hanno visto come protagonisti soggetti disabili i quali, pur essendo stati considerati come inidonei al combattimento, hanno assunto un ruolo fondamentale nelle battaglie alle quali parteciparono: e se è vero che non soltanto la storia ma anche le storie sono maestre di vita, tali storie insegnano come la diversità possa costituire una risorsa quando viene accolta dalla società, laddove può ritorcersi a danno di quest'ultima ove viceversa ne venga esclusa.

Due le vicende che possono qui ricordarsi.

La prima, che rappresenta una eccezione per così dire in positivo, è quella legata alla leggenda di Tirteo narrata da Pausania; leggenda secondo la quale gli Spartani, «trovandosi a dura prova nella guerra contro i Messenî, sono costretti a chiedere aiuto, secondo il responso dell'oracolo, agli Ateniesi, i quali, non potendo non obbedire all'oracolo e non volendo, d'altra parte, aiutare Sparta, mandano un poeta zoppo; ma questi seppe, attraverso i suoi canti, animare gli Spartani alla vittoria, ottenendo addirittura

la cittadinanza Spartana»¹⁴. Tirteo, dunque, pur non potendo combattere, attraverso una “diversa abilità” riesce a diventare protagonista della vittoria.

La seconda rappresenta una eccezione, per così dire, in negativo. Efialte di Trachis, il quale viene rifiutato dalle truppe spartane di Leonida poiché (così si narra tradizionalmente) non è in grado di sollevare uno scudo a causa della sua inabilità, si vendica facendo aggirare l'esercito spartano dalle truppe persiane. Un esempio, si ripete, che insegna come l'escludere, come il maltrattare il diverso possa ritorcersi in un danno per la *polis* e per la società tutta.

Anche nella storia contemporanea non mancano peraltro episodi nei quali soggetti disabili sono diventati esempi di forza per la società assurgendo a veri e propri simboli di coraggio e di patriottismo; si pensi, ad esempio, ad Enrico Toti, primo bersagliere disabile (famoso peraltro per aver compiuto numerosi viaggi intorno al mondo con una bicicletta dotata di un solo pedale) il quale, secondo la leggenda, gettò la sua stampella verso le linee nemiche prima di morire divenendo così uno dei simboli italiani della prima guerra mondiale¹⁵.

In realtà già la prima guerra mondiale, con la sua ferocia, aveva comportato una sempre maggiore accettazione della disabilità, dato che in molte, troppe famiglie, il reduce era spesso divenuto disabile a causa delle mutilazioni subite¹⁶; iniziava così ad affermarsi, a partire dalla famiglia per arrivare all'interno della stessa amministrazione pubblica, la presenza di una componente espressiva di esigenze un tempo relegate ai margini della società, ovvero quelle dei c.d. mutilati di guerra; esigenze, queste, considerate in un passato non troppo lontano come meri costi sociali provenienti da soggetti tradizionalmente considerati “incapaci” di influire sul benessere della società.

¹³Cfr. al riguardo, A. CORTELLINI, *La società e i disabili. Dall'antichità ai nostri giorni*, in <https://anffascremona.files.wordpress.com/2014/12/tesi-annarosa-cortellini-la-societa-e-i-disabili.pdf>, la quale ricorda come «in Grecia era diffusa l'idea che solo il kalos (il bello) fosse compatibile con l'agathos (il buono). Fatta questa premessa, anche le regole imposte da Licurgo a Sparta risultano giustificabili. “I genitori non avevano diritto di allevare i figli, ma dovevano portarli in un luogo chiamato Tesche, dove gli anziani esaminavano il bambino: se lo vedevano sano e robusto ne disponevano l'allevamento e gli assegnavano in anticipo una porzione di terreno demaniale; se invece lo trovavano gracile e malfatto, ordinavano che fosse gettato in una voragine del monte Taigeto, detta Apotete. Non conveniva infatti né alla polis né al bambino stesso che fosse lasciato crescere per restare sempre debole e dal fisico infelice. [...]” (Plutarco, “Le vite”). Tale tesi tuttavia non è stata supportata da scavi archeologici ed è stata smentita dallo studio dell'antropologo Tehodoro Pitsios della Facoltà di Medicina di Atene, il quale ha appurato che tutti i resti umani ritrovati nell'area del monte Taigeto appartenevano a individui di sesso maschile di età compresa tra i 18 e i 35 anni».

¹⁴ PAUSANIA, *Guida della Grecia*, IV, 15-16, trad. a cura di A. Nibby, *Descrizione della Grecia di Pausania nuovamente dal testo*, Roma, 1817.

¹⁵ Rimase celebre la copertina della Domenica del Corriere del 24 settembre 1916, disegnata da Achille Beltrame, che raffigurava Enrico Toti mentre lanciava la sua stampella contro le truppe nemiche.

¹⁶ Sull'argomento, v., ad esempio, Aa. Vv., *Guerra e disabilità. Mutilati e invalidi italiani e primo conflitto mondiale*, a cura di M. La Banca, Milano, 2016, 1 s.; v., inoltre, M. SALVANTE, *Mutilati e invalidi in Trentino Alto Adige. Il caso dei ciechi della grande guerra*, in *Annali museo storico della guerra*, 23/2015, 7 ss., la quale ricorda come l'uso massiccio dell'artiglieria, oltre che di mitragliatrici, cannoni e gas asfissianti provocò difatti una serie di ferite o di danni fisici che, in parte, risultarono del tutto nuovi a medici e chirurghi» e che, tuttavia, gli avanzamenti della medicina in generale, e della chirurgia in particolare, contribuirono alla sopravvivenza di migliaia di soldati che nei conflitti precedenti sarebbero certamente morti per la gravità delle lesioni riportate».

Segno di tale nuova attenzione per il soggetto disabile è la nascita, il 29 aprile 1917, dell'Associazione nazionale fra mutilati ed invalidi di guerra (ANMIG) riconosciuta con decreto del prefetto di Milano in data 25 giugno 1917 ed eretta in ente morale con r.d. 16 dicembre 1929, n. 2162¹⁷.

L'accettazione del soggetto disabile (anche dovuta all'aumento del numero delle persone affette da disabilità fisiche o psichiche) inizia così ad insinuare nel comune sentire la convinzione che, per dirla con Martha Nussbaum, «benché per alcune specie menomazioni come la cecità, la sordità, la paralisi e le menomazioni cognitive gravi condannino probabilmente le creature a una vita breve e miserabile, per gli esseri umani le cose non stanno così. Uno dei vantaggi del grande controllo sull'ambiente della nostra specie è l'abilità di strutturare ambienti che rendano capaci i membri della propria specie di partecipare alla vita sociale»¹⁸.

Avviene pertanto che alla fine della prima guerra mondiale i mutilati di guerra, soprattutto attraverso il gruppo più rappresentativo della categoria – la sopramenzionata Associazione Nazionale fra Mutilati e Invalidi di Guerra –, molto si adoperarono affinché la legislazione sulle pensioni e sull'assistenza ai disabili bellici fosse affinata e andasse maggiormente incontro alle loro necessità effettive. «Numerose furono le conquiste in tal senso dell'Associazione sin dalla sua fondazione. In particolare, furono accolte con entusiasmo dai soci della stessa ANMIG la “Legge sul lavoro obbligatorio” del 1921 e la riforma tecnico-giuridica delle pensioni di guerra del 1923»¹⁹.

Il disabile iniziava dunque ad essere considerato non più come soggetto diverso (di volta in volta trascurato, deriso o per converso temuto con sacro rispetto) ma come componente della famiglia e come soggetto di rilievo nella stessa organizzazione sociale e politica.

¹⁷ Tale associazione, soppressa come ente di diritto pubblico nel 1977, ha continuato a sussistere come ente morale assumendo la personalità giuridica di diritto privato. V., al riguardo, *Il corpo nella Prima Guerra Mondiale. Mutilati e invalidi di guerra salentini*, in *Appartenere alla storia. Studi in memoria di Valentino De Luca*, a cura di M. Spedicato e P. Vincenti, Castiglione, 2021, 1 ss.

¹⁸ M. C. NUSBAUM, *Le nuove frontiere della giustizia. Disabilità, nazionalità, appartenenza di specie*, Bologna, 2006, 105.

¹⁹ M. SALVANTE, *Mutilati*, cit., 13. Si trattava della Legge 21 agosto 1921, n. 1312 e del R. decreto 12 luglio 1923, n. 1491. Cfr. M. CANINO, *La “legge Labriola”*, in *“Il Bollettino”*, A. IV, n. 10, 1921, 3; ID., *La nostra più grande Vittoria. Ad ogni mutilato un posto ed ogni mutilato al suo posto*, in *“Il Bollettino”*, A. V, n. 3, 1922, 1; R. ROMANO, *La nuova legge sulle pensioni di guerra sorta dagli studi dell'Associazione è approvata dal Consiglio dei Ministri*, in *“Il Bollettino”*, A. VI, n. 8 1923, 3 ss.

I tempi non erano però ancora maturi non soltanto per la creazione di uno spazio pubblico che consentisse alle persone disabili di praticare attività sportive ma soprattutto per accettare che persone “menomate”²⁰ potessero essere considerate “atleti”.

Bisognerà attendere, come si diceva, la fine della seconda guerra mondiale per potersi parlare di una promozione dell'attività sportiva per disabili; sino ad allora l'attività sportiva veniva infatti concepita non già come fattore di aggregazione sociale e di promozione della salute fisica e psichica dell'individuo quanto piuttosto come attività volta ad esaltare «la sanità della stirpe e le virtù della razza»²¹.

Più precisamente occorre partire dall'opera del neurochirurgo Ludwig Guttmann, definito da Papa Giovanni XXIII come il “De Coubertin dei disabili”, il quale nel 1944 creò a Stoke Mandeville uno dei primi centri europei per la cura e per la riabilitazione di soggetti affetti da lesione spinale²².

L'obiettivo allora preso di mira dallo scienziato era stato quello di contribuire, attraverso la pratica dell'attività sportiva, al miglioramento delle capacità motorie e dunque della qualità di vita degli ex membri delle forze armate britanniche divenuti paraplegici durante la Seconda Guerra Mondiale; un obiettivo, dunque, fundamentalmente terapeutico.

Ai primi giochi di Stoke Mandeville parteciparono soltanto sedici ex militari che gareggiarono nella disciplina del tiro con l'arco; tuttavia, di lì a poco ci si rese conto che i benefici fisici non erano gli unici legati alla pratica dello sport, dato che molteplici erano i vantaggi legati all'organizzazione dei giochi; essa, infatti, contribuiva all'instaurazione di maggiori relazioni sociali da parte dei soggetti disabili nonché ad una loro migliore integrazione nella società.

Se Guttmann era stato il primo ad utilizzare lo sport come terapia per i soggetti affetti da lesioni al midollo spinale, fu Antonio Maglio, vicedirettore dell'Inail nonché primario del centro Paraplegici di Ostia “Villa Marina” istituito nel 1957, ad ampliare notevolmente i programmi dei giochi moltiplicando le attività fisiche attraverso l'introduzione di numerose discipline sportive e utilizzando lo spirito agonistico quale sprone a reagire e a ritrovare se stessi e le proprie abilità in una società ancora carica di pregiudizi spesso conseguenza di confinamento e di

²⁰ Ricorda M. NUSBAUM, *Le nuove frontiere*, cit., 115, nota 5, come nella letteratura sulla disabilità «menomazione (*impairment*) è una perdita delle funzioni normali del corpo; «disabilità» è il non poter fare qualcosa nel proprio ambiente; un «handicap» è il risultante svantaggio a livello competitivo».

²¹ F. FABRIZIO, *Introduzione*, in *Sport e fascismo*, a cura di M. Canella, S. Giuntini, Milano, 2009, 11 ss.

²² V., al riguardo, V. VADALÀ, *La tutela delle disabilità*, Milano, 2009, 135.

rifiuto della persona disabile: nuoto, pallacanestro, tennistavolo, lancio del peso, lancio del giavellotto, tiro con l'arco, scherma e corsa in carrozzina furono pertanto aggiunti nei programmi terapeutici per disabili.

Fu proprio Antonio Maglio a proporre a Guttmann di organizzare i giochi di Stoke Mandeville nel contesto delle Olimpiadi di Roma del 1960: nacquero così le prime Para-Olimpiadi ove il termine para, inizialmente riferito al lemma paraplegico, veniva riferito alla circostanza che tali competizioni venissero disputate in parallelo con i Giochi Olimpici per normodotati²³.

Proprio in occasione delle Olimpiadi di Roma nacque dunque la Federazione Internazionale dei Giochi di Stoke Mandeville (ISMGF), che però si limitava all'organizzazione di giochi per atleti affetti da patologie del midollo spinale; ben presto però altre categorie di disabili, come amputati, ciechi e cerebrolesi, fondarono delle associazioni per poter partecipare anch'esse ai giochi, con la conseguenza che tale fenomeno aumentò in maniera esponenziale coinvolgendo una sempre più vasta platea di persone.

Solo per fare un esempio si pensi che nel 1988 i Giochi paralimpici si svolsero a Seul (Corea del Sud), dopo le Olimpiadi per normodotati: tale evento ebbe un grande successo sia per il numero di atleti iscritti alle gare (3052 atleti provenienti da 61 nazioni) sia per il vasto pubblico che seguì le competizioni.

2. Dall'integrazione all'inclusione: scuola e sport come ambienti nei quali far “fiore” le diverse capacità.

Alla luce delle precedenti considerazioni si potrebbero distinguere principalmente due fasi del fenomeno “sport e disabilità”:

- quella nella quale la pratica sportiva ha assunto una funzione curativa-riabilitativa contribuendo a migliorare non soltanto le aspettative ma anche la qualità di vita dei soggetti disabili (si pensi, ad esempio, ai benefici apportati dalla c.d. corsa in carrozzina, la quale contribuisce ad una più elevata competenza e velocità nell'uso della sedia a rotelle). In tale contesto l'attività sportiva ha svolto una funzione di “integrazione” nella società dei soggetti portatori di handicap facendone accettare le differenze;

- quella attuale in cui il riconoscimento del diritto di praticare sport ha contribuito alla c.d. inclusione del soggetto disabile; in tale fase non si è trattato più soltanto di accettare le differenze legate alle diverse abilità, bensì di valorizzarle facendo sì che esse potessero contribuire ad un miglioramento dell'intera società. È, ad esempio, alla luce di tale ulteriore obiettivo che nasce il c.d. sport integrato²⁴. In un ambiente adattato alle sue esigenze nel quale le regole vengono parametrate alle differenze tra singoli individui il soggetto disabile diventa competitivo; ciò vale tanto per lo sport quanto per tutte le attività rilevanti dal punto di vista giuridico, economico e sociale.

Tali trasformazioni in ambito sportivo hanno peraltro coinciso con una vera e propria rivoluzione culturale che ha segnato il mondo della scuola; la scuola, infatti, ed in particolare la scuola italiana²⁵ ha rappresentato un vero e proprio esempio virtuoso del passaggio dall'integrazione all'inclusione dei soggetti disabili.

Basti considerare che se a partire dagli anni settanta il termine “integrazione” ha avuto in ambito scolastico la finalità di esprimere l'idea «che il compagno disabile non solo era fisicamente presente in classe, ma condivideva l'attività didattica dei compagni, integrandosi, appunto, al lavoro della classe con le dovute modifiche, riduzioni, adattamenti e il supporto dell'insegnante di sostegno»²⁶, negli anni ottanta e novanta, sempre in ambito scolastico, ci si cominciò a interrogare sulla valenza di tale termine “integrazione” che rischiava di assumere connotati negativi, puramente compensatori, dimenticando aspetti unici legati alla persona umana, quali l'originalità, l'autenticità e la libertà.

In quest'ottica si è sviluppato il termine “inclusione”, con l'intento di evidenziare una reciproca permeabilità ed un reciproco scambio tra alunni con potenzialità diverse all'interno di una stessa classe;

²⁴ Lo Sport Integrato nasce con la finalità di sviluppare attività a carattere sportivo dove atleti con disabilità e normodotati possono allenarsi e competere insieme. La pratica sportiva diviene mezzo per promuovere la cultura dell'integrazione dove lo spirito competitivo lascia il posto all'accrescimento tecnico, morale e caratteriale esaltando il principio della “diversità” umana come ricchezza.

²⁵ Il sistema scolastico italiano è stato il primo in Europa ad includere nelle scuole pubbliche gli allievi con disabilità (Linee Guida del 4 Agosto 2009). Con la Legge n. 170 del 2010 (*Nuove norme in materia di disturbi specifici dell'apprendimento*), e con il successivo DM 5699/2011 (*Linee guida disturbi specifici dell'apprendimento*) si è diffuso poi nelle scuole italiane “l'uso di una didattica individualizzata e personalizzata”, cioè di una didattica che tenga conto anche di “caratteristiche peculiari del soggetto” e che adotti una “metodologia e una strategia educative adeguate”.

²⁶ F. PRAMAGGIORE, P. VICARI, *L'inclusione degli alunni disabili*, in www.laricerca.loescher.it, 6 marzo 2019.

²³ V. L. PANCALLI, *Il paralimpismo italiano*, in Aa. Vv., *Manuale della disabilità*, a cura di S. Assennato, M. Quadrelli, San Marino, 2012, 372 ss.



la disabilità non è stata più vista come un ostacolo da rimuovere bensì come un valore aggiunto che può costituire una risorsa per l'intero gruppo; viene così introdotto il concetto di *bisogno educativo speciale*²⁷.

Da qui il passaggio dalla diversità alla "speciale normalità": «una normalità educativo-didattica resa più ricca e più efficace dalle misure prese per rispondere ai Bisogni Educativi Speciali. In questo senso la qualifica "speciale" non ci fa più pensare alle scuole speciali, segreganti ed emarginanti, ma a una buona qualità dei processi di insegnamento-apprendimento, che renda possibile una reale inclusione delle differenze e dei Bisogni Educativi Speciali»²⁸.

Gli anni settanta del secolo scorso, come sopra rilevato, hanno segnato un momento fondamentale nel processo di integrazione dei disabili (ma in realtà di un processo di cambiamento che ha riguardato l'intero diritto privato²⁹, ed in particolare, per quanto qui rileva, la concezione della persona nell'ordinamento giuridico); «dopo decenni di immobilismo e di interpretazione "gretta" dei principi costituzionali, con l'art. 28 della legge n. 118 del 1971 si dispone che l'istruzione dell'obbligo dei bambini affetti da handicap avvenga "nelle classi normali della scuola pubblica, salvi i casi in cui i soggetti siano affetti da gravi deficienze intellettive o da menomazioni fisiche di tale gravità da impedire o rendere molto difficoltoso l'apprendimento o l'inserimento nelle predette classi normali" (co. 2°)»³⁰.

In tale processo di inclusione scolastica del soggetto disabile un ruolo fondamentale è stato però assolto dall'interpretazione che la Corte Costituzionale ha fornito delle previsioni costituzionali in materia³¹; tali disposizioni, ed in particolare l'art. 34

Cost., a sua volta interpretato alla luce degli artt. 2 e 3 Cost., hanno fatto del «tema della condizione giuridica del portatore di handicaps» uno dei «motivi ispiratori del disegno costituzionale»³².

Più precisamente, come ha rilevato la Corte nella sentenza n. 215 del 1987, «statuendo che la scuola è aperta a tutti, e con ciò riconoscendo in via generale l'istruzione come diritto di tutti i cittadini, l'art. 34, primo comma, Cost. pone un principio nel quale la basilare garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo "nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità" apprestata dall'art. 2 Cost. trova espressione in riferimento a quella formazione sociale che è la comunità scolastica. L'art. 2 poi si raccorda e si integra con l'altra norma, pure fondamentale, di cui all'art. 3, secondo comma, che richiede il superamento delle sperequazioni di situazioni sia economiche che sociali suscettibili di ostacolare il pieno sviluppo delle persone dei cittadini. Lette alla luce di questi principi fondamentali, le successive disposizioni contenute nell'art. 34 palesano il significato di garantire il diritto all'istruzione malgrado ogni possibile ostacolo che di fatto impedisca il pieno sviluppo della persona»³³.

Peraltro la Corte Costituzionale sottolineava in tale sentenza che «assumere che il riferimento ai "capaci e meritevoli" contenuto nel terzo comma dell'art. 34 comporti l'esclusione dall'istruzione superiore degli handicappati in quanto "incapaci" equivarrebbe a postulare come dato insormontabile una disuguaglianza di fatto rispetto alla quale è invece doveroso apprestare gli strumenti idonei a rimuoverla, tra i quali è appunto fondamentale - per quanto si è già detto - l'effettivo inserimento di tali soggetti nella scuola. Per costoro, d'altra parte, capacità e merito vanno valutati secondo parametri peculiari, adeguati alle rispettive situazioni di minorazione»³⁴.

²⁷ V. al riguardo, F. LARROCCA, *Integrazione/inclusione in Italia*, in Aa. Vv. *L'integrazione scolastica degli alunni con disabilità* a cura di A. Canavero, 2007, 39.

²⁸ D. IANES, F. CELI, S. CRAMEROTTI, *Il piano educativo individualizzato. Progetto di vita*, Trento, 2003, 396.

²⁹ È proprio di quegli anni «la proposta di un diritto "diseguale", di un diritto, cioè, che sulla scorta del disposto dell'art. 3, comma 2° Cost., riequilibrasse le disuguaglianze di fatto occultate dall'astrazione del diritto borghese». Lo ricorda, L. NIVARRA, *Ipotesi sul diritto privato e i suoi anni settanta*, in Aa. Vv., *Gli anni settanta del diritto privato*, a cura di L. Nivarra, Milano, 2008, 12.

³⁰ S. TROILO, *I nuovi diritti sociali. La parabola dell'integrazione scolastica dei disabili*, in <https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/02/troilo.pdf>, 5.

³¹ Le quali, nel quadro del riconoscimento dei diritti inviolabili di ogni essere umano (art. 2) e della pari dignità sociale di tutti i cittadini (art. 3, co. 1°), nonché dell'impegno dei pubblici poteri a rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della personalità individuale (art. 3, co. 2°), proclamano che «la scuola è aperta a tutti» (art. 34, co. 1°), che «l'istruzione infe-

riore, impartita per almeno otto anni, è obbligatoria e gratuita» (art. 34, co. 2°), mentre «i capaci e i meritevoli, anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi» (art. 34, co. 3°), e che, in particolare, «gli inabili e i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale» (art. 38, c. III).

³² Corte Cost. 3-06-1987, n. 215, in www.cortecostituzionale.it.

³³ Corte Cost. 3-06-1987, n. 215, cit. La vicenda esaminata dalla Corte aveva avuto origine «da una questione di legittimità sollevata nel corso di un giudizio davanti al T.A.R. del Lazio, vertente sul rifiuto di consentire ad un'alunna portatrice di handicap di ripetere la frequenza della prima classe di un istituto professionale. Tale rifiuto era stato motivato dal Consiglio di classe in virtù dell'asserita incapacità assoluta della ragazza di trarre profitto dalla frequenza scolastica, nonostante il parere dei servizi specialistici competenti dell'Unità sanitaria locale, secondo i quali vi sarebbe stato un beneficio quanto meno a livello di socializzazione con i compagni». V., al riguardo, S. TROILO, *I nuovi diritti sociali*, cit., 5.

³⁴ Corte Cost. 3-06-1987, n. 215, cit.

Alla luce di tali considerazioni la Corte dichiarava l'illegittimità dell'«art. 28, terzo comma, della legge n. 118 del 1971 nella parte in cui, in riferimento ai soggetti portatori di handicaps, prevede che "Sarà facilitata", anziché disporre che "È assicurata", la frequenza alle scuole medie superiori»³⁵.

Si venivano così a concretizzare grazie all'opera della giurisprudenza della Consulta i principi (rimasti sino ad allora fondamentalmente inattuati) della l. n. 180 del 1978 (c.d. Legge Basaglia), successivamente trasposta nella l. n. 833 del 1978 istitutiva del SSN, la quale nell'aver reso volontari gli accertamenti e i trattamenti sanitari, nell'aver previsto la chiusura dei manicomi, e nell'aver stabilito che anche i trattamenti obbligatori, ove previsti, avvenissero «nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici garantiti dalla Costituzione compreso per quanto possibile il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura» e fossero «accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato», aveva costituito un tassello fondamentale del processo di valorizzazione della volontà del soggetto disabile; basti considerare che tale legge abrogava «il n. 1 dell'articolo 2 e l'articolo 3 del testo unico delle leggi recanti norme per la disciplina dell'elettorato attivo e per la tenuta e la revisione delle liste elettorali, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 20 marzo 1967, n. 223» attribuendo così il diritto di voto, senza assistenza alcuna, agli interdetti e agli inabilitati³⁶.

L'attuazione dei principi costituzionali è stata poi alla base della l. n. 104 del 1992³⁷ la quale, oltre

³⁵ Corte Cost. 3-06-1987, n. 215, cit.

³⁶ V., al riguardo, F. DALLA BALLA, *Vecchi e nuovi trattamenti obbligatori: dalla legge n. 833/1978 all'amministrazione di sostegno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2022, 1030 ss., il quale rileva che «la legge Basaglia (l. n. 180/1978) supera la consequenzialità tra la sottoposizione del paziente ad un trattamento sanitario e la sua incapacitazione giuridica. È abrogato l'automatismo tra internamento ed interdizione giudiziale (art. 11), è ripristinato il diritto di voto, ma — soprattutto — è conferita efficacia giuridica al consenso/dissenso del destinatario a prescindere dalla sua validità e/o incapacità naturale».

³⁷ Cfr. art. 1, l. 5 febbraio 1992, n. 104, secondo il quale la Repubblica a) garantisce il pieno rispetto della dignità umana e i diritti di libertà e di autonomia della persona handicappata e ne promuove la piena integrazione nella famiglia, nella scuola, nel lavoro e nella società; b) previene e rimuove le condizioni invalidanti che impediscono lo sviluppo della persona umana, il raggiungimento della massima autonomia possibile e la partecipazione della persona handicappata alla vita della collettività, nonché la realizzazione dei diritti civili, politici e patrimoniali; c) persegue il recupero funzionale e sociale della persona affetta da minorazioni fisiche, psichiche e sensoriali e assicura i servizi e le prestazioni per la prevenzione, la cura e la riabilitazione delle minorazioni, nonché la tutela giuridica ed economica della persona handicappata; d) predispone interventi volti a superare stati di emarginazione e di esclusione sociale della persona handicappata.

a garantire il diritto all'educazione all'istruzione e alla formazione professionale della persona disabile, ne sancisce il diritto all'integrazione scolastica (artt. 12, co. 2°), e 13) al fine di prevenire e rimuovere «le condizioni invalidanti che impediscono lo sviluppo della persona umana, il raggiungimento della massima autonomia possibile e la partecipazione della persona handicappata alla vita della collettività».

Ed ancora, per quanto riguarda la legislazione scolastica italiana, va menzionata la l. n. 328 del 2000 («Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali») che «segna il passaggio da un sistema meramente riparativo di un disagio fisico e psichico a una protezione sociale attiva attraverso una rete di misure dirette ad ottimizzare le capacità residue del soggetto destinatario degli interventi»³⁸, e che ha istituito i c.d. progetti individuali per le persone disabili³⁹.

Con la l. n. 53 del 2003 si è inoltre precisato che il sistema educativo di istruzione e formazione persegue il «fine di favorire la crescita e la valorizzazione della persona umana, nel rispetto dei ritmi dell'età evolutiva, delle differenze e dell'identità di ciascuno e delle scelte educative della famiglia, nel quadro della cooperazione tra scuola e genitori», e che «è assicurato a tutti il diritto all'istruzione e alla formazione per almeno dodici anni o, comunque, sino al compimento di una qualifica entro il diciottesimo anno di età» (art. 2, co. 1°), lett. c), legge n. 53/2003»⁴⁰.

Questo mutamento di prospettiva nel mondo della formazione scolastica, che si ritrova peraltro nell'interpretazione che la Corte costituzionale ha fornito dell'art. 38, comma 3, Cost. alla luce del principio di effettività delle tutele⁴¹, ha comportato

³⁸ R. ROSSANO, *Diritti delle persone con disabilità, autonomia dell'individuo e nuove forme di tutela*, in www.comparazioneDirittocivile.it.

³⁹ Cfr., art. 14, l. 8 novembre 2000, n. 328, secondo il quale «per realizzare la piena integrazione delle persone disabili di cui all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, nell'ambito della vita familiare e sociale, nonché nei percorsi dell'istruzione scolastica o professionale e del lavoro, i comuni, d'intesa con le aziende unità sanitarie locali, predispongono, su richiesta dell'interessato, un progetto individuale, secondo quanto stabilito al comma 2».

⁴⁰ Su tema v., ad esempio, S. TROILO, *I nuovi diritti sociali*, cit., 2.

⁴¹ V., Corte cost., 16-12-2016, n. 275, in *Jurisdata online*, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 38, comma 3 e 4 Cost., dell'art. 6, comma 2-bis, l. reg. Abruzzo 15 dicembre 1978, n. 78, aggiunto dall'art. 88, comma 4, l. reg. Abruzzo 26 aprile 2004, n. 15 sull'attuazione del diritto allo studio, nella parte in cui garantisce un intervento per il servizio di trasporto degli studenti portatori di handicap solo «nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio». Secondo la Consulta «il diritto all'istruzione del disabile è consacrato nell'art. 38 Cost. e spetta al legislatore predi-



anche una diversa considerazione del disabile che pratica attività sportiva, considerato ormai non più come un malato da curare attraverso lo sport bensì come un vero e proprio atleta il quale può competere ai più svariati livelli; lo sviluppo dello sport paralimpico e la crescita esponenziale dell'attività sportiva "adattata"⁴² all'interno delle scuole rendono oggi quasi impossibile immaginare che in un ancora recente passato i bambini con menomazioni mentali fossero addirittura esclusi dalle scuole pubbliche⁴³.

sporre gli strumenti idonei alla realizzazione ed attuazione di esso, affinché la sua affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica, ma venga riempita di contenuto concreto e reale. La natura fondamentale del diritto, che è tutelato anche a livello internazionale dall'art. 24 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, impone alla discrezionalità del legislatore un limite invalicabile nel rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati, tra le quali rientra il servizio di trasporto scolastico e di assistenza poiché, per lo studente disabile, esso costituisce una componente essenziale ad assicurare l'effettività del medesimo diritto». V., al riguardo, G. VETTORI, *I diritti fondamentali e le esigenze di bilancio*, in www.personaemercato.it, 31 gennaio 2017. La Corte costituzionale ha dunque ritenuto che la norma regionale fosse illegittima là dove comportava che «il godimento del diritto allo studio degli studenti disabili, tutelato dalla Costituzione, sarebbe rimesso ad arbitrari stanziamenti di bilancio di anno in anno decisi dall'ente territoriale». Si potrebbe rilevare come, così facendo, la Corte abbia imposto al legislatore regionale di affrontare in ogni caso i costi per assicurare tali diritti essenziali, antepoendo così la tutela del diritto allo studio del soggetto disabile ad altri diritti pure costituzionalmente garantiti.

⁴² Su tale concetto, v. G. SCELISI, *Educazione fisica sportiva e adattata*, in https://basilicata.coni.it/images/basilicata/dipense_2_Educazione_e_fisica_sportiva_adattata.pdf, il quale ricorda come «nello specifico della disciplina scolastica Educazione Fisica/Scienze Motorie Sportive del curriculum obbligatorio si parla a livello internazionale di Adapted Physical Education (APE) che alcuni autori l'intendono come una "specializzazione dell'Educazione Fisica, per gli studenti con disabilità" (Block, 2000) oppure "sottodisciplina dell'Educazione Fisica che permette le esperienze di sicurezza personale, soddisfazione e successo agli studenti con differenti abilità". In campo scolastico, il concetto di adattamento è ciò che distingue la tradizionale educazione fisica e sportiva, dall'attività fisica adattata. La prima, l'educazione fisica, è tradizionalmente centrata sulla disciplina e richiede un adattamento degli studenti al piano di lavoro e ai suoi contenuti, secondo una logica di individualizzazione; la seconda, l'APA, adotta una logica inversa, parte dalle reali capacità e potenzialità degli allievi per costruire un percorso che sia per loro significativo, secondo una logica di personalizzazione. Se si assume l'ottica delle attività fisiche adattate si deve promuovere, quindi, un'educazione fisica e sportiva opportunamente modificata, in grado di valorizzare le capacità di tutti gli alunni, e in particolare, di chi si trova in una situazione di disabilità».

⁴³ M. NUSSBAUM, *Le nuove frontiere*, cit., 218, ricorda come soltanto nel 1972 una Corte federale distrettuale (*Pennsylvania Association for Retarded Children v. Pennsylvania*) abbia affermato l'obbligo delle scuole pubbliche di provvedere ad una libera e appropriata istruzione dei bambini con disabilità mentale.

Ma la vera e propria conquista culturale del processo di inclusione dei soggetti disabili consiste nell'aver compreso come ciò che sembrava costituire soltanto un costo sociale si possa in realtà tramutare in un vero e proprio guadagno per la collettività; ed infatti, il soggetto disabile (il discorso vale soprattutto per il disabile "fisico" ma in tempi recenti sembra poter essere trasposto anche in relazione ad una larga parte dei disabili "psichici"), nel partecipare e nel contribuire al progresso della società, persino attraverso la pratica di un'attività un tempo ad esso negata "per natura", ovvero quella sportiva, è divenuto protagonista di un mercato rilevante all'interno del quale si produce e circola ricchezza; si pensi non soltanto al mercato del lavoro sportivo, o comunque dello sport agonistico di alto livello, ma anche a tutto l'indotto economico che ruota attorno al mondo dello sport paralimpico amatoriale o di base; dalle attrezzature sportive, agli impianti, alla formazione degli istruttori.

Del resto, nelle riflessioni filosofiche, sociologiche, ed economiche della seconda metà del Novecento che si sono soffermate sulla considerazione dei soggetti disabili come elementi attivi della società non era nuova l'idea di un ritorno in termini economici del "bene" che viene elargito al prossimo, al soggetto considerato tradizionalmente come debole, e dunque considerato "escluso" dal contratto sociale, di necessità stipulato tra persone libere, razionali e pienamente cooperative⁴⁴; se, per dirla con Amartya Sen, un mercato è un vero mercato quando non produce soltanto ricchezza ma soddisfa anche attese e valori etici, allora il benessere può essere basato non soltanto sul profitto ma anche sul grado di felicità raggiunto dalla società tutta⁴⁵; in-

⁴⁴ Secondo J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, 2004, 27 ss., i principi di giustizia oggetto dell'accordo originario «sono i principi che persone libere e razionali, preoccupate di perseguire i propri interessi, accetterebbero in una posizione iniziale di eguaglianza per definire i termini fondamentali della loro associazione». Al riguardo, rileva tuttavia M. NUSSBAUM, *Le nuove frontiere*, cit., 138, come «Rawls non possa spiegare perché a quelli sotto la "linea" sia dovuta giustizia piuttosto che carità, senza modificare essenzialmente questo aspetto della sua teoria».

⁴⁵V., al riguardo, L. BRUNI, *Voce, Economia e felicità*, in www.treccani.it, il quale ricorda come «il primo dato empirico da cui si è partiti negli studi sulla felicità, presto divenuto noto come il *paradosso della felicità in economia*, o *paradosso di Easterlin*, è stata l'inesistente o troppo esigua correlazione tra reddito e felicità, o tra benessere economico e benessere generale. Il pioniere di questi studi, però, non è stato un economista, ma uno psicologo sociale, Hadley Cantril (1906-1969), che nel 1965 immaginò qualcosa che per gli economisti del suo tempo risultò semplicemente ingenua se non provocatoria: misurare quantitativamente la felicità (da lui usata, diversamente dagli attuali studi, come sinonimo di *life satisfaction*) e, soprattutto, confrontare tra di loro i livelli di felicità di diversi individui in diversi Paesi». V., inoltre, L. ZARRI, *Dall'economia dell'utilità*

tuizione, questa, ripresa e sviluppata ancora da Martha Nussbaum⁴⁶.

Peraltro, la gratuità che sta alla base del mercato della felicità, di un mercato nel quale l'inclusione viene promossa perché 'fare del bene fa stare bene', produce in ultima analisi un vero e proprio profitto. Come è stato rilevato, «le persone con menomazioni di questo tipo (cieche, sorde o sulla sedia a rotelle) possono di solito essere membri della società altamente produttivi nel senso economico usuale»⁴⁷ e la loro «relativa mancanza di produttività alle condizioni attuali non è "naturale": è il prodotto di misure sociali discriminatorie»⁴⁸; da tale punto di vista la scuola, il lavoro, lo sport costituiscono ambienti la cui modificazione strutturale in senso inclusivo può costituire un campo privilegiato per una «fioritura delle capacità»⁴⁹.

Per non parlare poi dei vantaggi, anche economici, legati all'inclusione lavorativa di soggetti disabili, tanto fisici che psichici; da quelli fiscali, derivanti dall'attribuzione di incentivi alle aziende che assumono soggetti appartenenti alle c.d. categorie protette⁵⁰, a quelli legati al ritorno di immagine positiva per un'azienda che investe nell'inclusione, a quelli derivanti dalla circostanza che la presenza di

tali soggetti nell'ambiente lavorativo «migliora il clima aziendale»⁵¹.

Orbene, per tornare allo sport per soggetti diversamente abili si può rilevare come lo sviluppo di tale mercato possa rappresentare un campo nel quale l'economia della felicità finisce per contribuire alla stessa felicità dell'economia, grazie alla creazione di nuovi mercati, di nuovi beni, e di nuove relazioni contrattuali.

Ed è proprio nel secolo nuovo, in cui si è compresi che la valorizzazione delle diverse capacità di ogni individuo viene a coincidere con un aumento della ricchezza, che lo sport per soggetti disabili ha raggiunto un livello di eccellenza arrivando addirittura a competere con lo sport praticato dai c.d. normodotati non soltanto dal punto di vista mediatico e da quello economico ma addirittura talora anche nei risultati agonistici (si pensi al famoso caso Pistorius nel quale addirittura si pose il problema del possibile vantaggio competitivo che un disabile avrebbe potuto avere in una gara contro soggetti normodotati⁵²).

⁵¹ Si pensi, ad esempio, al successo mediatico ed economico che negli ultimi anni sta riscuotendo l'assunzione di soggetti affetti da sindrome di down all'interno di aziende, specie di aziende operanti nel settore della ristorazione e dell'accoglienza alberghiera. V., al riguardo, *Persone Down al lavoro, "una scelta che conviene". Parola d'imprenditore*, in <https://www.redattoresociale.it/article/notiziario/persone-down-al-lavoro-una-scelta-che-conviene-parola-d-imprenditore>. Nelle dichiarazioni della responsabile dell'Osservatorio Lavoro dell'Associazione italiana persone Down si legge che «fino a poco tempo fa gli inserimenti lavorativi venivano fatti solo per ottemperare la legge, oggi molti datori di lavoro hanno capito che le persone con la sindrome di Down non solo sono lavoratori produttivi, professionali e precisi, ma la loro presenza contribuisce a migliorare il clima aziendale: incoraggia la comunicazione e le relazioni tra colleghi. Inoltre, nei luoghi a contatto con il pubblico, i clienti ritornano proprio perché apprezzano questi esempi concreti d'inclusione sociale».

⁵² Sul quale sia consentito rinviare a G. AGRIFOGLIO, *Le responsabilità del medico sportivo*, Torino, 2010, 23. Tale caso, divenuto noto anche in ambito giuridico in seguito ad una decisione del Tribunale arbitrale dello sport (cfr. Tribunal Arbitral du Sport, Court of Arbitration for Sport, decisione 16 maggio 2008, CAS 2008/A/1480 Pistorius v/IAAF, in http://www.rdes.it/TAS_Pistorius.pdf), ha visto come protagonista l'atleta ventiduenne Oscar Pistorius, soprannominato *the fastest thing on no leg*. Pistorius nasce con una grave malformazione che lo costringe a subire, all'età di undici mesi, l'amputazione di entrambe le gambe. Tuttavia, grazie all'uso di protesi di fibra di carbonio, denominate *cheetah flex-foot*, egli riesce non soltanto a svolgere ogni normale attività fisica, ma persino a praticare numerosi sport a livello agonistico. Dedicatosi inizialmente al rugby, alla pallanuoto, al tennis ed al *wrestling*, approda infine all'atletica leggera, dapprima consigliatagli come terapia riabilitativa per rimediare ad un infortunio, e poi praticata per scelta. In tale disciplina ottiene il titolo di campione paralimpico nel 2004, sui 200 metri piani, e nel 2008, sui 100, 200 e 400 metri piani. Nel 2004 partecipa inoltre ai campionati sudafricani di atletica leggera per normodotati ove riesce a vincere alcune competizioni. Sin dal 2005 si batte, anche legalmente, per poter

all'economia della felicità, in *Nuova inf. bibl.*, 3/2004, 1 ss.; B. S. FREY, C. FREY MARTI, *Economia della felicità*, Bologna, 2010, 25 ss.

⁴⁶ M. NUSSBAUM, *Non per profitto. Perché le democrazie hanno bisogno della cultura umanistica* Bologna, 2013, 133, la quale afferma che «l'istruzione che io propongo richiede agli insegnanti di fare le cose in maniera diversa. Metterla in pratica comporterebbe grandi cambiamenti nella formazione dei docenti, almeno nella maggior parte dei distretti scolastici degli Stati Uniti e nella gran parte dei paesi del mondo. Richiederebbe anche ai dirigenti scolastici [...] di cambiare lo spirito delle loro scuole. In questi termini, l'istruzione diventa costosa. Ma si tratta, io credo, di costi transitori. In sé non vi è nulla di costoso dopo avere impostato le cose in questo modo: una volta predisposte secondo il nuovo criterio, le cose andranno avanti da sé. Vorrei aggiungere che un tipo di istruzione che coinvolge studenti e docenti e li induce a fare le cose insieme in maniera appassionata, dando spazio alla riflessione e alla fantasia, addirittura riduce i costi poiché limita l'anomia e la perdita di tempo che in genere accompagnano la mancanza di slancio personale».

⁴⁷ M. NUSSBAUM, *Le nuove frontiere*, cit., 132.

⁴⁸ M. NUSSBAUM, *Le nuove frontiere*, cit., 132.

⁴⁹ M. BAGLIERI, *Martha Nussbaum. La fioritura delle capacità per il XXI secolo*, Milano, 2022, *passim*. V., inoltre, P. CENDON, *Rifiorire. Storie e pensieri sul diritto alla felicità*, Reggio Emilia, 2021, *passim*.

⁵⁰ La legge 12 marzo 1999, n. 68 (Norme per il diritto al lavoro dei disabili), come modificata dal decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 151 (*Jobs act*) prevede numerosi incentivi a favore dei datori di lavoro che assumono lavoratori disabili.



È così mutata nell'immaginario comune la visione patetica dello sport per disabili rappresentata magistralmente nel film *Amici miei* (atto secondo) dallo sguardo del Conte Mascetti il quale, rimasto paraplegico, partecipa ad una gara in carrozzella organizzata dall'INAIL, incitato dai suoi commossi amici.

Tale considerazione è stata infatti ormai superata da una visione per così dire "eroica" dello sport praticato da soggetti disabili; non si tratta più «di un viaggio scontato nelle angustie, nei problemi, nel dolore, ma di una ricerca delle meraviglie del mondo dei disabili»⁵³.

In tale contesto si è così passati da una concezione quasi caritatevole della attività motoria per disabili quale modalità di recupero di soggetti emarginati dalla società, ad una concezione (ci si passi il termine) "utilitaristica" dell'attività sportiva per disabili considerata, si ripete, in un'ottica non soltanto inclusiva ma anche economica, quale fonte di produzione di ricchezza⁵⁴.

Ché anzi gli atleti disabili sono ormai divenuti modelli dalla notorietà planetaria ai quali perfettamente si adatta (cosa un tempo impensabile) il motto *citius, altius, fortius*, e che appaiono molto meno fragili che in passato; la loro forza diventa anzi un esempio anche per i c.d. normodotati.

Prova di tale mutamento di prospettiva (da malato ad atleta) è data anche dalle modalità attraverso le quali vengono elaborate le c.d. regole di classificazione⁵⁵ degli sport paralimpici; regole, queste,

essere ammesso a partecipare alle olimpiadi dei normodotati. Tuttavia, la Federazione internazionale di atletica leggera (IAAF), con decisione n. 01/2008 respinge la sua richiesta, sostenendo che «un atleta che utilizzi queste protesi ha un vantaggio meccanico dimostrabile (più del 30%) se confrontato con qualcuno che non usi le protesi». La partecipazione di Pistorius alle olimpiadi avrebbe costituito, a detta della Federazione, una violazione dell'art. 144, lett. e, delle *IAAF Competition Rules* secondo il quale non è consentito all'atleta «*use of any technical device that incorporates springs, wheels or any other element that provides the user with an advantage over another athlete not using such a device*». Tuttavia, in sede di appello, con decisione del 16 maggio 2008 il Tribunale arbitrale dello sport ha ritenuto l'atleta idoneo a partecipare alle Olimpiadi di Pechino del 2008 sulla base della motivazione che «al momento non esistono elementi scientifici sufficienti per dimostrare che Pistorius tragga vantaggio dall'uso delle protesi». Nonostante la decisione favorevole Pistorius non è però riuscito a realizzare il tempo di qualificazione alla manifestazione olimpica.

⁵³ C. CANNAVÒ, *E li chiamano disabili. Storie di vite difficili, coraggiose e stupende*, Milano, 2007, 2.

⁵⁴ V., <https://www.abilitychannel.tv/classificazioni-funzionali-categorie-paralimpiche/?cn-reloaded=1>.

⁵⁵ «La disciplina dello sport paralimpico si fonda sulle regole di classificazione, sugli standard internazionali che supportano le regole di classificazione e sui modelli di miglior pratica», che assumono la funzione «di consentire lo svolgimento dell'attività sportiva in presenza di un handicap assicurando al contempo il rispetto del principio di parità competitiva». «Le regole di clas-

non più legate a profili esclusivamente medici bensì anche ad aspetti tecnico-sportivi: ciò a dimostrazione della circostanza che, come si vedrà oltre, per l'ordinamento sportivo non esistono disabili bensì atleti con diverse abilità fisiche (o psichiche) da valutare in relazione alla tipologia ed al contesto della specifica competizione sportiva.

I primi sistemi di classificazione prendevano infatti in considerazione soltanto categorie di *handicap* in base alle quali gli atleti ricevevano una specifica classe basata sulla diagnosi medica indipendentemente dalla disciplina sportiva da essi praticata⁵⁶.

Attualmente viceversa la classe di appartenenza è legata non solo all'individuazione della specifica disabilità della persona ma soprattutto all'impatto che le varie disabilità, anche tra loro parzialmente diverse, possono avere sulla *performance* sportiva, in relazione al particolare sport di volta in volta praticato.

Ogni Federazione sportiva paralimpica ha così adottato un proprio sistema di classificazione "funzionale", nel rispetto di categorie generali di disabilità stabilite dal c.d. Codice della classificazione⁵⁷,

sificazione mirano ad un duplice scopo: stabilire le condizioni di ammissione degli atleti alle competizioni e raggruppare gli atleti per singole classi nelle competizioni». V. L. SANTORO, *Le fonti*, in G. Liotta, L. Santoro, *Lezioni di diritto sportivo*, Milano, 2021, 38.

⁵⁶ Si distinguevano in particolare sei tipi di disabilità: amputati; cerebrolesi; persone con infortuni o danni spinali (paraplegici e tetraplegici, poliometitici, persone con spina bifida e più in generale persone in carrozzina); persone con menomazioni visive (ipovedenti e non vedenti); persone con disabilità intellettive; *les autres*.

⁵⁷ Gli atleti che partecipano ai Giochi paralimpici sono attualmente divisi in dieci categorie, in base al tipo di disabilità: A) Disabilità fisica - Ci sono otto differenti tipologie: 1) potenza muscolare - la forza generata da un muscolo, dai muscoli di un arto o di una parte del corpo è ridotta, per esempio a causa di una ferita spinale, della spina bifida o della poliometite. 2) Movimento ridotto - il range del movimento di uno o più giunti articolari è ridotto in modo sistematico. Condizioni acute di artrite non sono incluse. 3) Perdita o deficit di un arto - totale o parziale assenza di ossa o articolazioni dovuta a parziale o totale amputazione, causata da malattie, traumi o deficit congeniti come la micromelia. 4) Differenza di lunghezza delle gambe - lunghezza differente significativa di un osso di una gamba dovuta a deficit o trauma. 5) Statura bassa - statura ridotta a causa delle gambe, delle braccia o del tronco più corti a causa di deficit muscolo-scheletrici o relativi alle strutture ossee o cartilaginee. 6) Ipertonia - l'ipertonia è una crescita abnorme nella tensione muscolare e una capacità ridotta del muscolo di distendersi. L'ipertonia può essere provocata da ferite, malattie o condizioni relative a danni al sistema nervoso centrale come una paralisi cerebrale. 7) Atassia: L'atassia consiste nella mancanza di coordinazione del movimento muscolare dovuta per esempio ad una paralisi cerebrale o all'atassia di Friedreich. 8) Atetosi: l'atetosi è caratterizzata generalmente da un movimento non bilanciato, involontario, e al mantenimento difficoltoso di una postura simmetrica dovute per esempio ad una paralisi cerebrale o alla coreoatetosi. B) Disabilità visive - gli atleti appartenenti a questa categoria soffrono di disabilità visive parziali, ma

con la quale attribuisce un punteggio corrispondente alle funzioni che l'atleta disabile può esprimere; ciò permette ad atleti con diverse patologie di gareggiare nella stessa categoria, così come fa sì che «uno stesso atleta possa essere giudicato idoneo a competere in una data disciplina sportiva paralimpica e non anche in un'altra, rispetto alla quale, invece, il suo handicap non determina una situazione di svantaggio rispetto ad un normodotato»⁵⁸.

Tale *modus operandi* lungi dal costituire un'anomalia non è altro che l'applicazione di una regola generale del mondo dello sport; si pensi agli sport da contatto⁵⁹ dove la distinzione e la separazione tra gli atleti in base al peso (ed ovviamente al sesso) è considerato un aspetto essenziale per consentire gare equilibrate. Ovvero, sempre con riferimento alla naturale capacità inclusiva dello sport, si pensi che mentre nello stesso codice civile il sordo muto può essere inabilitato là dove non abbia ricevuto un'educazione sufficiente, in molte attività sportive (si pensi alla boxe⁶⁰) il sordomutismo non rappresenta affatto un *handicap*.

Occorre poi rilevare come, sempre nell'ottica della valorizzazione dell'attività sportiva per disabili, il Comitato paralimpico italiano (CIP) con d. lgs. 27 febbraio 2017, n. 43 abbia ottenuto il riconoscimento formale di ente pubblico per lo sport pratica-

to da persone disabili; esso non costituisce dunque più soltanto una Federazione che raccoglie all'interno del CONI molteplici attività sportive per disabili, avendo viceversa acquistato "autonomia organizzativa, regolamentare, amministrativa, contabile e di bilancio" (art. 1 d. lgs. 27 febbraio 2017, n. 43).

In tale processo di inclusione dei soggetti disabili attraverso lo sport la nuova sfida sociale, subitaneamente accolta nel mondo giuridico, è però rappresentata dall'ingresso nel mondo dello sport anche agonistico dei soggetti affetti da disabilità psichica; il 22 febbraio 2009, all'interno del C.I.P. è stato infatti istituito il c.d. "Dipartimento 9" dedicato alla sperimentazione di attività sportive per soggetti con disabilità intellettive, successivamente trasformato in una autonoma Federazione italiana sport paralimpici disabili intellettivo relazionali (FISDIR) facente parte di organismi internazionali quali l'INAS (*International Federation for Athletes with Intellectual Impairments*) e il SUDS (*Sports Union for athletes with Down Syndrome*).

Si pone dunque attualmente non soltanto il problema della libertà di autodeterminazione di tali soggetti ma anche quello, ad esso specularmente, dei limiti che il diritto può e deve porre alla libertà di soggetti considerati degni di particolare protezione, ove l'esercizio di tale libertà possa rappresentare un potenziale pregiudizio per se stessi o per gli altri.

3. Disabilità e debolezza: tra meccanismi di protezione e diritto all'autodeterminazione.

Tutti i fenomeni di cui si è parlato non possono non destare l'attenzione del giurista, e del civilista in particolare, il quale come sempre non può non guardare al flusso delle trasformazioni della vita reale, ma deve fornire gli strumenti affinché il rapporto tra le persone possa procedere senza che i *civives ad arma veniant*.

Lo sport rappresenta ovviamente soltanto un banco di prova di determinate problematiche giuridiche legate alla disabilità; un banco di prova che impone certamente scelte meno tragiche rispetto ad altre, e che tuttavia può rivelarsi particolarmente proficuo al fine di valutare la tenuta degli istituti giuridici posti a protezione del soggetto debole rispetto alle nuove esigenze ed al diritto di autodeterminazione dell'incapace.

Basti pensare che il passaggio da una funzione esclusivamente riabilitativa ad una funzione competitiva dello sport per disabili pone all'interprete nuove problematiche giuridiche: nel momento in cui persone un tempo guardate dal diritto come soggetti

sufficienti da essere considerati legalmente ciechi, o totali. Sono incluse forme di disabilità relative ad una o più componenti del sistema visivo, ovvero struttura oculare, recettori, nervo ottico e corteccia visiva. Le guide per atleti con disabilità visive sono una parte essenziale della competizione, tanto che atleta e guida sono considerati una squadra. Dal 2012 anche le guide possono ricevere una medaglia in caso di podio. C) Disabilità intellettive - alla categoria appartengono atleti con significativi deficit nelle funzioni intellettive e limitazioni associate. Il Comitato paralimpico internazionale si occupa prevalentemente di disabilità fisiche, ma ad alcuni Giochi Paralimpici vi sono stati eventi per atleti con disabilità intellettive. Tuttavia i giochi olimpici speciali riconosciuti dal Comitato Olimpico internazionale sono aperti a tutte le persone con disabilità intellettive. Per quanto riguarda invece i soggetti sordi, nel 1996 il c.d. Movimento sportivo dei silenziosi si scorporò dalla FISD (Federazione italiana sport disabili), la quale era stata creata nel 1990 dalla unificazione delle tre Federazioni sportive competenti in materia di handicap (Federazione italiana handicappati, Federazione italiana ciechi sportivi, Federazione italiana silenziosi d'Italia).

⁵⁸ L. SANTORO, *Le fonti*, cit., 38.

⁵⁹ Sui quali *infra*.

⁶⁰ Emblematica la storia del campione del mondo dei pesi "Gallo" tra il 1956 e il 1957, il pugile *sordomuto* Mario D'Agata. In seguito ad una lunga carriera dilettantistica egli incontrò difficoltà a ottenere la licenza da pugile professionista, che inizialmente gli fu negata dalla Federazione poiché la sua patologia non gli consentiva di sentire il gong finale di ogni ripresa. Tale rifiuto provocò indignazione nell'opinione pubblica (in aiuto del pugile aretino sopraggiunsero i suoi concittadini che protestarono contro la Federazione oltre che personaggi politici dell'epoca come Amintore Fanfani) tanto da far cedere la Federazione, che infine gli rilasciò la licenza.



“totalmente o parzialmente incapaci di agire” (si pensi appunto ai disabili dal punto di vista intellettuale – relazionale, ma anche ai soggetti contemplati dall’art. 415 cod. civ., quali “il sordo o il cieco dalla nascita o dalla prima infanzia, se non hanno ricevuto un’educazione sufficiente”), possono decidere di esercitare attività volte al raggiungimento di determinate *performance* agonistiche sorge infatti il problema di come conciliare tali poteri di autodeterminazione con gli istituti codicistici posti a protezione di soggetti incapaci, nonché con le tradizionali concezioni in materia di incapacità legale.

Problema la cui soluzione impone riflessioni tanto sul piano civilistico quanto su quello costituzionalistico in relazione ai confini tra la valorizzazione della libertà e della ricerca della felicità e le esigenze di protezione di tali soggetti, considerati tradizionalmente soggetti deboli⁶¹.

Occorre infatti tenere presente come il passaggio avvenuto a livello sociologico dall’esclusione all’integrazione e dall’integrazione all’inclusione abbia coinciso con la trasformazione dei meccanismi di protezione approntati dal diritto (e specialmente dal diritto privato) nei confronti della persona disabile.

L’attenzione eccessiva che il codice civile aveva dedicato alla tutela del patrimonio del soggetto disabile e non piuttosto alla persona in quanto tale si è tradotta «per lo più in discipline (basti pensare all’interdizione e all’inabilitazione) tendenti più a porre divieti, che a promuovere nel disabile, nel senso più ampio possibile, lo sviluppo delle sue pur limitate capacità, specie sul piano dell’inclinazioni personali e quindi delle scelte esistenziali»⁶².

La ‘costituzionalizzazione’ dei principi codicistici ha tuttavia contribuito a «consolidare e a diffondere un’idea diversa e più al passo con i tempi dell’istituto della capacità d’agire, espressivo non solo della idoneità a porre in essere atti giuridici ma di un vero e proprio diritto inviolabile della persona all’autodeterminarsi nel mondo giuridico».⁶³

⁶¹ V. al riguardo, sulla protezione dei soggetti deboli nel diritto privato, D. POLETTI, *Soggetti deboli*, in *Enc. dir. Annali*, VII, Milano, 1962, ss. Dall’esame della normativa in materia di disabilità «emerge una figura della persona con disabilità come soggetto debole che necessita di misure di protezione e di sostegno che possano promuovere la sua persona al fine di porla su un piano di parità rispetto alle persone non affette da disabilità». E. SERRAO, *I diritti del minore con disabilità*, in *Giur. mer.* 2012, 759.

⁶² V., E. W. DI MAURO, *L’amministratore di sostegno e l’interesse “preferito” delle persone con disabilità*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 17 bis, dicembre, 2022, 1828. G. VISINTINI, “Incapacità di intendere o di volere: dai dogmi della tradizione alle nuove regole”, in *Aa. Vv.. L’amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, a cura di G. Ferrando, Milano, 2005, 11 ss.

⁶³ Così E. W. DI MAURO, *op. ult. cit.*, 1828 – 1829.

Ad una visione escludente fatta propria dal codice civile che, attraverso gli istituti dell’interdizione e/o dell’inabilitazione, poneva i soggetti fragili in un’area di immunità «fuori dal diritto»⁶⁴ finendo per «seppellire l’interessato dentro una specie di niente, chiuso a doppia mandata»⁶⁵, si è sostituita una visione partecipativa di tali soggetti alla vita sociale che tiene conto non soltanto delle loro “aspirazioni” (art. 410 cod. civ.) ma anche della loro utilità sociale all’interno di una società, appunto, inclusiva, nell’ottica di un «recupero-inserimento nella società di cui il malato continua a far parte»⁶⁶.

Lo stesso concetto di capacità di agire considerata come «l’attitudine all’attività giuridica concernente la sfera giuridica propria della persona»⁶⁷, o di capacità negoziale, intesa come presupposto di validità del negozio giuridico, la distinzione tra incapacità legale ed incapacità naturale⁶⁸, la distinzione tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione⁶⁹, sono attualmente segnati da confini ancora meno netti rispetto al passato, essendosi senza dubbio allargata a dismisura la sfera di autonomia dei soggetti da tutelare, anche grazie allo sviluppo della tecnologia ed ai numerosi interventi sull’ambiente circostante; in altri termini il progresso della scienza e della tecnologia, l’individualizzazione delle cure, le modifiche dell’ambiente hanno contribuito ad diminuire l’area delle situazioni nelle quali determinati soggetti erano un tempo considerati incapaci di badare ai propri interessi.

Da tale punto di vista il concetto di incapacità inteso come esclusione «dal traffico giuridico»⁷⁰, al quale si collega la considerazione del soggetto incapace considerato come oggetto e non già come destinatario delle norme in materia di interdizione⁷¹, sembra oggi anacronistico in relazione alle numerose possibilità che anche il disabile incapace ha di agire in determinati mercati, nonché in relazione al-

⁶⁴ In tal senso D. POLETTI, *Soggetti deboli*, cit., 968.

⁶⁵ P. CENDON, *I diritti dei più fragili. Storie per curare e riparare i danni esistenziali*, Milano, 2018, 42.

⁶⁶ G. FERRANDO, *L’amministrazione di sostegno nelle sue recenti applicazioni*, in *Famiglia, persone, successioni*, 2010, 836; ID., *Meccanismi negoziali a protezione di soggetti deboli*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3/2013, 977 ss.

⁶⁷ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, rist. 1997, 34.

⁶⁸ P. PERLINGIERI, “Gli istituti di protezione e di promozione dell’«infermo di mente». A proposito dell’handicappato psichico permanente”, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 48.

⁶⁹ Sulla quale, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, rist. 2002, 214; P. RESCIGNO, *Capacità di agire*, in *Nov. dig. It.*, II, Torino, 1957, 861 ss.; A. FALZEA, “Capacità”, in *Enc. dir.* VI, Milano, 1960, 8 ss.

⁷⁰ P. RESCIGNO, *Capacità di agire*, cit., 863.

⁷¹ P. RESCIGNO, *Capacità di agire*, cit., 863.

le diverse capacità che il soggetto disabile può fare “fiorire” in un ambiente adeguato⁷².

Tale ottica plurale è stata fatta propria dall’art. 26 della c.d. Carta di Nizza, secondo il quale «l’Unione riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l’autonomia, l’inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità».

Proprio il richiamo da parte della Carta di Nizza all’inserimento ed alla partecipazione ha fatto esattamente rilevare come tale documento mostri «evidenti segni di novità proprio nel modo in cui considera i diritti della persona. L’individuo non viene riguardato come monade astratta, ma calato nella trama delle relazioni che lo avvolgono, e che arricchiscono di specificità i connotati individuali. L’uomo astratto cede il passo al bambino, all’anziano, alla donna, al disabile, al consumatore, al lavoratore e così via. Al riconoscimento dei diritti si affianca la prefigurazione di misure intese a promuoverli e a renderli effettivi»⁷³.

Si è così adottato un modello di tutela non più rivolto al mero assistenzialismo, bensì funzionale al potenziamento dell’autonomia e della partecipazione attiva dei soggetti disabili, in un’ottica di completa integrazione sociale⁷⁴.

È avvenuto pertanto che «l’accreciuta rilevanza della sfera di autodeterminazione del disabile, effetto dell’evoluzione normativa sovranazionale e nazionale, mostra graduazioni della capacità di intendere e di volere che non possono e non devono essere rinchiuse negli angusti spazi di una sanzionata incapacitazione»⁷⁵, la quale è ridotta ormai a misura residuale.

Tale ottica, volta a riconoscere non soltanto il bisogno di protezione ma anche e soprattutto «i preziosi contributi, esistenti e potenziali, apportati da persone con disabilità in favore del benessere generale e della diversità delle loro comunità»⁷⁶ deve essere oggi posta alla base di quei meccanismi protettivi ma allo stesso tempo inclusivi come

l’amministrazione di sostegno⁷⁷, i quali hanno relegato ad *extrema ratio* quelli di tipo escludente, come l’interdizione o l’inabilitazione⁷⁸; vero è che, secondo parte della dottrina, l’istituto dell’amministrazione di sostegno «oscilla tra l’incostituzionalità e una sostanziale inutilità»⁷⁹, dato che «l’intento del legislatore di trasferire la protezione del piano patrimoniale a quello personale, è inevitabilmente fallito, risolvendosi esso in inutili declamazioni»⁸⁰.

E tuttavia non può negarsi come l’introduzione dell’amministrazione di sostegno abbia coinciso con un fondamentale cambiamento di mentalità all’interno della società, e con il recepimento di tutte quelle istanze filosofiche, sociologiche ed economiche che dagli anni settanta in poi hanno cambiato il modo di concepire la disabilità; sicché, la circostanza, ad esempio, che l’art. 410 c.c. parli di aspirazioni del beneficiario non è affatto inutile se sol si pensi a come tali aspirazioni, in un ancora recente passato, neppure fossero state prese in considerazione.

Peraltro, anche gli istituti dell’interdizione e dell’inabilitazione (istituti dei quali da più parti si è

⁷⁷ Una delle prime proposte volte all’introduzione di tale figura all’interno del codice civile si deve soprattutto al lavoro di un gruppo di studiosi coordinato da Paolo Cendon, il quale elaborò una proposta di riforma al codice civile disciplinante lo status dei soggetti malati di mente. Cfr., P. CENDON, *Infermi di mente e altri “disabili” in una proposta di riforma del codice civile*, in *Giur. it.*, 1988, I, 118; Aa.Vv., *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, a cura di P. Cendon, Napoli, 1988. Seguirono poi molteplici proposte: il disegno di legge n. 2571 presentato alla Camera il 23 aprile 1993 (c.d. Bompiani); il disegno di legge n. 448 presentato al Senato il 21 giugno 1994 (c.d. Perlingieri); il disegno di legge n. 776 presentato al Senato il 10 agosto 1994; il disegno di legge n. 246 presentato al Senato il 10 maggio 1996; la proposta di legge n. 960 (c.d. Giacco) e quella n. 4040 (c.d. Turci) entrambe confluite nel testo unificato del relatore Maggi presentato il 7 ottobre 1998. La proposta di legge, che assorbì la trattazione di tutti i precedenti disegni di legge, la n. 2189, fu presentata in Senato il 3 luglio 2001.

⁷⁸ V. C. RUFO SPINA, *La residualità dell’interdizione e dell’inabilitazione*, in *Giur. it.*, 2010, 2301 ss.; V. P. STANZIONE, *Amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione: rapporti e interazione*, in www.comparazioneDirittoCivile.it, 2, il quale, al riguardo, afferma che «il divario con i tradizionali istituti di protezione, per tale via, si rivela netto; esso supera il momento funzionale ed involge quello delle finalità, se è vero che i primi faticano a liberarsi dai retaggi e dalle logiche del passato incentrati – secondo un’accezione negativa e talvolta, addirittura, punitiva dell’infermità – sull’idea del disabile quale soggetto pericoloso, sul piano civile, per il fatto stesso della sua diversità. Una simile connotazione dell’interdizione e dell’inabilitazione, che ne sottolinea il carattere rigido e ghetizzante, ha peraltro origini lontane: il codice di procedura civile del 1865 con esasperato realismo le ricostruisce, addirittura, come provvedimenti *contro* la persona disabile».

⁷⁹ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, 141.

⁸⁰ F. GAZZONI, *op. loc. ult. cit.*

⁷² Rileva M. E. QUADRATO, *Il soggetto disabile tra dipendenza e autonomia*, in teoriaestoriadeldirittoprivato.com, 2023, 2, come «il primo passo da compiere, dunque, è liberarsi da un pregiudizio, e cioè che il disabile sia un soggetto incapace. Si può comprendere il suo bisogno di essere tutelato, ma certamente egli non è un incapace».

⁷³ G. FERRANDO, *L’amministrazione di sostegno*, cit., 838.

⁷⁴ V., al riguardo, V. BONGIOVANNI, *La tutela dei disabili tra Carta di Nizza e Convenzione delle Nazioni Unite*, in *Famiglia e diritto*, 2011, 3, 310. M. MAURO, *L’incidenza della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Cassazione civile: rassegna giurisprudenziale*, in *Pers. e merc.* 1/2012, 337.

⁷⁵ R. ROSSANO, *Diritti delle persone con disabilità*, cit., 4.

⁷⁶ V. Lett. m, Preambolo della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006, in https://www.esteri.it/mae/resource/doc/2016/07/c_01_convenzi_0ne_onu_ita.pdf.



proposta l'abrogazione⁸¹) vanno oramai interpretati non soltanto alla luce dei principi costituzionali e comunitari ma anche in coerenza con i valori recepiti dalle Convenzioni internazionali, e per quanto qui rileva dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006, entrata in vigore il 3 maggio 2008 e ratificata dall'Italia con legge n. 18 del 3 marzo 2009⁸²; se è vero infatti che «in questa prospettiva vanno rilette non solo le norme relative all'interdizione o inabilitazione, ormai anacronistiche, ma anche quelle che disciplinano l'amministrazione di sostegno»⁸³, allora è anche vero che, come è previsto dall'art. 12 di tale Convenzione, le misure previste dal codice civile devono essere ormai applicate in maniera tale da rispettare «i diritti, la volontà e le preferenze della persona, che siano scevre da ogni conflitto di interesse e da ogni influenza indebita, che siano proporzionate e adatte alle condizioni della persona, che siano applicate per il più breve tempo possibile e siano soggette a periodica revisione da parte di una autorità competente, indipendente ed imparziale o di un organo giudiziario»⁸⁴.

La residualità, in altri termini, vale ormai per tutte le misure di protezione delle persone «prive in tutto o in parte di autonomia», sicché gli istituti codicistici dovranno essere applicati soltanto là dove le esigenze di protezione del disabile non «siano comunque esaurientemente soddisfatte all'interno del contesto familiare»⁸⁵ e soltanto nel caso in cui il potenziale beneficiario non «sia dotato della piena capacità di determinarsi e di poter esprimere il proprio dissenso alla misura di sostegno. Inoltre, mere esigenze di migliore gestione patrimoniale non

giustificano un'invasione nella sfera della capacità di agire della persona, in quanto l'istituto è spiccatamente caratterizzato dalla cura personae, e non esclusivamente dalla cura patrimonii»⁸⁶.

In ogni caso poi, là dove tali misure vengano applicate devono comunque essere graduate in relazione alle diverse capacità che il soggetto abbia mantenuto, e nel rispetto, si ripete, della sua volontà e delle sue preferenze, pur dovendosi tener conto, nel loro continuo adattamento, di una necessaria «collaborazione tra operatori giuridici e neuroscienziati per la risoluzione di problemi concreti al fine di realizzare il cd. *best interest* della persona mediante la scelta di una misura di sostegno proporzionata e differenziata sotto il profilo funzionale e qualitativo»⁸⁷.

Orbene, tra le aspirazioni del beneficiario contemplate dall'art. 410 cod. civ., per quanto qui rileva, possono rientrare i sogni legati, non soltanto alla pratica, ma addirittura al raggiungimento di risultati agonistici in un determinato sport.

Non a caso, l'art. 30 della Convenzione ONU (Partecipazione alla vita culturale, alla ricreazione, al tempo libero e allo sport) afferma che «gli Stati Parti riconoscono il diritto delle persone con disabilità a prendere parte su base di eguaglianza con gli altri alla vita culturale e dovranno prendere tutte le misure appropriate per assicurare che le persone con disabilità [...] abbiano l'opportunità di organizzare, sviluppare e partecipare ad attività sportive e ricreative specifiche per le persone con disabilità e, a questo scopo, incoraggiare la messa a disposizione, sulla base di eguaglianza con gli altri, di adeguati mezzi di istruzione e formazione e di risorse» (lett. b) nonché «assicurare che le persone con disabilità abbiano accesso a luoghi sportivi, ricreativi e turistici» (lett. c).

Alla luce di tali principi, ed al fine di adeguare le norme in materia di disabilità alla Convenzione ONU, l'Italia ha adottato la l. 22 dicembre 2021, n. 227, la quale reca una delega al Governo per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di disabilità; tale normativa rappresenta l'attuazione di una delle riforme (riforma 1.1) previste dalla c.d. Missione 5 «Inclusione e Coesione» – Componente 2 «Infrastrutture sociali, famiglie, comunità e Terzo settore» del PNRR (Piano nazionale di ripresa e resilienza). Tale riforma (c.d. Legge quadro sulla disabilità) prevede una legge di delegazione riguardante tutte le persone con disabilità, avente il suo fulcro nel c.d. progetto di vita personalizzato e partecipato, diretto a consentire alle persone con disa-

⁸¹ F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, 142; P. STANZIONE, *Amministrazione di sostegno*, cit., 3.

⁸² Sulla portata innovativa della Convenzione v., ad esempio, G. TUCCI, *La partecipazione del disabile alla vita sociale*, in www.questionegiustizia.it, 3/2018, secondo il quale «essa rappresenta la prima grande iniziativa del XXI secolo in materia di diritti umani e si ispira non più alla sola idea della protezione del disabile dalle discriminazioni, di cui è stato vittima nei secoli, ma a quella della partecipazione del disabile alla vita sociale e dell'inclusione dello stesso in tutti i rapporti interindividuali come strumento di effettiva salvaguardia dell'equilibrio fisico e psichico dello stesso».

⁸³ E. W. DI MAURO, *L'amministrazione di sostegno*, cit., 1836.

⁸⁴ Definisce tale articolo come il «cuore pulsante» della Convenzione, V. BARBA, *Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle persone con Disabilità e diritto civile italiano*, in *Rass. dir. civ.*, II, 2021, 446 ss.

⁸⁵ Al riguardo è stato affermato come «una volta riscoperta la centralità della persona, il *leit motiv* che anima le soluzioni degli interpreti è nel senso, infatti, di non ricorrere ad alcun istituto di protezione allorché l'incapace sia già adeguatamente e diversamente tutelato, come nel caso in cui «le sue esigenze di assistenza siano comunque esaurientemente soddisfatte all'interno del contesto familiare»» (Trib. Modena 2 febbraio 2009, in *Giur. locale, Modena*, 2009, sulla quale si sofferma P. STANZIONE, *Amministrazione di sostegno*, cit., 9).

⁸⁶ Cass. 31/12/2020, n. 29981, in *Dir. fam. e pers.*, 2021, 3, I, 1043.

⁸⁷ C. PERLINGIERI, *Amministrazione di sostegno e neuroscienze*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2015, 333 ss.

bilità di essere protagoniste della propria vita e di realizzare una effettiva inclusione nella società.

Tra le finalità della legge quadro viene in considerazione quella di contribuire all'adozione di una «definizione di disabilità coerente con l'articolo 1, secondo paragrafo, della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, anche integrando la l. 5 febbraio 1992, n. 104, e introducendo disposizioni che prevedano una valutazione di base della disabilità distinta da una successiva valutazione multidimensionale fondata sull'approccio bio-psico-sociale, attivabile dalla persona con disabilità o da chi la rappresenta, previa adeguata informazione sugli interventi, sostegni e benefici cui può accedere, finalizzata al progetto di vita individuale, personalizzato e partecipato di cui alla lettera c) del presente comma e assicurando l'adozione di criteri idonei a tenere nella dovuta considerazione le differenze di genere» (art. 2, n. 1, l. 227/2021)⁸⁸.

A questo punto ci si potrebbe però domandare: sino a che punto l'amministratore di sostegno (o il soggetto che si occupa della cura del disabile) deve assecondare le aspirazioni del beneficiario, specie nel caso in cui esse siano per lui potenzialmente pericolose? Entro quali limiti l'ordinamento giuridico può consentire ad un soggetto disabile, ed in particolare ad un disabile "intellettivo-relazionale", la pratica di determinati sport potenzialmente rischiosi per la sua e per l'altrui integrità fisica?

Al riguardo potrebbe rilevarsi che il soggetto beneficiario è libero di praticare qualsiasi tipo di sport ove ne abbia le capacità intellettive e motorie; ciò a maggior ragione ove si consideri che il tesseramento sportivo viene attualmente considerato come un atto di ordinaria amministrazione⁸⁹ anche là dove

⁸⁸ Tali principi avrebbero dovuto in realtà già da tempo trovare un recepimento normativo attraverso l'adozione del c.d. codice della disabilità, la cui redazione era alla base di un disegno di legge approvato il 28 febbraio 2019 dal Consiglio dei Ministri, recante una delega al Governo di semplificazione e codificazione in materia di disabilità. V., al riguardo, E. VIVALDI, A. BLASINI, *Verso il "Codice per la persona con disabilità". Introduzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021., 368 ss.

⁸⁹ V., AL RIGUARDO, L. LEIDI, *IL TESSERAMENTO (ANCHE DEL MINORE) È ATTO DI ORDINARIA AMMINISTRAZIONE*, IN WWW.PERSONAEDANNO.IT., 19 GENNAIO 2016. CFR., CORTE FEDERALE DI APPELLO FIGC 22 GIUGNO 2015, SECONDO LA QUALE «LA RICHIESTA DI TESSERAMENTO DI UN CALCIATORE MINORENNE DEVE ESSERE CONSIDERATA COME ATTO DI ORDINARIA AMMINISTRAZIONE» (CAF 22 GIUGNO 2015, IN *COM. UFF.* N. 9/CFA). V., PERÒ IN SENSO CONTRARIO CORTE DI APPELLO FEDERALE FIGC, 12 LUGLIO 2004, CHE CONSIDERA IL TESSERAMENTO DI UN MINORE D'ETÀ COME ATTO DI STRAORDINARIA AMMINISTRAZIONE IN BASE AL FATTO CHE TALE ATTO INCIDEREBBE SULLA SFERA, OLTRE CHE PATRIMONIALE, ANCHE PERSONALE DEL MINORE STESSO. V. AL RIGUARDO, L. SANTORO, *I SOGGETTI*, IN *LEZIONI DI DIRITTO SPORTIVO*, CIT., 104.

esso riguardi un soggetto minore. Stessa conclusione potrebbe trarsi per il disabile il quale, così come il minore, non avrebbe bisogno di alcuna assistenza nella decisione di intraprendere un'attività sportiva ove fosse «capace di comprendere il significato e il valore degli atti e dei comportamenti inerenti all'esercizio dell'attività; in tal caso egli dovrebbe avere «il potere di esprimere un valido e impegnativo consenso esteso al coinvolgimento materiale del proprio corpo, beninteso nel quadro delle regole di correttezza o di ordine precauzionale proprie di ciascuna disciplina sportiva»⁹⁰.

D'altro canto, con riferimento al tesseramento minorile, si è rilevato come «la disciplina del consenso al tesseramento dovrebbe pertanto desumersi dalle regole relative alle modalità di esercizio della responsabilità genitoriale, che – come noto – si diversificano in ragione della capacità di autodeterminazione del minore. In questa prospettiva, al minore, che dimostri un grado di maturità psico-fisica tale da comprendere i vantaggi e gli svantaggi correlati alla pratica sportiva conseguente al tesseramento, dovrebbe riconoscersi piena autonomia di scelta, anche contro la volontà dei genitori»⁹¹.

Senonché a parte l'ipotesi del disabile dotato di «maturità psico-fisica tale da comprendere i vantaggi e gli svantaggi correlati alla pratica sportiva» (ipotesi, questa, nella quale egli potrebbe ben opporsi all'applicazione delle misure di protezione⁹²) rimane il problema della validità del consenso, per

AI SENSI DELL'ART. 16 DEL D. LGS. 36/2021 (ATTUAZIONE DELL'ARTICOLO 5 DELLA LEGGE 8 AGOSTO 2019, N. 86, RECANTE RIORDINO E RIFORMA DELLE DISPOSIZIONI IN MATERIA DI ENTI SPORTIVI PROFESSIONISTICI E DILETTANTISTICI, NONCHÉ DI LAVORO SPORTIVO - C.D. RIFORMA DELLO SPORT) «LA RICHIESTA DEVE ESSERE PRESENTATA TENENDO CONTO DELL'INCLINAZIONE NATURALE E DELLE ASPIRAZIONI DEL MINORE. ESSA PUÒ ESSERE COMPIUTA DISGIUNTAMENTE DA CIASCUN GENITORE NEL RISPETTO DELLA RESPONSABILITÀ GENITORIALE. SI AGGIUNGE, ANCORA, CHE, IN CASO DI DISACCORDO, SI APPLICA QUANTO PREVISTO DALL'ART. 316 C.C. E CHE, UNA VOLTA COMPIUTO IL DODICESIMO ANNO DI ETÀ, IL TESSERAMENTO NON PUÒ PRESCINDERE DAL CONSENSO DELL'INTERESSATO».

⁹⁰ Sulla problematica del tesseramento minorile v., L. SANTORO, *Il tesseramento minorile*, in *Riv. Facoltà di Scienze Motorie dell'Università di Palermo*, 2008, Sez. I, 61 ss.; v., inoltre, F. RENDE, *Riforma dell'ordinamento sportivo e protezione dell'interesse del minore*, in *Riv. dir. sport.*, 1/2021, 21 ss.

⁹¹ L. SANTORO, *op. loc. ult. cit.*; ID., *Giro del mondo a vela in solitaria: quando la scelta del minore va rispettata*, in *www.personaedanno.it*, 21 febbraio 2012.

⁹² Cfr., tra le tante, Cass. civ. 4-11-2022, n. 32542, in *Jurisdata online*, secondo la quale «è escluso il ricorso all'istituto nei confronti di chi si trovi nella piena capacità di autodeterminarsi, pur in condizioni di menomazione fisica, in funzione di asserite esigenze di gestione patrimoniale. Ne consegue che, salvo che non sia provocata da una grava patologia psichica, tale da rendere l'interessato inconsapevole del bisogno di assistenza, la sua opposizione alla nomina costituisce espressione di autodeterminazione, che deve essere opportunamente considerata».



quanto qui rileva, alla pratica di una determinata attività sportiva prestato da un disabile “intellettivo-relazionale” sottoposto ad amministrazione di sostegno, ovvero ad interdizione o ad inabilitazione; ed è proprio in relazione a tali ipotesi che si dovrà di volta in volta valutare la gravità della singola disabilità intellettiva nonché la potenziale pericolosità di una determinata attività sportiva – o del livello al quale quella attività viene svolta – per quello specifico soggetto.

È infatti da ritenere che in tali casi occorrerà di volta in volta valutare quali atti di ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'interdetto senza l'intervento ovvero con l'assistenza del tutore, o quali atti eccedenti l'ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'inabilitato senza l'assistenza del curatore (art. 427 c.c.), ovvero in quali atti il beneficiario conservi la capacità di agire, non richiedendo la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno (art. 409 c.c.)⁹³; in altri termini occorrerà considerare di volta in volta la pericolosità delle singole attività sportive alla luce della capacità di comprensione del pericolo e della capacità psico fisica di affrontarlo da parte del singolo soggetto disabile.

Da tale punto di vista, infatti, si potrebbe considerare che nel passaggio dalla protezione del solo patrimonio del disabile (e della sua famiglia) a quella della sua persona⁹⁴, il concetto di “atto di straordinaria amministrazione” può essere utilizzato non soltanto per gli atti potenzialmente rischiosi per la sfera economica ma anche per quelli che mettono a rischio la salute; del resto occorre considerare come il termine “patrimonio” possa oggi riferirsi sia agli aspetti economici della persona che a quelli essenziali.

Nel caso, dunque, di attività potenzialmente pericolose, nelle quali si ponga il dubbio della capacità di discernimento del disabile, e per lo svolgimento delle quali sorga un dissenso tra soggetto beneficiario della misura di protezione ed il soggetto che

si occupi della sua cura, sarà compito del giudice attuare un bilanciamento tra opposti interessi, tenendo in considerazione, da un lato, le aspirazioni del disabile, dall'altro, l'esigenza di una sua protezione.

Là dove viceversa la pratica di una attività sportiva, per il livello al quale viene praticata o per la sua natura, non sia annoverabile tra quelle potenzialmente rischiose per la salute del disabile (si pensi, ad esempio, all'esercizio del *fitness* o delle bocce o a tutte quelle attività che non comportino un particolare impegno fisico⁹⁵) la scelta di praticarla potrà essere effettuata senza autorizzazione o assistenza alcuna.

Peraltro, nella distinzione tra attività sportive rientranti, per così dire, nella “ordinaria amministrazione” ed attività sportive che viceversa pongono a repentaglio la salute del disabile, un ruolo fondamentale sarà assolto da quelle norme che disciplinano i controlli sanitari ed il rilascio dei certificati medici nel caso di accesso ad una determinata disciplina sportiva, nonché, come si dirà oltre, dallo stesso ordinamento sportivo che con le sue regole decide a priori quali attività possano o non possano essere svolte da soggetti affetti da disabilità fisiche o intellettivo-relazionali.

⁹³ Cfr., al riguardo, Circolare CONI, 10 luglio 2016, in www.coni.it, secondo la quale i tesserati appartenenti alla categoria di coloro i quali svolgano attività sportive che non comportano impegno fisico non sono tenuti all'obbligo di certificazione sanitaria; tuttavia, il CONI raccomanda di sottoporsi ad un controllo medico prima dell'avvio dell'attività sportiva. Nello specifico rientrano in questa categoria tutte le persone fisiche tesserate in Italia, non agoniste, che svolgono attività sportive caratterizzate dall'assenza o dal ridotto impegno cardiovascolare, organizzate dallo stesso CONI oppure da società od associazioni sportive affiliate alle Federazioni Sportive Nazionali, alle Discipline Sportive Associate ed agli Enti di Promozione Sportiva. In particolare la circolare fornisce un elenco di discipline che si ritengono caratterizzate dall'assenza o dal ridotto impegno cardiovascolare. Tali discipline sono: discipline degli Sport di Tiro (Tiro a segno, Tiro a volo, Tiro con l'arco, Tiro Dinamico Sportivo), discipline del Biliardo Sportivo, discipline delle Bocce, ad eccezione della specialità volo di tiro veloce (navette e combinato), discipline del Bowling, discipline del Bridge, discipline della Dama, discipline dei Giochi e Sport Tradizionali (discipline regolamentate dalla FIGEST), discipline del Golf, discipline della Pesca Sportiva di superficie, ad eccezione della specialità del Long Custing e del Big Game (Pesca d'altura), discipline degli Scacchi, disciplina del Curling e dello Stock sport. Oltre alle discipline in elenco rientrano in questa categoria tutte le altre attività facenti capo alle Federazioni Sportive Nazionali, alle Discipline Sportive Associate ed agli Enti di Promozione Sportiva il cui impegno fisico sia evidentemente minimo (come ad esempio l'aeromodellismo, le imbarcazioni radiocomandate, l'attività sportiva cinotecnica). Quindi spetterà alle Federazioni Sportive Nazionali, alle Discipline Sportive Associate ed agli Enti di Promozione Sportiva il compito di individuare le attività sportive il cui impegno fisico “sia evidentemente minimo”.

⁹³ L'art. 409 c.c., in tal senso, prevede che anche la persona fisicamente o mentalmente inferma sottoposta ad amministrazione di sostegno conserva comunque la capacità di agire per tutti quegli atti per i quali non sia stata ritenuta dal giudice incapace; laddove poi l'art. 427 c.c. statuisce che il giudice può stabilire che taluni atti di ordinaria amministrazione possano essere compiuti dall'interdetto senza l'intervento ovvero con l'assistenza del tutore.

⁹⁴ Ricorda P. STANZIONE, *L'amministrazione di sostegno*, cit., 3, che «l'intera disciplina previgente all'attuale riforma rispondeva ad una logica puramente patrimonialistica; si muoveva, cioè, nell'ottica della duplice preoccupazione di “conservare il patrimonio dell'infermo di mente (e più precisamente, per quanto attiene ai valori capitali, di conservare i “beni nella sua famiglia)” e di garantire la “sicurezza della circolazione giuridica e di tutela dell'affidamento dei terzi”. Nessun rilievo concreto era riconosciuto alla protezione della persona del malato».

Il possibile contrasto tra diritto all'autodeterminazione⁹⁶ e protezione della salute del soggetto debole si potrebbe così porre per tutti gli sport potenzialmente rischiosi, da quelli c.d. a contatto eventuale a quelli tradizionalmente definiti a violenza necessaria (anche se sarebbe più indicato denominarli semplicemente sport da combattimento o ad aggressione regolata⁹⁷), nei quali lo scontro fisico tra gli agonisti è addirittura imposto dalle stesse regole del gioco; per non parlare poi dei c.d. sport estremi, nei quali è l'atleta stesso a ricercare il rischio superando i limiti della natura.

Se da un lato, infatti, la pratica di tali sport può rappresentare per l'interessato uno dei possibili modi di realizzazione della persona di cui all'art. 2 della Costituzione, dall'altro essa può porsi in contrasto con l'art. 32 della Costituzione in relazione all'interesse della collettività alla tutela della salute,

⁹⁶ La salvaguardia dell'autodeterminazione del soggetto disabile costituisce uno degli obiettivi della nuova sensibilità di cui si è fatta portatrice la l. n. 6/2004. Al riguardo, la Corte Costituzionale, con sentenza 12-06-2006, n. 13584, in Jurisdata online, ha evidenziato «la massima salvaguardia possibile dell'autodeterminazione del soggetto in difficoltà, attraverso il superamento concettuale del momento autoritativo, consistente nel divieto, tradizionalmente posto a suo carico, del compimento di una serie, più o meno ampia, di attività, in correlazione al grado di incapacità, a favore di una effettiva protezione della sua persona, che si svolge prestando la massima attenzione alla sua sfera volitiva, alle sue esigenze, in conformità al principio costituzionale del rispetto dei diritti inviolabili dell'uomo».

⁹⁷ Al riguardo sia consentito rinviare a G. AGRIFOGLIO, *Pugilato e sport da combattimento. Divieto di disporre del proprio corpo o libertà di scegliere il proprio modo di vivere?*, in *Europa dir. priv.*, 2/2018, 753 ss. «Si ritiene che la definizione tradizionale di "sport a violenza necessaria" non colga l'essenza stessa di tale fenomeno giuridico, apparendo viceversa ontologicamente e metodologicamente più corretta la locuzione "sport da combattimento", ovvero di attività sportive nelle quali la combattività, la c.d. cattività agonistica prevedono di necessità lo scontro fisico con l'avversario. L'uso della "violenza", infatti, intesa « in senso prototipico come un particolare atto inflitto al soggetto contro la sua volontà, qualora esso si traduca nella restrizione più o meno improvvisa della libertà di disporre di sé e del proprio corpo » appare incompatibile con l'esercizio dello sport proprio perché l'attività sportiva è una attività « lecita », la quale non può essere marcata da connotati eticamente negativi, e « libera », per ciò stesso inconciliabile con qualsiasi atteggiamento di tipo coercitivo; un tale atteggiamento violento verrebbe ovviamente riprovato e non già consentito e promosso dall'ordinamento giuridico (si pensi, per quanto riguarda il diritto civile, alla violenza quale vizio del consenso o alla violenza che caratterizza lo spoglio in materia possessoria o, dal punto di vista penalistico, alla violenza che costituisce il presupposto di determinate fattispecie criminose, da quella sessuale a quella privata). La definizione di sport a violenza necessaria si rivela peraltro inutile, oltre che inappropriata, dato che essa veniva utilizzata per indicare, in buona sostanza, soltanto gli sport da combattimento». V., inoltre, G. AGRIFOGLIO, *Dagli sport a violenza necessaria agli sport ad aggressione regolata*, in *Riv. dir. sport.*, 2012, 88 ss.; sull'argomento v. T. MAUCERI, *Sport da contatto e responsabilità*, in *Riv. dir. sport.*, 1/2021, 74 ss.

nonché con l'art. 5 del codice civile, il quale proibisce gli atti di disposizione del proprio corpo che cagionino danni permanenti all'integrità fisica.

Nel caso in cui il soggetto disabile sia sottoposto ad amministrazione di sostegno (o sia addirittura interdetto o inabilitato) potrebbe dunque porsi il problema della sua capacità di scegliere autonomamente la tipologia di attività sportiva da esercitare, nonché il livello al quale esercitarla.

Ovviamente, si tratterà di volta in volta di operare un bilanciamento di interessi; bilanciamento che tenga conto dell'attuale realtà sociale nella quale il termine salute richiamato direttamente dall'art. 32 cost. ed indirettamente dall'art. 5 del cod. civ. si è arricchito di nuovi significati.

Il concetto di salute non si identifica più infatti con quello strettamente medico di assenza di malattia, ma si è arricchito di un contenuto sociologico e psicologico, essendo venuto a ricomprendere ogni aspetto della complessa personalità umana: non a caso, la definizione di salute fornita dall'Organizzazione mondiale della sanità coincide con uno stato di complesso benessere psico-fisico e sociale.

Da qui la necessità di interpretare le norme costituzionali e l'art. 5 del codice civile in un'ottica che tenga conto del diritto di ciascuno alla ricerca del benessere esistenziale piuttosto che soltanto dell'interesse della collettività ad avere cittadini "non malati"⁹⁸.

In altri termini il pieno sviluppo della persona umana sarebbe impedito là dove si dovesse vietare ad un soggetto disabile di realizzare i propri obiettivi di felicità esistenziale o addirittura i propri interessi economici in una disciplina sportiva sol perché ritenuta non confacente ad una visione paternalistica della protezione della salute⁹⁹.

Naturalmente, tale ricerca di benessere esistenziale dovrà essere pur sempre bilanciata con la protezione della salute considerata non già soltanto come diritto individuale ma anche quale "interesse" dell'intera collettività; interesse, questo, che i pubblici poteri hanno il compito di perseguire, a volte anche a scapito della libertà individuale.

Da tale punto di vista non è irrilevante, come si diceva all'inizio del presente lavoro, che la previsione costituzionale della tutela dello sport sia stata diretta a modificare l'art. 33 e non già l'art. 32

⁹⁸ In tal senso, G. RESTA, *Proprietà, corpo e commodification nel dibattito nordamericano*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 800 ss.; V., M. C. VENUTI, *Gli atti di disposizione del corpo*, Milano, 2002, 18 ss.; G. FERRANDO, *Gli atti di disposizione del corpo*, in *Il principio di gratuità*, a cura di A. Galasso, S. Mazzaresse, Milano 2008, 329 ss.

⁹⁹ Problematica, questa, affrontata nel famoso caso del lancio del nano, sul quale sia consentito rinviare a G. AGRIFOGLIO, *Le responsabilità del medico sportivo*, cit., 55.



Cost.; agganciando infatti tale promozione ad aspetti culturali e sociali e non già ad aspetti medici si mettono in evidenza i valori inclusivi dell'attività sportiva (legati, come si è rilevato, anche al mondo della scuola), la quale attualmente non può più essere considerata come un momento di esaltazione della sanità della stirpe bensì di promozione di benessere psicofisico di ciascuna persona.

4. La capacità dell'atleta disabile: tra ordinamento sportivo e ordinamento statale.

Nell'operare il bilanciamento di interessi al quale si è accennato il giudice avrà il compito di rifarsi non soltanto ai principi promananti dall'ordinamento giuridico statale ma anche a quelli propri dell'ordinamento sportivo.

Più precisamente, mentre fissare i limiti agli atti di disposizione del proprio corpo conciliando il diritto alla ricerca della felicità con il dovere di protezione della salute (intesa anche come interesse della collettività) spetta all'ordinamento giuridico statale, è viceversa l'ordinamento giuridico sportivo che ha il compito di adottare regole volte alla tutela della salute degli atleti, siano essi o meno disabili, adeguandole nel tempo al fine di proteggere, anche in relazione al progresso della scienza e della tecnica, l'incolumità fisica dei gareggianti¹⁰⁰.

Avviene così che il legislatore statale, al quale viene attribuita la tutela del diritto fondamentale alla salute, demandi all'ordinamento sportivo il compito di fissare regole tecniche affinché tale tutela non soltanto non venga compromessa ma addirittura possa essere realizzata nel migliore dei modi.

Con riferimento a tale aspetto le regole volte alla tutela della salute degli atleti disabili dovranno ovviamente subire i necessari adattamenti in relazione alle varie discipline ed ai vari tipi di disabilità; esse

¹⁰⁰ Non a caso, senza voler ovviamente qui ripercorrere il dibattito sulla autonomia dell'ordinamento sportivo, lo stesso legislatore riconosce tale autonomia, tanto con riferimento al rapporto con l'ordinamento statale (v. art. 1. L. 17 ottobre 2003, n. 280, secondo il quale «la Repubblica riconosce e favorisce l'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale, quale articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale facente capo al Comitato Olimpico Internazionale») quanto nell'adozione delle c.d. regole tecniche sportive (v. art. 2., l. 17 ottobre 2003, n. 280). Cfr., Cass. civ. sez. un. 07-05-2021, n. 12149, in *Foro amm.*, 2021, 1687 ss., secondo la quale «le regole dell'ordinamento sportivo, disciplinanti l'osservanza e l'applicazione di norme regolamentari, organizzative e statutarie dirette a garantire il corretto svolgimento delle attività sportive (cc.dd. "regole tecniche"), nonché i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e l'irrogazione delle relative sanzioni, costituiscono espressione dell'autonomia interna delle Federazioni e restano irrilevanti per l'ordinamento giuridico dello Stato, con il limite del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona».

dovranno così tener conto delle tipologie e della gravità della disabilità dei praticanti al fine di limitare eventi dannosi dovuti tanto ai fisiologici rischi insiti nella gara quanto alla particolare situazione psicofisica degli atleti.

Si pensi sol per fare un esempio alla difficoltà di gestione e di realizzazione di un combattimento tra soggetti con disabilità intellettive alla luce dei rischi che tale competizione potrebbe far sorgere proprio a causa della difficoltà di fare rispettare le regole agli atleti; proprio al fine di evitare tali pericoli l'ordinamento sportivo pone divieti ovvero adatta le singole attività sportive praticabili da soggetti disabili in modo tale da limitare i rischi per la loro incolumità; non a caso, se in relazione alla scherma il relativo regolamento stabilisce che essa «è praticata soltanto da atleti con disabilità fisiche e che l'utilizzo delle armi previste da questa disciplina non consente a persone con deficit mentale di praticarla»¹⁰¹, con riferimento a sport da combattimento come il Judo agonistico per disabili intellettivo relazionali si vietano alcune tecniche particolarmente pericolose; maggiori limitazioni sono poi previste nel Judo non agonistico¹⁰².

In altri termini, l'ordinamento sportivo, attraverso un continuo adattamento delle proprie regole tecniche, consente l'inserimento dei disabili nella comunità degli sportivi contemperando la possibilità di far loro praticare sport potenzialmente rischiosi con i limiti che l'ordinamento statale pone al fine di tutelare la loro salute.

Da tale punto di vista i soggetti coinvolti nella scelta relativa alla promozione delle legittime aspirazioni del disabile dovranno valutare se alla luce delle specifiche incapacità del soggetto interessato una determinata disciplina possa essere da lui praticata; in tale scelta sarà ovviamente d'ausilio il ruolo delle strutture sanitarie deputate al rilascio dei certificati di idoneità alla pratica sportiva¹⁰³; si pensi al

¹⁰¹ V. <https://federscherma.it/wp-content/uploads/2023/02/Disp.-Att.-Ag.-2022-23-Atleti-con-disabilita-intellettiva-relazionale.pdf>.

¹⁰² V. regolamento Judo per disabili intellettivo relazionali, in www.fisdir.it.

¹⁰³ Per una disamina dell'attuale quadro normativo in materia di certificati medico sportivi v., ad esempio, V. SPARACO, *Certificato medico sportivo: l'attuale quadro normativo*, in <https://www.sportlex.it/lattuale-quadro-normativo-materia-certificazione-medico-sportiva-2/>; cfr., inoltre, le informazioni reperibili sul sito della Federazione medico sportiva italiana (www.fmsi.it), *Il punto sui certificati medico sportivi regolamentati dalle leggi italiane*. Per quanto riguarda la certificazione medico sportiva per soggetti disabili viene in considerazione il D. M. 4 marzo 1993 (in *Gazz. Uff.*, 18 marzo 1993, n. 64) sulla determinazione dei protocolli per la concessione dell'idoneità alla pratica sportiva agonistica alle persone handicappate, il quale prevede che (all. 1) «le attività sportive per persone handicappate vengono suddivise in due grandi gruppi in base all'impegno muscolare e cardiorespiratorio».

Regolamento sanitario e delle classificazioni della FISDIR del 6 febbraio 2021¹⁰⁴, ai sensi del quale «all'atto del primo tesseramento è richiesto un certificato, redatto da un medico del SSN o rilasciato da una struttura convenzionata, che attesti la diagnosi della patologia che ha determinato lo stato di disabilità intellettiva e/o relazionale dell'atleta, indipendentemente se insorta prima o dopo il 18° anno di età, con specifica, ove possibile, del grado (lieve-medio-grave) (art. 2). Tale regolamento opera infatti specifiche distinzioni tanto sulla base degli sport praticabili da soggetti disabili intellettivo – relazionali (a seconda dell'impegno muscolare o cardiorespiratorio richiesto) quanto sulla base delle c.d. classificazioni di tali atleti, le quali rispondono «all'esigenza di consentire lo svolgimento di una competizione sportiva in maniera equa, raggruppando in "classi" atleti aventi le medesime potenzialità. La classificazione dell'atleta con disabilità intellettiva in sostanza misura l'influenza che il suo status ha sulla prestazione sportiva».

È dunque grazie al continuo dialogo tra ordinamenti, necessariamente mediato dalla scienza medica e dal suo continuo progredire, che si vengono a creare le condizioni affinché possano essere tutelate le aspettative dell'atleta disabile.

5. Conclusioni. Gli ostacoli all'inclusione: dalle barriere architettoniche alla discriminazione del disabile.

Alla luce delle precedenti considerazioni si può dunque ritenere che il processo di inclusione dei soggetti disabili nel mondo sportivo (e non soltanto in quello sportivo) ha compiuto, specie negli ultimi anni, numerosi passi in avanti, sia grazie alla diversa percezione dell'aspetto economico e mediatico legato allo sviluppo dello sport per disabili, sia grazie ai mutamenti in materia di misure di protezione approntate dall'ordinamento giuridico per tali soggetti.

Esempio di inclusione nel mondo del lavoro sportivo è rappresentato dal d. lgs. 28 febbraio

2021, n. 36, recante “Riordino e riforma delle disposizioni in materia di enti sportivi professionistici e dilettantistici, nonché di lavoro sportivo,” in attuazione dell'art. 5 della legge 8 agosto 2019, n. 86, “Deleghe al Governo e altre disposizioni in materia di ordinamento sportivo, di professioni sportive nonché di semplificazione” il quale detta, al Titolo VI, la disciplina legislativa dell'accesso degli atleti disabili fisici e sensoriali nei Gruppi Sportivi Militari e nei Gruppi Sportivi dei Corpi Civili dello Stato; vero è che tale riforma riguarda atleti paralimpici di “alto livello tecnico-agonistico”¹⁰⁵, e tuttavia, come è stato rilevato, essa ha costituito un «provvedimento di civiltà che pone fine a una disparità che non aveva ragione di esistere e che, allo stesso tempo, ha il merito di inviare un importante segnale culturale a tutto il Paese per una piena inclusione delle persone con disabilità e per il riconoscimento di uguali diritti per tutti»¹⁰⁶.

È inoltre da menzionare, in relazione alla promozione dell'inclusione dei disabili nello sport amatoriale, il recente decreto del Ministero della Salute del 22 agosto 2022 (Erogazione di ausili ortesi e protesi per lo svolgimento di attività sportive amatoriali destinate a persone con disabilità fisica)¹⁰⁷ il quale prevede che «hanno diritto, in via sperimentale, agli ausili e alle protesi degli arti inferiori e superiori a tecnologia avanzata e con caratteristiche funzionali allo svolgimento di attività sportive amatoriali, gli invalidi civili amputati di arto e/o gli affetti da paraparesi o paraplegia o tetraparesi che praticano, o sono in grado di praticare, attività motorie o

¹⁰⁴ Reperibile sul sito www.fisdir.it. Il regolamento prevede (art. 3) che «nel caso in cui l'atleta sia portatore della sindrome di Down, indipendentemente dall'attività svolta, non agonistica o agonistica, la FISDIR richiede che l'atleta per una sola volta, in via preventiva rispetto all'inizio dell'attività sportiva, si sottoponga ad un esame radiografico nelle proiezioni standard e dinamiche del rachide cervicale al fine di individuare eventuali patologie correlate alla sindrome di Down (ad esempio l'instabilità del rachide cervicale). I referti delle suddette radiografie devono essere esibiti al medico che rilascia il certificato di idoneità alla attività sportiva non agonistica o di “idoneità allo sport agonistico adattato ad atleti disabili”, all'atto della relativa visita».

¹⁰⁵ V. art., 43 d. lgs. n. 36/2021, secondo il quale «nell'ambito dei gruppi sportivi «Fiamme Azzurre» è istituita la «Sezione Paralimpica Fiamme Azzurre» nella quale sono tesserati atleti con disabilità fisiche e sensoriali tesserati con il CIP e che abbiano conseguito il più alto livello tecnico-agonistico dallo stesso riconosciuto. La Sezione paralimpica ne cura la direzione operativa e il coordinamento strategico». Art. 45, secondo il quale «le componenti sportive dei vigili del fuoco possono tesserare, con parità di trattamento rispetto agli atleti normodotati, atleti disabili appartenenti al Comitato Italiano Paralimpico, inserendoli nelle sezioni previste dall'articolo 130 del decreto legislativo 13 ottobre 2005, n. 217 e nei gruppi sportivi costituiti presso i Comandi dei vigili del fuoco. Le Sezioni e i gruppi sportivi di cui al comma 1 curano lo sviluppo tecnico e agonistico delle attività sportive degli atleti disabili, con particolare riferimento agli atleti riconosciuti di interesse nazionale dal Comitato Italiano Paralimpico». Art. 48, ai sensi del quale «nell'ambito dei gruppi sportivi Fiamme Gialle è istituita la Sezione Paralimpica Fiamme Gialle, la quale intrattiene rapporti di lavoro sportivo con atleti con disabilità fisiche e sensoriali tesserati con il CIP e con il più alto livello tecnico-agonistico dallo stesso riconosciuto, curandone altresì la direzione operativa e il coordinamento strategico».

¹⁰⁶ Dichiarazione rilasciata da L. PANCALLI, Presidente del Comitato italiano paralimpico, in <https://www.redattore sociale.it/article/notiziario/0bc14b81-8db7-4d38-8724-28bbb59bf9d>.

¹⁰⁷ In *Gazz. Uff.*, 20-12-2022.



sportive amatoriali individuali in una fascia d'età compresa tra i dieci ed i sessantaquattro anni. Per minori di anni diciotto non è prevista la certificazione di accertamento dell'invalideria civile».

Nonostante i numerosi progressi permangono tuttavia ancora oggi numerosi gli ostacoli all'inclusione degli sportivi diversamente abili; ostacoli, questi, il cui progressivo superamento rappresenta un obiettivo del c.d. piano di lavoro dell'U.E. 2021-2024 sullo sport, e che erano stati specificamente evidenziati nelle "Conclusioni sull'accesso allo sport per le persone con disabilità" del 7 giugno 2019, del Consiglio dell'U.E. e dei rappresentanti degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio", nelle quali si legge, testualmente, che «le persone con disabilità hanno maggiori probabilità di essere soggette a svantaggi socioeconomici, come povertà e reddito basso, isolamento sociale, discriminazione, accesso limitato al mercato del lavoro, accesso limitato ai trasporti, minori opportunità di istruzione nonché difficoltà relative alla salute. Tutti questi aspetti hanno un impatto negativo sulle possibilità delle persone con disabilità di partecipare ad attività sportive»¹⁰⁸.

Lo sviluppo di un ambiente favorevole, adattato alle esigenze dei disabili, rappresenta dunque uno dei presupposti ancora oggi soltanto in parte realizzato per l'inclusione dei soggetti disabili anche in ambito sportivo; si pensi alle difficoltà di accesso agli impianti sportivi che hanno portato il CONI ad adottare la delibera 25 giugno 2008, n. 1379¹⁰⁹ (Norme CONI per l'impiantistica sportiva) la quale comprende, tra l'altro, misure per l'abbattimento delle barriere architettoniche e per l'accesso agli impianti da parte delle persone disabili. Le regole stabilite dal Comitato olimpico nazionale si aggiungono a quelle previste dalle leggi in materia di progettazione, costruzione ed esercizio come, per esempio, le norme sull'igiene, sull'urbanistica, sulla sicurezza e anche a quelle che puntano a superare le barriere architettoniche¹¹⁰.

¹⁰⁸ V. Conclusioni del Consiglio dell'Unione europea e dei rappresentanti degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, sull'accesso allo sport per le persone con disabilità, (2019/C 192/06), in <https://eur-lex.europa.eu/legal>.

¹⁰⁹ V., https://cis.coni.it/quadro_normativo.pdf.

¹¹⁰ Per barriere architettoniche si intendono «gli ostacoli fisici che sono fonte di disagio per la mobilità di chiunque ed in particolare di coloro che, per qualsiasi causa, hanno una capacità motoria ridotta o impedita in forma permanente o temporanea; gli ostacoli che limitano o impediscono a chiunque la comoda e sicura utilizzazione di parti, attrezzature o componenti; la mancanza di accorgimenti e segnalazioni che permettono l'orientamento e la riconoscibilità dei luoghi e delle fonti di pericolo per chiunque e in particolare per i non vedenti, per gli ipovedenti e per i sordi». Cfr., art. 1, D.P.R. 24 luglio 1996, n. 503 ("Regolamento recante norme per l'eliminazione delle barriere architettoniche negli edifici, spazi e servizi pubblici"), il quale ri-

Ed ancora è da rilevare come quello delle barriere architettoniche non rappresenti il solo limite al processo di inclusione del disabile, dato che ad oggi sussistono ancora casi di discriminazione anche in ambito sportivo.

Viene in considerazione al riguardo la fattispecie affrontata nella decisione del 25 gennaio 2022 con la quale la CEDU ha condannato lo Stato serbo per avere attuato una discriminazione tra sportivi normodotati e sportivi disabili; nel caso di specie due giocatori di scacchi non vedenti, già vincitori di diverse medaglie nelle Olimpiadi di Scacchi per non vedenti, avevano lamentato il comportamento discriminatorio tenuto dalle autorità Serbe le quali avevano loro negato taluni benefici economici e determinati premi, così come un riconoscimento formale dei loro risultati attraverso un diploma onorario; premi e benefici economici che viceversa erano stati riconosciuti a parità di condizioni a scacchisti normodotati¹¹¹.

La Corte ha rinvenuto che il comportamento dello Stato Serbo integrasse una violazione del divieto generale di discriminazione, avendo evidenziato che, sebbene fosse legittimo per le autorità serbe riservare i riconoscimenti ai risultati più alti raggiunti e alle competizioni più importanti, non vi era alcuna ragione oggettiva e ragionevole per il trattamento differenziato riservato ai ricorrenti rispetto a coloro che – nella stessa disciplina – avessero vinto competizioni internazionali ma fossero soggetti "vedenti".

Per quanto riguarda l'ambito nazionale è inoltre da ricordare la recente ordinanza con la quale il Tribunale di Biella¹¹² ha ritenuto discriminatorie le previsioni regolamentari della Federazione ciclistica italiana là dove avevano impedito ad un giovane ciclista con disabilità intellettiva-relazionale, in possesso di regolare certificato di idoneità sportiva agonistica, di praticare la disciplina sportiva a livello agonistico insieme ad atleti normodotati.

Nel caso di specie la Federazione aveva escluso il ricorrente dalle competizioni agonistiche poiché a suo dire «gli atleti portatori di handicap intellettivo relazionale sono inseriti nell'ambito dell'attività sportiva federale con possibilità di partecipare a specifiche attività sportive ciclistiche ritenute idonee, di concerto con la FISDIR, per consentire lo sviluppo sportivo del giovane e il suo inserimento

prende quanto già espresso nell'art. 2 del D.M. 14 giugno 1989, n. 236.

¹¹¹ V. Corte Edu (Seconda Sezione), 25-01-2022, ric. n. 29907/16, Negovanović e Altri c. Serbia, in <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22002-13542%22%5D%7D>.

¹¹² Trib. Biella, ord. 11-02-2023, in <https://www.superando.it/files/2023/02/ordinanza-tribunale-biella-febbraio-2023.pdf>.

nel contesto sociale e sportivo senza incorrere nei pericoli che una attività agonistica piena potrebbe per lui comportare».

Secondo il giudice di merito, tuttavia, la Federazione si era limitata «ad alludere al rischio connesso all'attività in parola, senza averlo tuttavia esplicitato, neppure in via esemplificativa, cioè con stretto riguardo alla pratica a livello agonistico del ciclismo da parte di atleti in condizione di disabilità intellettuale e relazionale»; peraltro il ricorrente aveva depositato in giudizio il certificato medico rilasciato dagli istituti normativamente autorizzati e, in particolare, quello dell'Istituto di medicina dello sport attestante che, pur affetto da disturbo pervasivo dello sviluppo, era idoneo alla pratica agonistica del ciclismo.

Da qui, la condanna della Federazione a cessare tale discriminazione, ammettendo l'atleta disabile a gareggiare con i "normodotati".

Orbene, tale decisione consente di trarre alcune considerazioni conclusive poiché mette in evidenza che la disabilità non soltanto spesso non coincide con una incapacità all'esercizio di attività sportive potenzialmente rischiose, ma che per di più non esclude che il soggetto diversamente abile possa gareggiare contro avversari normodotati.

La circostanza che nella fattispecie la federazione si fosse limitata ad indicare un generico rischio che il ciclismo a livello agonistico avrebbe potuto comportare per l'atleta disabile "intellettivo-relazionale" non ha assunto alcun rilievo poiché tale rischio, quanto meno sulla base del certificato medico rilasciato al ricorrente, era tutt'al più collegato alla stessa attività sportiva e non già alla presenza di una disabilità; in altri termini era stata accertata l'idoneità del soggetto a praticare quella determinata attività, ovvero la compatibilità tra la sua specifica disabilità e le capacità richieste per competere nel ciclismo agonistico.

Ciò ad ulteriore dimostrazione di come la capacità non rappresenti un concetto monolitico ma debba essere di volta in volta modulata in relazione ai singoli aspetti dell'esistenza del soggetto, e di come le eventuali misure di protezione approntate dall'ordinamento giuridico debbano intervenire in casi residuali e su singoli aspetti della vita di relazione, limitando l'autodeterminazione del singolo soltanto ove ciò sia strettamente necessario.

Da tale punto di vista lo sport rappresenta senza dubbio un campo di osservazione privilegiato del processo di inclusione; il riconoscimento del diritto all'esercizio dell'attività sportiva in tutte le sue forme, ormai espressamente previsto dalla Costituzione, impone infatti la promozione delle capacità di ogni singolo individuo al fine di sfruttare, così come insegnano le storie di Tirteo e di Enrico Toti,

il prezioso contributo che le diverse abilità possono apportare all'intera società, ed al fine di evitare, come insegna la storia di Efialte di Trachis, che la discriminazione possa ritorcersi contro di essa.

IL SENSO ED IL TEMPO DELL'APPORTO ERMENEUTICO NELL'ATTUALE FENOMENOLOGIA CONTRATTUALE

| 340 Di Gerardo Villanacci

Il senso ed il tempo dell'apporto ermeneutico nell'attuale fenomenologia contrattuale (Gerardo Villanacci)

SOMMARIO: 1. *L'incidenza della normativa costituzionale ed eurounitaria nella formazione del consenso.* - 2. *La variegata natura degli obblighi precontrattuali.* - 3. *La fase precontrattuale nella normativa consumeristica.* - 3.1. *La inconsistenza delle clausole vessatorie.* - 3.2. *Violazione dei doveri di informazione e rimedi possibili nella normativa speciale.* - 4. *La responsabilità precontrattuale codicistica e l'impatto della stessa sulle composite esigenze sociali.* - 5. *L'invalidità o l'inefficacia del contratto e l'ineludibilità della loro comunicazione.* - 5.1. *La correlazione dell'abuso del diritto con il recesso ingiustificato dalle trattative.* - 5.2. *I vizi non invalidanti e il loro labirintico percorso.* - 6. *Il riqualificato interesse della buona fede nei rapporti della Pubblica Amministrazione.*

ABSTRACT. La composita esperienza contrattuale, in particolare quella delineatasi in tempi più recenti, ha posto in evidenza che la disfunzione nella formazione del consenso può determinare una sproporzione nel regolamento degli interessi sul quale l'interprete e il giudice in particolare, è chiamato ad intervenire. Un'ingerenza volta a porre rimedio a contrattazioni squilibrate che tuttavia non può tradursi in un mero ridimensionamento dell'autonomia, posto che ogni iniziativa adeguata deve fondare sui principi costituzionali, in particolare quello di solidarietà sociale che pervade il campo delle relazioni intersoggettive.

The composite contractual experience, specifically the one that has been defined in recent times, has underlined that the distinction in the consensus building can determine a disparity in the regulation of the interests, on which the interpreter and especially the judge is called to intervene. An interference aimed to solve the unbalanced negotiations that however cannot be translated into a mere downsizing of the autonomy given that every adaptation initiative must be based on the constitutional principles most of all about the social solidarity that pervades the field of the interpersonal relationships.



1. L'incidenza della normativa costituzionale ed euro unitaria nella formazione del consenso.

Una riflessione sulla giustizia contrattuale e il suo equilibrio, non può prescindere da una sia pur breve analisi in ordine alla formazione del consenso delle parti e al ruolo propulsivo della normativa costituzionale ed euro-unitaria, sul presupposto che quest'ultima ha dato luogo all'introduzione nell'ordinamento nazionale di legislazioni speciali che assicurano alle categorie di 'contraenti deboli', quella del 'consumatore' per tutte, una tutela penetrante, imperniata su strumenti più incisivi di quelli, talvolta inadeguati, del Codice civile (artt. 1341, 1342). Mentre la regolamentazione costituzionale illumina l'opera degli interpreti che, in una costante tensione verso la piena concretizzazione dei valori fondamentali, hanno riconsiderato gli istituti civilistici dalla prospettiva costituzionale, giungendo ad ampliare il panorama dei rimedi esperibili in caso di contrattazioni squilibrate e sostanzialmente ingiuste. Protagonista di questa evoluzione è stata la buona fede oggettiva che, evocata a più riprese nel Libro IV del Codice civile, è ormai pressoché unanimemente considerata uno dei mezzi di trasposizione dei canoni posti dalla Carta fondamentale nelle patuitazioni negoziali e, più in generale, nei rapporti tra privati¹.

¹ Sul punto S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, pp. 709-733, il quale specifica che "in questo senso, le clausole generali [n.d.r. come quella di buona fede oggettiva] non sono principi, anzi sono destinate ad operare nell'ambito segnato dai principi. Se, ad esempio, si riconosce nel nostro sistema la presenza di principi come quelli di solidarietà e di eguaglianza, la clausola generale di buona fede può essere legittimamente concretizzata solo adeguandola alle indicazioni in essi contenute"; G. VILLANACCI, *La buona fede oggettiva*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, p. 29. In senso contrario A. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Il contratto in generale*, t. IV, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, XII, 2004 per il quale "enunciare i valori di solidarietà, utilità, finalità sociali, senza svolgerne le concrete implicazioni in definitivi precetti proibitivi o impositivi, conformativi, rispetto a fattispecie determinate, talché non se ne traggono disposizioni imperative, le direttive cogenti che possono desumersene non potranno che operare con le stesse modalità ed effetti che sono propri dell'ordine pubblico". Da tali premesse l'Autore conclude che "appare inappropriato, e non utile allo scopo, affidare l'attuazione cogente in ambito contrattuale di valori costituzionali al veicolo della buona fede". In giurisprudenza, riconoscono alla buona fede un ruolo rilevante nella disciplina dei rapporti privatistici, assumendola a "norma fondamentale di comportamento nella fase di esecuzione di tutti i rapporti giuridici": Cass., 21.05.1975, n. 2014, in *Giust. Civ.*, 1975, I, p. 170 ss.; Cass., 5.1.1966, n. 89, in *Foro pad.*, 1966, I, p. 524 ss.; Cass., 21.5.1973, n. 1460, in *Giust. civ., Rep.*, 1973, le quali riconoscono nella buona fede un "cardine della disciplina delle obbligazioni".

La trattazione deve basarsi anche su motivazioni di carattere empirico.

La proteiforme esperienza contrattuale mostra, infatti, che ad una disfunzionale formazione del consenso può conseguire uno sproporzionato regolamento di interessi, sul quale l'interprete, in primo luogo il giudice, è chiamato ad intervenire. Già nel secolo XIX, dalle prime elaborazioni teoriche e di sistematizzazione da parte della dottrina tedesca, è emerso come la volontà dei privati rappresentasse il fulcro del negozio giuridico. Una impostazione dogmatica che ha profondamente influenzato la codificazione del '42, come è comprovato dai numerosi frammenti della stessa nel Codice civile. Così è avvenuto con l'art. 1321 che, nel definire il 'contratto', stabilisce un'identità tra il primo e l'accordo delle parti ("Il contratto è l'accordo..."). Ma anche con l'art. 1325 ove l' 'accordo' compare tra gli elementi essenziali del contratto, e l'art. 1322, base di elaborazione del concetto di autonomia privata quale potere dei consociati di regolare da sé i propri interessi, secondo cui le parti possono "determinare" liberamente il contenuto del contratto (1° comma), e finanche concludere contratti non appartenenti ai tipi previsti dalla legge (2° comma). Negli artt. 1326-1341 dedicati alla puntuale regolazione della formazione del consenso; l'art. 1362 per il quale nell'interpretare il contratto si deve innanzitutto indagare quale sia stata la "comune intenzione delle parti" e non limitarsi al senso comune delle parole. L'art. 1376 che, sulla scorta della codificazione napoleonica ed in contrapposizione alla tradizione tedesca, imperniata, come quella romanistica, su una netta scissione tra *titulus e modus acquirendi*, ricollega la produzione di effetti reali al "consenso delle parti legittimamente manifestato". L'art. 1372, 1° comma il quale, nello stabilire enfaticamente che il contratto ha "forza di legge tra le parti", prevede che il medesimo non possa essere sciolto che per "mutuo consenso" (o, con formula ossimorica invalsa nella prassi, "mutuo dissenso") e rafforza l'idea dell'accordo, e dunque della volontà, quale pilastro della fenomenologia contrattuale. Nel combinato disposto degli artt. 1418, 2° comma e 1325 in considerazione del quale la mancanza dell'accordo è causa di nullità del contratto. E nella analitica disciplina dei vizi della volontà (errore, dolo e violenza; artt. 1433 ss.), causa di annullabilità del contratto.

L'assioma, però, non è assoluto trovando molteplici contemperamenti con la funzione di garanzia della certezza dei traffici giuridici, come emerge nitidamente dalla disciplina dell'errore ostativo (art. 1433), o conformativa, come nel caso dell'inserzione automatica di clausole (art. 1339), oppure integrativo-conformativa, dove il sistema



delle fonti del contratto (art. 1374), affiancando alla volontà delle parti, trasfusa nel documento negoziale, la legge, gli usi e l'equità, può essere, come la buona fede oggettiva, veicolo di ingresso nella patuizione dei canoni costituzionali, aprendo le porte alla eteronomia del rapporto contrattuale, forgiando un più contenuto legame tra accordo ed effetti negoziali².

Per altro verso, la volontà incontra delle limitazioni concernenti le libertà di concludere o meno il contratto, di scegliere la persona del contraente, di determinarne il contenuto entro i confini tracciati dalla legge (art. 1322, 1° comma) e di stipulare contratti atipici, ove diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322, 2° comma).

Il dogma volontaristico risulta essere ulteriormente ridimensionato dalla sempre più diffusa tendenza ad una maggiore attenzione verso i valori della persona contemplati dalla Carta, che ha contribuito a determinare il riconoscimento di una più ampia iniziativa adeguatrice del giudice sugli atti di autonomia, per il tramite della clausola generale di buona fede oggettiva, cosicché ai consociati non rimarrebbe altro che dare impulso alle vicende giuridiche predisponendo un assetto provvisorio dei propri interessi, destinato ad essere filtrato da un controllo esterno³. Tale impostazione fonda sul pensiero secondo cui i canoni espressi dalla Carta fondamentale, e segnatamente quello di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., nella cui specificazione si fanno rientrare proprio i criteri della correttezza e della

² Quanto specificamente all'equità, in un'ottica di valorizzazione del senso dell'enunciato, l'art. 1374 consente di avvalersi del dispositivo dell'equità anche fuori dei casi in cui esso sia richiamato in via tipica (artt. 1226, 1349, 1526, 1657, 1733, 1755, 1934 c.c.): in tal senso, si v. A. D'ADDA, voce *Integrazione del contratto*, in *Enciclopedia del diritto*, collana *I tematici* vol. I, Milano, 2021, p. 619 ed ivi, in nota, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, 1969, pp. 219 ss.; F. MACARIO, in *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, sub art. 1374, cit., 717; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, in *Il Codice civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, *Artt. 1374-1381*, Milano, 2013, 136.

³ A tale riguardo si consideri che "(...) *Gli orientamenti giurisprudenziali più recenti interpretano la regola della correttezza quale parametro per una valutazione comparativa degli interessi delle parti con gli adeguati correttivi, aprendo in tal modo la strada al sindacato giudiziale sull'equilibrio contrattuale, orientato dalla clausola generale di buona fede ma insinuando, al contempo, dubbi relativi ai limiti entro cui lo stesso possa incidere sull'autonomia dei privati*", in G. VILLANACCI, *o.u.c.*, p. 35 ed ivi, per ulteriori indicazioni bibliografiche, note 35 e 36. Sul tema dell'eterodeterminazione contrattuale connessa ad una dimensione costituzionale dell'autonomia privata si v. M. SPINOZZI, *Equilibrio contrattuale eterodeterminato*, Edizioni scientifiche italiane, 2013.

buona fede⁴, pervadono l'intero campo del diritto privato e dei rapporti intersoggettivi.

2. La variegata natura degli obblighi precontrattuali.

Primo postulato di un incontro di volontà divergenti, fonte effettiva del regolamento negoziale e, in definitiva, reale matrice di un equilibrato assetto di interessi, è la parità delle armi tra i contraenti.

Un approdo imposto sia dai principi costituzionali e, segnatamente, dagli artt. 2, 3 e 41 Cost., che dal Codice civile nel quale viene collocato, in apertura della Sezione dedicata all'accordo delle parti, il precipuo schema di formazione dialogica del consenso (art. 1326)⁵ e, nell'ambito della medesima Sezione, la disposizione di cui all'articolo 1337 alla quale, in punto alla buona fede oggettiva, le parti coinvolte nella trattativa devono orientare la loro condotta.

Sotto un profilo più generale, la norma in ultimo citata deve essere ricondotta all'interno del sistema imperniato sulla clausola generale di buona fede oggettiva, del quale sono elementi costitutivi l'articolo 1358, dedicato al comportamento delle parti nello stato di pendenza della condizione, oltre che agli articoli 1366 preposto ad indicare all'interprete il criterio ermeneutico di buona fede oggettiva; l'art. 1375 che prescrive ai contraenti di improntare l'esecuzione del contratto a reciproca correttezza; l'art. 1460, 2° comma per cui il rifiuto opposto dalla parte di eseguire la propria prestazione non deve essere contrario, avuto riguardo alle circostanze, alla buona fede e l'art. 1175 che stabilisce, in via generale, che debitore e creditore devono comportarsi secondo buona fede e correttezza.

Dalla disposizione di cui all'art. 1337, che rinvia alla buona fede in senso oggettivo, devono essere tenute distinte le disposizioni che accolgono la di-

⁴ Sul legame tra la clausola di buona fede e la normativa costituzionale S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, Milano, 2004, p. 175; G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2021, pp. 857 ss. secondo cui: "Il collegamento fra buona fede e normativa costituzionale è chiaramente delineato nelle sentenze in tema di riducibilità d'ufficio della penale, ove si dà atto del pieno riconoscimento della costituzionalizzazione dei rapporti di diritto privato per effetto dell'art. 2 della Carta costituzionale e della regola di buona fede, obbligo quest'ultimo da cui l'assetto pattizio non può ritenersi svincolato". Considerazione in merito alle quali si veda G. VILLANACCI, *L'equilibrio contrattuale nella rinnovata interpretazione dinamica evolutiva*, in *juscivile*, 6, 2021.

⁵ C.f.r. G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Cedam, 2021, pp. 308 ss.

versa accezione soggettiva della buona fede⁶, per la quale occorre avere riguardo allo stato soggettivo in cui versa colui che ignora di ledere con la propria condotta l'altrui diritto. D'altra parte, una delle precipue finalità dell'art. 1337, è assicurare una trasparente e adeguata informazione al fine di garantire, in una prospettiva di conformazione delle norme civilistiche ai canoni costituzionali, la protezione della libertà negoziale, nonché la concretizzazione di un assetto di interessi effettivi e improntati al principio di solidarietà (art. 2 Cost.).

L'elemento teleologico emerge nitidamente dalla legislazione speciale. I decreti legislativi n. 206/2005 (Codice del consumo), n. 79/2011 (Codice del turismo), nonché l'art. 124 d.lgs. n. 385/1993 (Testo Unico Bancario) hanno introdotto obblighi informativi allo scopo di riequilibrare i rapporti di forza contrattuale nei settori ove sussista uno sbilanciamento a vantaggio di soggetti che godono di una posizione privilegiata nel mercato.

Dette previsioni speciali hanno influenzato l'operatività dell'art. 1337 che all'inizio dell'ormai lungo percorso ermeneutico – evolutivo, lo si considerava limitato ai soli casi descritti dall'art. 1338, secondo il quale la parte che conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto non ne ha dato notizia all'altra, è tenuta a risarcire il danno da quest'ultima subito per aver confidato, senza sua colpa, nella validità dell'accordo. Successivamente, come è noto, vi è stata un'estensione dell'applicabilità dell'art. 1337, nel quale veniva ricondotto il recesso ingiustificato dalle trattative e, infine il caso della conclusione del contratto valido ma svantaggioso.

3. La fase precontrattuale nella normativa consumeristica.

Nei primi articoli del Codice del consumo viene riconosciuto il diritto ad una “adeguata informazione” (art. 2, comma 1, lett. c)) ai consumatori⁷ ed agli utenti, al fine di eliminarne la condizione di ontologica ignoranza⁸, con la duplice finalità di tutela-

re la libertà contrattuale del contraente debole consentendogli di esprimere un consenso realmente consapevole⁹ e, in una prospettiva più ampia, “eliminare le cause che impediscono al mercato di funzionare correttamente (ossia le cause del cosiddetto “fallimento del mercato”)¹⁰. Il professionista per l'adempimento dell'obbligo, deve rappresentare al consumatore il contenuto contrattuale in maniera efficace, tramite un flusso informativo formalmente e sostanzialmente adeguato. Pertanto, i dati conoscitivi che egli è tenuto a fornire devono essere non solo chiari e comprensibili¹¹, cioè univoci ed accessibili ad un consumatore di normale diligenza, ma anche completi, ossia concernenti tutti quegli aspetti che il contraente debole deve conoscere per maturare una scelta edotta¹². In tal senso l'art. 5, comma 3, cod. cons. statuisce che “Le informazioni al consumatore (...) devono essere (...), tenuto conto anche delle modalità di conclusione del contratto o delle caratteristiche del settore, tali da assicurare la consapevolezza del consumatore”, e cristallizza il principio secondo il quale l'opera informativa non può ridursi ad attività meramente formale, ma deve esse-

sibilmente maggiore di conoscenze perché opera professionalmente nel mercato o perché ha creato il prodotto e quindi lo conosce in tutte le sue parti. Al contrario, il consumatore si muove nel mercato in una condizione di sostanziale ignoranza: non partecipa in alcun modo alla definizione del regolamento contrattuale, limitandosi a decidere se aderire o meno ad una offerta integralmente predisposta dalla controparte; la negoziazione si realizza attraverso il ricorso a molteplici tecniche (es. vendite “porta a porta”, o “a distanza”) idonee a cogliere di sorpresa l'interlocutore; infine, in molte tipologie di contratti l'acquisto avviene “a scatola chiusa”, potendo l'acquirente prendere visione del bene solo dopo averlo acquistato. Né si può dire che il bisogno di conoscenza dell'acquirente sia soddisfatto dalle condizioni generali di contratto o dalla pubblicità commerciale, in quanto è noto che le prime sono volutamente redatte e stampate in modo tale da scoraggiare chiunque dal leggerle, anche l'aderente più scrupoloso e zelante e la pubblicità commerciale è uno strumento che, per quanto oggetto di compiuta disciplina, rimane pur sempre funzionalizzato al condizionamento della domanda piuttosto che a guidarla all'interno del mercato”.

⁹ Si v. *Manuale di diritto del consumo*, a cura di G. VILLANACCI, Napoli, 2007, p. 70 e p. 72 ove si legge: “All'informazione precontrattuale è affidato il compito di garantire la consapevolezza dell'agire negoziale del consumatore superando la condizione di strutturale ignoranza in cui versa”.

¹⁰ Così G. D'AMICO, in *Enciclopedia del diritto*, vol. “I tematici – il contratto”, Milano, 2021, pp. 594-595.

¹¹ In tal senso, l'art. 5, comma 3, cod. cons. per cui: “Le informazioni al consumatore (...) devono essere (...) espresse in modo chiaro e comprensibile”.

¹² “Dovrà essere indicato con precisione l'oggetto del contratto ed il costo, con ciò intendendo non solo il prezzo ma ogni altro onere che l'acquirente dovrà sostenere per assicurarsi il bene o il servizio. Inoltre, l'informazione dovrà rispecchiare fedelmente quanto previsto nelle condizioni generali così il rischio di sorprese”, *Manuale di diritto del consumo*, a cura di G. VILLANACCI, pp. 70-71.

⁶ In particolare, dagli artt. 1147, 1152, 1153, 1155, 1157, 1159-1162, in materia di possesso; dall'art. 1445 in materia di annullamento; dagli artt. 1415-1416 in materia di simulazione; infine, dall'art. 2033 relativo all'indebito oggettivo.

⁷ Ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a), cod. cons., tale è “la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta”.

⁸ Si v. *Manuale di diritto del consumo*, a cura di G. VILLANACCI, Napoli, 2007, p. 72: “Il rapporto di consumo si caratterizza per una profonda asimmetria informativa che si registra tra le parti. Il professionista dispone di un numero sen-



re calibrata avendo riguardo alle modalità di conclusione del contratto, nonché alle necessità conoscitive contingenti del contraente debole. Ne deriva che *“sussiste inadempimento dei doveri di informazione anche laddove il professionista ha operato un trasferimento di dati senza, tuttavia, permettere al consumatore di ricavare da essi un quadro chiaro ed esaustivo dell'operazione commerciale che gli viene proposta”*¹³. Il *“contenuto essenziale”* degli obblighi informativi è identificato dall'art. 5, comma 2, cod. cons. secondo cui: *“Sicurezza, composizione e qualità dei prodotti e dei servizi costituiscono contenuto essenziale degli obblighi informativi”*, onde il consumatore deve conoscere il rischio minimo compatibile con l'utilizzo corretto del prodotto (*“sicurezza”*), tutti i dati che servono ad individuarlo (*“composizione”*) e le caratteristiche specifiche dello stesso che consentono di differenziarlo da altri (*“qualità”*).

Con la previsione di obblighi informativi precontrattuali si è assistito ad un radicale cambiamento di prospettiva. Ed infatti, il d.lgs. n. 50/1992, primigenio provvedimento in materia consumeristica, emanato per recepire la direttiva 85/577/CE del 20 dicembre 1985, ed in seguito confluito nel Codice del consumo, costruiva la protezione del consenso del contraente debole, da un lato, sul diritto di recesso e, dall'altro, su obblighi informativi finalizzati esclusivamente a rendere edotto il consumatore della possibilità e delle modalità di ricorso a detto strumento di tutela. In altri termini, *“al consumatore, possibile vittima di un vincolo assunto “a sorpresa”, senza consapevolezza a causa dell'aggressività della controparte professionale, l'ordinamento accorda uno spatium deliberandi successivo alla manifestazione formale del consenso”*¹⁴.

Con gli obblighi precontrattuali, invece, *“si inaugura una politica legislativa nuova, il cui obiettivo è quello, ben più ambizioso, di permettere al consumatore di maturare un consenso informato prima della stipula, nel tentativo di ridurre drasticamente il rischio di conclusione di contratti diversi dalle aspettative. In definitiva, da una tutela dell'integrità del consenso in via indiretta ed a posteriori (diritto di recesso), si è giunti ad una modalità di tutela (i doveri precontrattuali di informazione) che opera in via diretta e a priori”*¹⁵.

Nel dettaglio, il Capo II del Codice del consumo, rubricato *“Indicazione dei prodotti”*, riproduce

quanto già statuito dalla L. 10 aprile 1991, n. 126, dedicata alle *“Norme per l'informazione al consumatore”*, e reca alcune integrazioni desunte dal regolamento di attuazione della medesima (d.m. del Ministero dell'Industria 8 febbraio 1997, n. 101). Per l'art. 6 cod. cons., affinché possano essere commercializzati all'interno del territorio nazionale, i prodotti o le confezioni dei prodotti destinati al consumatore devono riportare, chiaramente visibili e leggibili, almeno *“le indicazioni relative: a) alla denominazione legale o merceologica del prodotto; b) al nome o ragione sociale o marchio e alla sede legale del produttore o di un importatore stabilito nell'Unione europea; c) al Paese di origine se situato fuori dell'Unione europea; d) all'eventuale presenza di materiali o sostanze che possono arrecare danno all'uomo, alle cose o all'ambiente; e) ai materiali impiegati ed ai metodi di lavorazione ove questi siano determinanti per la qualità o le caratteristiche merceologiche del prodotto; f) alle istruzioni, alle eventuali precauzioni e alla destinazione d'uso, ove utili ai fini di fruizione e sicurezza del prodotto”*. Dette indicazioni *“devono figurare sulle confezioni o sulle etichette dei prodotti nel momento in cui sono posti in vendita al consumatore”*. Le indicazioni relative ai *“materiali impiegati e ai metodi di lavorazione, ove questi siano determinanti per la qualità o le caratteristiche merceologiche del prodotto”* (art. 6, comma 1, lett. f)), possono essere riportate, *“anziché sulle confezioni o sulle etichette dei prodotti, su altra documentazione illustrativa che viene fornita in accompagnamento dei prodotti stessi”* (art. 7 cod. cons.).

È inoltre previsto che: *“Tutte le informazioni destinate ai consumatori e agli utenti devono essere reso almeno in lingua italiana. Qualora le indicazioni di cui al presente titolo siano apposte in più lingue, le medesime sono apposte anche in lingua italiana e con caratteri di visibilità e leggibilità non inferiori a quelli usati per le altre lingue”* (art. 9 cod. cons.).

I prodotti e le confezioni di prodotto che non riportano le prescrizioni degli artt. 6 e 7 cod. cons. non possono essere commercializzate nel territorio nazionale, al pari delle confezioni e dei prodotti che violano dette disposizioni non consentendo la visibilità e leggibilità (art. 11 cod. cons.)¹⁶.

¹³ Si v. *Manuale di diritto del consumo*, a cura di G. VILLANACCI, Napoli, 2007, p. 71.

¹⁴ Si v. *Manuale di diritto del consumo*, a cura di G. VILLANACCI, Napoli, 2007, p. 73.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ “Il precetto opera come misura di carattere precauzionale con riferimento ai prodotti commercializzati sul territorio nazionale mancanti delle indicazioni previste o delle loro modalità di presentazione in modo da essere facilmente percepibili dall'utilizzatore finale. Pur nel silenzio della norma, si ritiene che alla violazione del divieto possa conseguire un provvedimento di ritiro dei prodotti dal mercato o quanto meno una loro sospensione per un periodo determinato in attesa della confor-





Poiché l'elemento che guida l'operatore economico debole è, senza dubbio, il prezzo, si ravvisa la necessità di “*creare le condizioni per una efficace comparazione tra le diverse offerte omologhe reperibili sul mercato*”¹⁷ e consentirgli, in tal modo, di svolgere le proprie valutazioni in modo consapevole ed effettivo.

Orbene, al fine di migliorare l'informazione del consumatore e di agevolare il raffronto dei prezzi, i prodotti offerti dai commercianti ai consumatori recano, oltre alla indicazione del prezzo di vendita, quello del “*prezzo per unità di misura*” (art. 14, comma 1, cod. cons.), ossia del “*(...) prezzo finale, comprensivo dell'IVA e di ogni altra imposta, valido per una quantità di un chilogrammo, di un litro, di un metro, di un metro quadrato o di un metro cubo del prodotto o per una singola unità di quantità diversa, se essa è impiegata generalmente e abitualmente per la commercializzazione di prodotti specifici*” (art. 13, comma 1, lett. b), cod. cons.). Il prezzo per unità di misura non deve essere indicato allorquando è identico a quello di vendita (art. 14, comma 2, cod. cons.). Per i “*prodotti commercializzati sfusi*”, che non costituiscono cioè oggetto di alcuna confezione preliminare e sono misurati alla presenza del consumatore (art. 13, comma 1, lett. c), cod. cons.), deve essere indicato soltanto il prezzo per unità di misura (art. 14, commi 2 e 3, cod. cons.).

La pubblicità, in tutte le sue forme, ed i cataloghi devono recare l'indicazione del prezzo per unità di misura quando fanno espresso riferimento al prezzo di vendita (art. 14, comma 4, cod. cons.)¹⁸.

Chiunque ometta di indicare il prezzo per unità di misura o non lo indichi in modo chiaro e ben leggibile è soggetto alla sanzione amministrativa pecuniaria di cui all'art 22, comma 2, d.lgs. n. 114/1998 irrogata dal Sindaco; i proventi sono devoluti al Comune (art. 17 cod. cons.).

Tale disciplina, di carattere generale, è affiancata da previsioni relative a specifiche ipotesi di obblighi precontrattuali concernenti contratti negoziati a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali; a quelli aventi ad oggetto pacchetti turistici, oppure contratti di credito al consumo.

L'attività descritta, e prevista a beneficio del consumatore, può essere affetta da plurime patolo-

gie, di talché l'informazione può essere: totalmente o parzialmente omessa, quando manca del tutto la comunicazione di dati, ovvero quando i dati trasmessi non investono gli elementi indicati nella disciplina di riferimento. Ma potremmo essere anche di fronte ad una descrizione “oscura”, se mancano i requisiti della “chiarezza e comprensibilità” dei dati trasmessi. Si tratta di ipotesi nelle quali il consumatore benché astrattamente informato, non è in grado di desumere dalle informazioni ricevute un univoco quadro d'insieme dell'offerta propositagli¹⁹, la quale potrebbe anche essere “falsa”, o non corrispondente al reale contenuto del contratto²⁰, nonché “ingannevole o decettiva”.

Quest'ultimo punto merita alcune precisazioni aggiuntive in ordine al fatto che l'informazione è “ingannevole o decettiva” quando la patologia che affligge l'informazione preliminare è tale da alterare il processo di formazione della volontà, creando una falsa rappresentazione del contenuto del contratto. In questo caso, l'informazione precontrattuale tradisce la sua funzione di veicolo di consapevolezza e trasfigura in un fattore di turbamento del consenso. Affinché l'informazione sia ingannevole non è necessario che i dati siano intrinsecamente falsi, ma è sufficiente una semplice omissione, una “mezza verità”. Ciò è vero, in particolare, per quanto attiene al profilo economico dell'operazione, in cui la semplice omissione di un costo accessorio (tasse, contributi, spese, ecc.) può far risultare un'offerta più vantaggiosa di quanto non lo sia in realtà. Il consumatore, infatti, si attende dall'informazione non solo veridicità, ma anche fedeltà e completezza rispetto al contenuto del contratto; ciò che il professionista non dice nell'informazione, per il consumatore non è nel contratto. Pertanto, si avrà informazione “ingannevole” al cospetto di dati intrinsecamente falsi²¹ ed in

mazione alla disciplina.”, in *Manuale di diritto del consumo* cit., p. 80.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ “Al riguardo, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha ritenuto che l'omessa indicazione nei messaggi pubblicitari del prezzo per unità di misura, non debba considerarsi pubblicità ingannevole”, in *Manuale di diritto del consumo* cit., p. 81.

¹⁹ “Principali fonti di oscurità dell'informazione sono: il fenomeno della c.d. “*information overload*” (ovvero la trasmissione di una mole eccessiva di dati che compromette la possibilità per il consumatore di individuare quelli rilevanti ai fini della maturazione del consenso); l'impiego di un linguaggio esasperatamente tecnico che impedisce la comprensione dei dati al consumatore medio; il ricorso a formule ambigue ed equivoche, suscettibili di plurime interpretazioni; la tecnica del rinvio *per relationem*, che ricorre quando il professionista informa non già comunicando dati precisi ma rinviando ad altre fonti”, in *Manuale di diritto del consumo* cit., p. 97.

²⁰ Si pensi, ad esempio, al caso in cui l'informazione indichi un prezzo inferiore a quello previsto nelle condizioni generali.

²¹ Ad esempio, si comunica un prezzo inferiore a quello previsto nelle condizioni generali di contratto, ovvero si preannunciano riduzioni del costo originario non riportate nel contenuto negoziale.

caso di omissioni o reticenze in grado di creare una falsa rappresentazione della realtà²².

3.1. La inconsistenza clausole vessatorie.

346 Gli obblighi di informazione precontrattuali concernono precipuamente l'oggetto del contratto, l'identità del professionista, i diritti di competenza del consumatore ed il costo complessivo dell'operazione.

Mancano, invece, obblighi di informazione relativi al contenuto normativo del regolamento. Il dato non è insolito ove si abbia riguardo alla nitida volontà del legislatore di evitare un sovraccarico di dati in grado di compromettere la funzionalità dell'attività informativa, e nel caso si rilevi l'inutilità che una siffatta indicazione potrebbe avere. La loro ultroneità è legata ad un duplice aspetto, alla considerazione che il consumatore discerne le diverse offerte sulla base del solo contenuto economico, ed al fatto che l'ordinamento conosce forme di tutela sostanziale dell'aderente dalle clausole vessatorie, definite quali "(...) clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto" (art. 33 cod. cons.)²³.

Non è, dunque, necessario che il consumatore si preoccupi di verificare, in fase precontrattuale, la presenza, nelle condizioni generali, di clausole squilibranti l'assetto dei diritti e degli obblighi, in quanto le stesse, anche se oggetto di specifica sottoscrizione, sono "nulle" (art. 36, comma 1, cod. cons.). Si tratta di una nullità di protezione connotata da parzialità e relatività. La stessa invero, comporta la caducazione della singola clausola, mentre il contratto rimane valido per il resto (art. 36, comma 1, cod. cons.), ed opera ad esclusivo vantaggio del consumatore (art. 36, comma 3, cod. cons.), legittimato a farla valere in applicazione della clausola di salvezza posta in apertura dell'art. 1421 c.c.

²² Come nel caso di oneri accessori quali, ad esempio, tasse, contributi, ecc. previsti a carico del consumatore.

²³ La formula è infelice e reitera le imprecisioni contenute nell'art. 1469-bis c.c. Sul punto si v. *Manuale di diritto del consumo* cit., pag. 170 ove si legge: "(...) Preliminarmente definite le categorie soggettive protagoniste delle vicende regolamentate dall'ordinamento, non resta che scovare quali, tra i molteplici contenuti del contratto stipulato dal professionista e consumatore, possano identificarsi come vessatori per il contraente debole. Al riguardo, con una formula che non è avventato definire infelice, l'art. 33, reiterando le imprecisioni contenuto nell'abrogato art. 1469-bis c.c., dispone che "si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto".

Lo squilibrio del quale si è detto, preso in considerazione dagli artt. 33 ss. cod. cons., attiene al solo lato giuridico dell'affare, e non alla sua convenienza economica²⁴. È quanto dispone l'art. 34, comma 2, cod. cons. secondo il quale: "*La valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile*".

Uno dei punti più criptici della normativa appena richiamata, è rappresentato dalla locuzione "*malgrado la buona fede*" contenuta nell'art. 33, comma 1, cod. cons., che può essere intesa nel senso che la vessatorietà sussiste nonostante la buona fede del professionista²⁵. Oppure che la stessa sussista solo allorquando vi sia un contrasto con la buona fede oggettiva²⁶ e non soggettiva. Una conclusione so-

²⁴ Sul punto si v. *Manuale di diritto del consumo* cit., pp. 170-171: "(...) In specie, è fondamentale sottolineare come, nell'intenzione del legislatore, così come nel recepimento dei tribunali e degli studiosi, lo squilibrio significativo non vada assolutamente equiparato alla convenienza unilaterale dell'affare, che si verifichi allorché il professionista, senza incorrere in specifiche violazioni di precetti giuridici, realizzi un profitto, anche solo potenziale, molto superiore rispetto a quello del consumatore. È d'uopo, infatti, considerare che l'intervento della legge non si rivolge, in questo campo, alla garanzia dell'equità dello scambio, né, d'altra parte, gli obiettivi dell'ordinamento sarebbero compatibili con una tale intrusione dell'autorità nella sfera dell'autonomia negoziale e nella libertà degli scambi. In effetti, la normativa tutioristica si prefigge di avviare, per quanto possibile al rischio di approfittamenti da parte del contraente più forte ed economicamente più dotato, non certo di frustrare l'interesse delle parti a ricavare il più possibile dalla propria attività commerciale. Una tale soluzione, peraltro, somiglierebbe all'imposizione di un regime di prezzi bloccati che interesserebbe, per l'estensione applicativa della disciplina, ogni fattispecie contrattuale posta in essere tra professionista e consumatore. Esclusa, dunque, la rilevanza dello squilibrio meramente economico, salva l'ovvia applicabilità dei rimedi della rescissione per lesione e della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, nei limiti previsti dalle rispettive previsioni codicistiche, è all'aspetto prettamente giuridico dell'affare che l'interprete deve avere riguardo ai sensi degli artt. da 33 a 37 Codice. La disciplina si propone, infatti, di escludere che la posizione di supremazia commerciale del professionista possa costituire il mezzo per l'imposizione unilaterale di condizioni e clausole eccessivamente gravose per il consumatore, tanto da impedire o rendere molto oneroso per quest'ultimo trarre tutte le utilità che il contratto potrebbe astrattamente garantirgli. (...)".

²⁵ Per tutti V. RIZZO, Sul art. 1469-bis, primo comma, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, a cura di Cesaro, I, Cedam, 1996, p. 43: "si sarebbe preso così lo spunto da un errore per allargare esplicitamente, (...) la tutela, anche alle ipotesi in cui il professionista inserisce in buona fede (...), cioè ignorando di farlo, clausole vessatorie e chiarendo dunque che il consumatore non deve la prova".

²⁶ L. BIGLIAZZI GERI, Sub art. 1469-bis, primo comma, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1997, p. 799; V. CARBONE, *L'individuazione delle clausole vessatorie tra criteri generali*



stenuta dall'irrelevanza a cui il nostro ordinamento relega la malafede di una delle parti ai fini dell'azionabilità di un rimedio contrattuale²⁷.

Non v'è dubbio, tuttavia, che, accedendo a detta interpretazione “resterebbe da spiegare come possa ritenersi vessatoria una clausola che non contraddica gli elementari principi di lealtà e buona fede nei contratti, salvo immaginare che il profilo di vessatorietà o abusività della clausola prescindendo del tutto da ogni valutazione a carattere generale sulla condotta delle parti per accedere ad un giudizio del tutto oggettivo, basato sui concreti effetti del precetto negoziale”²⁸. Nondimeno un'interpretazione “oggettivistica” della locuzione sembra preferibile in quanto in grado di rendere la nuova normativa più collimante con i principi di autonomia contrattuale, solo se le parti sono libere di disciplinare i propri interessi, ma incorrono nella sanzione dell'inefficacia della clausola, frutto della violazione del principio imperativo di buona fede, intimamente connesso con l'art. 2 Costituzione²⁹.

Ne deriva che il “comportamento del professionista (...) deve essere valutato contrario a buona fede quando il regolamento negoziale sacrifica ir-

ed elencazioni statistiche, in *Corr. giur.*, 1996, p. 1305 ss.; G. CIAN, *Il nuovo capo XIV-bis (Titolo II, Libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti dei consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, p. 415; G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie. Art. 25, legge 6 febbraio 1996, n. 52*, Ipsoa, 1996, p. 16; F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte*, p. 418 il quale afferma che l'inciso “malgrado la buona fede” debba essere letto “in contrasto con la buona fede”; G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, p. 160; G. ROMAGNOLI, *Clausole vessatorie e contratti d'impresa*, Padova, 1997, p. 88. Si segnala che l'On. Perlingieri, con una Proposta di legge presentata al Senato l'8 febbraio 1995, con il n. 1364, cercò di riportare la clausola generale della buona fede nel suo alveo di origine, considerando vessatoria – ai sensi dell'art. 2 di tale Proposta – la clausola che “in contrasto con la buona fede, determina, a carico del consumatore, un significativo squilibrio (...)”.

²⁷ L. BIGLIAZZI GERI, *Sub art. 1469-bis, primo comma*, in *Le nuove leggi civili commentate*, cit., p. 796.

²⁸ In tal senso *Manuale di diritto del consumo* cit., p. 172.

²⁹ Sul punto si v. G. VILLANACCI, *La buona fede oggettiva* cit., pp. 145-146 ed ivi nota 255 secondo cui: “Tale impostazione, inoltre, sembra maggiormente compatibile con i principi generali del nostro ordinamento, laddove lo squilibrio tra le prestazioni non assume rilevanza *ex se*, ma solo in quanto sia accompagnato da una ulteriore patologia, tale da influenzare l'assetto negoziale, come la lesione *ultra dimidium* nel contratto rescindibile per lesione, o gli eventi imprevisi e imprevedibili, che rendono eccessivamente oneroso il contratto. Tale evento, quindi, nei contratti con i consumatori può essere individuato in un comportamento del professionista contrastante con la buona fede”. In tal senso si vedano: F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte* cit., p.418; A. RICCIO, *Il controllo giudiziale della libertà contrattuale: l'equità correttiva*, cit., p. 943, che ricollega l'intervento sanzionatorio alla violazione del dovere di buona fede.

ragionevolmente l'interesse di una parte a vantaggio dell'altra, laddove è solo attraverso un comportamento corretto che potranno trovare attuazione i principi di solidarietà e giustizia sociale”³⁰.

È necessario, poi, sottolineare che la “buona fede e l'eccessivo squilibrio non devono essere considerati come criteri autonomi, ciascuno idoneo a determinare l'abusività della clausola incriminata, essendo la prima il metro per valutare la rilevanza del secondo con il quale si pone in rapporto di strumentalità”³¹.

3.2. Violazione dei doveri di informazione e rimedi possibili normativa speciale

Ad eccezione di alcune specifiche ipotesi³², la disciplina posta a tutela del contraente debole non fornisce indicazioni relative ai rimedi esperibili in caso di violazione dei doveri di informazione da parte del professionista. Tale iniziativa è, dunque, rimessa agli interpreti che, nel tentativo di riempire il vuoto normativo, distinguono tra le differenti patologie dell'attività informativa, di cui si è avuto già modo di parlare.

Per il caso di totale o parziale omissione dell'informazione, si propende per la nullità del contratto sul presupposto che le norme impositive di obblighi informativi precontrattuali, in quanto poste a presidio del contraente debole nonché di interessi generali riguardanti l'integrità e l'efficienza dei mercati, dovrebbero essere qualificate come “imperative”, onde la loro violazione andrebbe ricondotta nell'ambito applicativo dell'art. 1418, 1° comma, c.c.

Una soluzione avverso la quale si obietta che le norme precontrattuali, poste a tutela della parte debole del rapporto, sarebbero norme di comportamento, e non già di validità, dalla cui violazione potrebbero derivare soltanto conseguenze risarcitorie, ma non l'invalidità del negozio concluso in loro

³⁰ Così G. VILLANACCI, *La buona fede oggettiva* cit., p. 146.

³¹ *Idem* p. 147. Si veda altresì L. BIGLIAZZI GERI, *Sub art. 1469-bis, primo comma*, in *Le nuove leggi civili commentate*, cit., p. 798, secondo la quale: “Non dunque identificazione tra due criteri, ma l'uno strumento, l'altro risultato di una valutazione di congruità o di non congruità degli interessi in conflitto caratterizzata da un giudizio di valore (...): che la conformità a buona fede è equilibrio; difformità, squilibrio”.

³² Si richiama l'art. 125-bis d.lgs. 385/1993 (T.U.B.) che, al comma 6, statuisce: “Sono nulle le clausole del contratto relative a costi a carico del consumatore che, contrariamente a quanto previsto ai sensi dell'art. 121, comma 1, lett. e), non sono stati inclusi o sono stati inclusi in modo non corretto nel TAEG pubblicizzato nella documentazione predisposta secondo quanto previsto dall'art. 124. La nullità della clausola non comporta la nullità del contratto”.



violazione. In questa prospettiva se i doveri inadempiti sono di natura precontrattuale, il professionista responsabile sarà tenuto al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1337 c.c.³³, mentre, nell'ipotesi in cui i doveri di comportamento inosservati si collochino all'interno dello svolgimento del rapporto, il rimedio azionabile da parte del consumatore sarà quello della risoluzione del contratto per inadempimento.

In caso di oscurità, ossia di mancanza di chiarezza e comprensibilità, l'attività informativa sarà sostanzialmente inutile poiché, a causa della incomprendibilità dei dati trasmessi, non è in grado di svolgere la funzione sua propria di veicolo di consapevolezza. Pertanto, le conseguenze giuridiche “(...) non saranno dissimili da quelle previste in caso di assenza totale o parziale di informazione”³⁴.

Ove l'informazione sia, invece, “ingannevole”, il consumatore è portato a credere che il contratto abbia un contenuto diverso rispetto a quello previsto nelle condizioni generali. In tal modo si genera una falsa rappresentazione della realtà che inquina il processo di formazione della volontà negoziale del consumatore.

D'altro canto la trasmissione di informazioni ingannevoli può concretamente costituire un illecito precontrattuale, con conseguente obbligo del professionista al risarcimento del danno cagionato al contraente debole. In quest'ottica, la comunicazione di dati falsi e reticenti si porrebbe in contrasto con il generale dovere di buona fede e correttezza desumibile dall'art. 1337 c.c. e con le precise regole giuridiche che governano la formazione del vincolo negoziale³⁵. Nondimeno il contratto concluso sulla base di informazioni ingannevoli può essere viziato da errore in ipotesi di convinzione che il contenuto del contratto sia identico a quanto indicato nel documento informativo, sicché incorrerebbe nella “falsa rappresentazione della realtà” che fonda l'errore (artt. 1427 ss. c.c.). Oppure connotato da “dolo”³⁶.

³³ Tale posizione dovrebbe, però, essere rimeditata alla luce di quell'orientamento che, valorizzando il legame tra l'art. 2 Cost. e l'art. 1337 c.c., giunge al superamento della dicotomia tra regole di validità e regole di comportamento, aprendo alla possibilità di riconnettere alla violazione di obblighi precontrattuali la sanzione della nullità del contratto.

³⁴ In tal senso *Manuale di diritto del consumo* cit., p. 103.

³⁵ Una su tutte è l'art. 2, comma 2, lett. c), cod. cons. che contempla il diritto fondamentale del consumatore ad “un'adeguata informazione”.

³⁶ A tale proposito si veda *Manuale di diritto del consumo* cit. ove sono riportate le principali obiezioni mosse a tale orientamento. In particolare, con riguardo all'ipotesi di informazioni ingannevoli, si legge che: “(...) Un primo ostacolo interpretativo consiste in questo senso nel fatto che l'opinione dottrinale più risalente e consolidata nega idoneità invalidante al semplice

Inoltre quando alla trasmissione di informazioni ingannevoli segue la stipula del contratto, il consumatore si trova vincolato ad un'operazione diversa rispetto a quanto poteva legittimamente attendersi alla luce dell'informativa preliminare. Una divergenza contenutistica che può essere determinata da clausole che il professionista inserisce all'insaputa dell'aderente, sfruttando l'affidamento di quest'ultimo nella piena corrispondenza tra informativa e condizioni generali.

Le condizioni contrattuali diverse o incompatibili con l'informazione preliminare mostrano profonde similitudini con il fenomeno delle clausole (vescatorie) “a sorpresa” contenute all'interno dell'elenco di clausole indicato nell'art. 33, comma 2, cod. cons., ed in particolare con quelle che hanno l'effetto di prevedere l'“estensione dell'adesione del consumatore a clausole che [n.d.r. quest'ultimo] non ha avuto la possibilità di cono-

“mendacio”, ossia alla condotta consistente nella mera affermazione del falso e nella negazione del vero. Sarebbe possibile ravvisare gli estremi del “raggiro” solo nel c.d. “inganno puro” (o *machinatio*), che consiste in un procedimento complesso di “*mise en scène*”, con cui si induce altri in una falsa credenza, spingendolo a stipulare un contratto che altrimenti non avrebbe stipulato; di qui i dubbi a considerare il semplice mendacio, in quanto condotta “isolata”, a causa di annullamento del contratto, pur essendo pacifica la sua antigiusuridicità. Muovendo dalla considerazione che la legge se tutela la buona fede, non tutela la credulità, l'opinione tradizionale afferma che, per configurare un'ipotesi di dolo, non basta la semplice notizia falsa, quando non sia accompagnata ed avvalorata da un'opera di artificio. (...) In definitiva la menzogna sarebbe rilevante non di per sé, ma solo se integrata in una più ampia attività ingannatoria, connotata dalla presenza di artifici e raggiri”. Con riferimento invece alle informazioni reticenti, si osserva: “In caso di informazioni reticenti, che ingenerano un effetto decettivo (come nel caso di omessa indicazione degli oneri accessori), a quello della *machinatio*, si aggiunge il problema legato al se anche la semplice reticenza, ovvero il non aver disvelato o comunicato circostanze che avrebbero impedito la conclusione del contratto, sia idonea a costituire un raggiro ai sensi dell'art. 1439 c.c.; è il problema del c.d. “dolo omissivo”. E ancora: “Entrambe le problematiche sono state superate dalla dottrina e dalla giurisprudenza più recente: con particolare riferimento al concetto di “*machinatio*”, si è giunti ad una interpretazione della nozione di raggiro più ampia, che ricomprende qualsiasi comportamento che provochi un inganno idoneo a causare l'errore della vittima, inducendola alla conclusione del contratto. Sulla base di queste premesse, si afferma che anche il mendacio (ossia una falsa dichiarazione) è sufficiente ad integrare gli estremi del raggiro, purché eziologicamente connesso all'errore del *deceptus*”. In tal senso Cass. S.U., 11 marzo 1996, n. 1955 secondo cui: “a produrre annullamento del contratto non è sufficiente una qualunque influenza psicologica sull'altro contraente, ma sono necessari artifici o raggiri, o anche semplici menzogne che abbiano avuto comunque un'efficienza causale sulla determinazione volitiva della controparte e, quindi, sul consenso di quest'ultima”. La rilevanza del dolo omissivo viene ormai affermata da un cospicuo orientamento giurisprudenziale: *ex plurimis* Cass. Civ., 14 ottobre 1990, n. 10779.



scere prima della conclusione del contratto” (art. 33, comma 2, lett. l), cod. cons.). Ne deriva la possibilità di una loro qualificazione in termini di “vespatorietà”, e quindi di nullità ex art. 36 cod. cons.³⁷

4. La responsabilità precontrattuale codicistica e l’impatto della stessa sulle composite esigenze sociali.

A differenza delle normative speciali, nel Codice civile il governo delle trattative e la tutela dell’interesse dei soggetti coinvolti a che le medesime siano condotte in modo serio e leale, è affidato al criterio della buona fede oggettiva³⁸. D’altronde l’art. 1337 nella sua condivisibile qualificazione di norma di chiusura³⁹ è il punto di riferimento in caso di inapplicabilità delle norme speciali dirette a sanzionare la realizzazione di una condotta scorretta nella fase che precede la conclusione del contratto. Pur tuttavia, la sussunzione della disposizione nell’alveo della disciplina aquiliana è erosa dalla crescente qualificazione di responsabilità incentrata sul dettato dell’art. 1218 ma anche da un *tertium genus* di responsabilità, da affiancare ai modelli aquiliano e contrattuale⁴⁰.

³⁷ In tal senso *Manuale di diritto del consumo* cit., p. 109.

³⁸ Si v. sul punto V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 167 ove si legge: “La trattativa è l’interazione fra le parti del futuro eventuale contratto, che ciascuna parte cerca di orientare verso i risultati più vantaggiosi per sé; a seconda di come l’interazione si sviluppa, si decide se il contratto si fa o no, e se sì, a quali condizioni. Chi è coinvolto in una trattativa ha interesse che questa venga condotta da controparte in modo leale e serio. L’interesse alla lealtà e serietà della trattativa è protetto dall’art. 1337 con l’imposizione di un dovere generale di buona fede a carico delle parti coinvolte”.

³⁹ F. BENATTI, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. giur. trecc.*, pp. 5 ss.

⁴⁰ L’adesione alla tesi della natura contrattuale o aquiliana della responsabilità ex artt. 1337-1338 c.c. possiede importanti risvolti sul piano applicativo. Segnatamente, l’accoglimento della tesi della natura contrattuale implica: prescrizione decennale; necessità di costituzione in mora per intimazione o richiesta fatta per iscritto (c.d. “mora ex persona”); regime probatorio favorevole in ordine alla prova dell’inadempimento e dell’elemento soggettivo dello stesso di cui all’art. 1218 c.c.; applicabilità dell’art. 1225, in virtù del quale il debitore inadempiente che versi in dolo è tenuto a risarcire solo i danni prevedibili nel momento in cui è sorta l’obbligazione. Al contrario, l’accoglimento della contraria impostazione comporta l’operatività del seguente regime: termine di prescrizione quinquennale; non necessità della costituzione in mora, ricorrendo l’ipotesi dell’art. 1219, comma 2, n. 2), c.c. (c.d. “mora ex re”); il danneggiato avrebbe l’onere di provare la colpa (o il dolo) dell’autore della condotta illecita; ai sensi dell’art. 2046 c.c., andrebbe esente da responsabilità il soggetto che, nel momento in cui ha commesso il fatto dannoso, era incapace di intendere e di volere.

Il *tertium genus*, in un’ottica di valorizzazione sostanzialistica e di rilettura costituzionale dell’istituto, forgia un prototipo di responsabilità precontrattuale molto elastico, in grado di attingere dalla disciplina dei modelli aquiliano e contrattuale, per consentire una più efficace ed armonica composizione del conflitto di interessi emergenti dal caso concreto, dal quale, considerate le variegate manifestazioni del reale, ciascuna dotata di proprie specificità, potrebbe risultare sconveniente, da un punto di vista di giustizia sostanziale, una rigida riconduzione allo schema aquiliano o a quello dell’art. 1218 c.c.⁴¹.

La natura contrattuale della responsabilità ex art. 1337 c.c. fonda sul rilievo che l’instaurazione delle trattative, farebbe sorgere tra i soggetti interessati un rapporto obbligatorio di buona fede, che si sostanzia in obblighi puntuali (ad esempio di informazione, custodia e segreto), riferibili alla categoria di fonti delle obbligazioni individuate dall’art. 1173 c.c.

Fermo il rilievo che l’art. 1174 c.c. modella il rapporto obbligatorio sulla prestazione, funzionale al soddisfacimento di un interesse, anche non patrimoniale del creditore⁴², assente nel “contatto sociale qualificato”⁴³, la possibile riconducibilità della responsabilità precontrattuale nell’ambito dell’art. 2043 c.c. consente che l’obbligo di buona fede e correttezza sia qualificabile in termini di generico dovere diretto a tutti i consociati e funzionale alla

⁴¹ A fondamento della conclusione può invocarsi il principio di effettività della tutela ricavabile dall’art. 24 Cost., il quale disegna un intimo legame tra i rimedi e gli interessi coinvolti in una data fattispecie concreta, imponendo all’interprete di calibrare i primi sui secondi. Sul punto sia consentito richiamare le riflessioni, collocate entro un orizzonte di più ampio respiro, contenute in: G. VILLANACCI, *Al tempo del neoformalismo giuridico*, Giappichelli, 2016, p. 23 per cui: “(...) l’interesse è la ragione che muove l’individuo ed al contempo il fondamento della situazione giuridica che l’ordinamento intende tutelare, la cui consistenza non può essere determinata in astratto entro rigide pareti normative, ma di volta in volta accertata tenendo conto delle circostanze che delineano la fattispecie concreta”.

⁴² In chiave critica dell’orientamento in esame, V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 177.

⁴³ A tale riguardo si è soliti affermare che dal “contatto sociale qualificato” deriverebbero meri obblighi di protezione, riducibili a rapporti obbligatori senza prestazione. L’assunto è criticabile sotto un duplice profilo: innanzitutto a livello normativo, posto che l’art. 1174 c.c., individuando nella prestazione un elemento essenziale dell’obbligazione, impedisce di ricondurre ad essa, già di per sé solo considerato, anche gli obblighi di protezione; poi a livello dogmatico, ove si consideri che l’impossibilità di domandare l’adempimento o di agire per l’esecuzione forzata degli obblighi di protezione evidenzerebbe la mancanza in questi ultimi del binomio debito e responsabilità (*schuld und haftung*), che invece connota, secondo una tradizione risalente agli studi della pandettistica tedesca, il rapporto obbligatorio.

tutela dell'altrui libertà negoziale⁴⁴. Una prospettiva dalla quale, non potendosi individuare nella violazione dell'obbligo ex art. 1337 c.c. l'inadempimento di un rapporto obbligatorio in senso tecnico, che postula la determinatezza o, quantomeno, la determinabilità dei soggetti tra cui esso intercorre e la sostanza individuale dell'interesse che è diretto a soddisfare (ex art. 1174 c.c.), esclude che la responsabilità precontrattuale potrebbe avere natura aquiliana poiché riduce il vincolo di buona fede a *species* dell'astratto dovere di "*neminem laedere*" di cui all'art. 2043 c.c.⁴⁵

5. Invalidità o di inefficacia del contratto e l'includibilità della loro comunicazione.

⁴⁴ In tal senso C.M. BIANCA, *Il contratto* cit., p. 155.

⁴⁵ La natura extracontrattuale della responsabilità precontrattuale ha avuto ampio riconoscimento in giurisprudenza. Si v.: Cass. civ. n. 6587/2017 secondo cui: "la responsabilità precontrattuale derivante dalla violazione delle regole di condotta posta dall'art. 1337 c.c. a tutela del corretto dipanarsi dell'iter formativo del contratto, costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale"; Cass. civ. n. 5762/2016 per la quale la lesione della libertà negoziale per violazione della buona fede nelle trattative dà luogo all' "azione di risarcimento danni ex art. 2043 c.c."; Cass. civ. n. 16735/2011 per cui: "La responsabilità precontrattuale derivante dalla violazione della regola di condotta, posta dall'art. 1337 c.c. a tutela del corretto dipanarsi dell'iter formativo del negozio, costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale, cui vanno applicate le relative regole in tema di distribuzione dell'onere della prova. Ne consegue che, qualora gli estremi del comportamento illecito siano integrati dal recesso ingiustificato di una parte, grava non su chi recede la prova che il proprio comportamento corrisponde ai canoni di buona fede e correttezza, ma incombe, viceversa, sull'altra parte l'onere di dimostrare che il recesso esula dai limiti della buona fede e correttezza postulati dalla norma "de qua"; Cass. civ. S.U., 26 giugno 2007, n. 14712 per la quale: "è opinione oramai quasi unanimemente condivisa dagli studiosi quella secondo cui la responsabilità nella quale incorre il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta (1218 c.c.) può dirsi contrattuale non soltanto nel caso in cui l'obbligo di prestazione derivi propriamente da un contratto (...) ma anche in ogni altra ipotesi in cui essa dipenda dall'inesatto adempimento di un'obbligazione preesistente quale ne sia la fonte"; Cass. civ. n. 13164/2005: "La responsabilità precontrattuale per violazione dell'art. 1337 cod. civ., costituente una forma di responsabilità extracontrattuale, che si collega alla violazione della regola di condotta stabilita a tutela del corretto svolgimento dell' "iter" formativo dell'accordo, presuppone che tra le parti siano intercorse trattative per la conclusione di un contratto. Ciò conduce ad escludere la configurabilità della responsabilità precontrattuale in relazione ad un procedimento cui si riferisce l'art. 1337 c.c., ma soltanto quella di partecipanti alla gara, cui è riconnesso l'interesse legittimo al corretto esercizio del potere di scelta da parte dell'amministrazione stessa, senza che possa configurarsi quella relazione specifica tra soggetti consistente nello svolgimento delle trattative, che nella norma del codice costituisce il presupposto dell'obbligo di comportamento secondo buona fede, valido anche per l'autorità amministrativa".

L'obbligo di comportarsi secondo buona fede e correttezza nel corso delle trattative si specifica⁴⁶, e in passato si esauriva, nel dovere posto dall'art. 1338 c.c., il quale commina la sanzione del risarcimento del danno alla parte "*che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra*", la quale abbia confidato, senza sua colpa, nella sua validità.

La responsabilità grava sia su colui che appresa l'esistenza di una causa di invalidità, abbia taciuto e stipulato comunque il contratto, sia a carico della parte, che pur di fatto inconsapevole, avrebbe dovuto conoscerla⁴⁷.

L'applicazione del rimedio contemplato dall'art. 1338 c.c. postula, inoltre, che la parte lesa abbia confidato nella validità del contratto "senza sua colpa", onde il danno che abbia patito non è risarcibile se conosceva, o avrebbe dovuto conoscere, l'esistenza della causa di invalidità del contratto⁴⁸.

⁴⁶ Hanno inteso la norma in esame come specificazione dell'art. 1337 c.c.: G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm.*, Torino, 1958, pp. 79 ss.; F. BENATTI, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. giur. Treccani*, 3; P. RESCIGNO, voce *Contratto in generale*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1989, 25; C.M. BIANCA, *Il contratto* cit., p. 140; in *giur.* Cass. civ. n. 16508/2004. In senso critico, invece, L. BIGLIAZZI GERI, *Contributi ad una teoria dell'interesse legittimo di diritto privato*, Milano, 1967, p. 258.

⁴⁷ In quest'ultima ipotesi la responsabilità fonda su un comportamento colposo, consistente nell'omessa verifica dell'esistenza di cause di invalidità da parte del soggetto che avrebbe dovuto effettuare il controllo secondo il canone di ordinaria diligenza. A ciò si aggiunga che si ritiene generalmente che la locuzione "causa di invalidità" ricomprenda anche l'inefficacia in senso stretto. Così C.M. BIANCA, *Il contratto* cit., p. 141 per il quale: "Il riferimento del codice alle cause d'invalidità concerne i casi di nullità e annullabilità del contratto, ma dev'essere interpretato estensivamente con riguardo ai casi di inefficacia del contratto. Il rappresentante, ad es., è responsabile nei confronti del terzo se non dà notizia delle limitazioni del suo potere rappresentativo"; V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 175 secondo cui: "(...) al di là della lettera della norma [n.d.r. ossia dell'art. 1338], la sua ratio induce a riferirla, oltre che al *contratto invalido*, anche al *contratto inefficace*. La troviamo infatti puntualmente trasposta nell'art. 1398, con riguardo alla conclusione di un contratto che, per essere concluso con un *falso rappresentante*, è affetto non da invalidità ma da inefficacia".

⁴⁸ La giurisprudenza ha interpretato il requisito in modo rigoroso, escludendo a priori la responsabilità precontrattuale ex art. 1338 c.c., ogni qualvolta il contratto sia inficiato da una causa di invalidità prevista direttamente dalla legge. Per una parte della dottrina, tale orientamento andrebbe rimeditato, quanto meno con riferimento a quelle ipotesi in cui la conoscenza della legge richieda una specifica competenza tecnica propria di una sola delle parti, ovvero si tratti di diritto straniero. Sul punto, si vedano in giurisprudenza Cass. civ. n. 6337/1998: "se la causa di invalidità del negozio deriva da una norma imperativa o proibitiva di legge, o da altre norme aventi efficacia di diritto obiettivo, tali – cioè – da dover essere note per presunzione assoluta alla generalità dei cittadini e – comunque – tali che la loro ignoranza bene avrebbe potuto o dovuto

Evidentemente inapplicabile risulta essere la disposizione di cui all'art. 1338 all'incapace legale svincolato dall'obbligo di avvertire l'altro contraente il quale, per converso, è onerato dello stato di capacità legale del primo⁴⁹.

5.1. La correlazione dell'abuso del diritto con il recesso ingiustificato delle trattative.

Altro fondamentale campo di applicazione della responsabilità precontrattuale, direttamente legato alla clausola di buona fede di cui all'art. 1337 c.c., è quello del recesso ingiustificato dalle trattative, che ricorre quando “*il contraente recede senza una valida giustificazione da trattative condotte fino al punto da indurre l'altra parte a confidare ragionevolmente nella conclusione del contratto*”⁵⁰.

L'impiego del termine “recesso” è senza dubbio metaforico, essendo il medesimo propriamente utilizzato nel Codice civile per indicare il potere, convenzionalmente attribuito ad una o ad entrambe le parti, di svincolarsi unilateralmente da un rapporto contrattuale, prima che lo stesso abbia avuto esecuzione.

Dalle considerazioni testé riferite, è possibile cogliere i cardini sui quali è imperniata l'ipotesi di responsabilità in parola: da un lato, il ragionevole affidamento di una delle parti nella conclusione del contratto e dall'altro l'assenza di una valida giustificazione di abbandono della relazione precontrattuale intrapresa. Presupposto indefettibile è, dunque, l'affidamento, il quale scandisce l'accesso del rapporto precontrattuale nello spazio del giuridicamente rilevante, mentre l'inopinabilità del disimpegno consente di destinare lo stesso nell'area dell'illecito,

essere superata attraverso un comportamento di normale diligenza, non si può configurare colpa contrattuale a carico dell'altro contraente, che abbia omissso di far rilevare alla controparte l'esistenza delle norme stesse”; Cass. civ. n. 5240/1979. Per la valutazione critica di questo orientamento, cui sopra si è fatto cenno, si v. G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, CEDAM, 1972, p. 265. La dottrina tende, peraltro, a negare che l'ignoranza della legge integri senz'altro una colpa del soggetto. Si v., tra gli altri, R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale (Comm.)*, Bologna, 1970, p. 222. Si veda, altresì, T. Roma 14 maggio 1980, in *Tem rom.*, 1980, 531.

⁴⁹ Così C.M. BIANCA, *Il contratto* cit., p. 150: “La questione se l'incapace possa incorrere in responsabilità precontrattuale trova soluzione negativa in tutti i casi in cui il contratto è annullato per la sua incapacità. L'invalidità del contratto è infatti prevista a preminente tutela dell'incapace e il pregiudizio derivante da tale invalidità è quindi un rischio a carico del contraente capace, il quale ha l'onere di accertarsi dello stato di capacità legale della controparte già al momento di iniziare le trattative”.

⁵⁰ La definizione è tratta da C.M. BIANCA, *Il contratto* cit., p. 145.

con conseguente operatività dell'art. 1337 c.c., o in quella del lecito, rispetto alla quale, ove l'abbandono delle trattative si sia estrinsecato nella revoca della proposta, vale l'obbligo di indennizzo posto dall'art. 1328 c.c.⁵¹

Il dovere costituzionale di solidarietà sociale (art. 2 Cost.), che illumina la relazione precontrattuale per il tramite della clausola di buona fede oggettiva, impone di elevare a generale quest'ultima regola particolare per renderla applicabile a tutte le ipotesi di avvenuta maturazione, in uno dei contraenti, di un ragionevole affidamento nel positivo esito della trattativa. A partire dalle circostanze concrete si deve, altresì, apprezzare la sussistenza di una “valida giustificazione” del recesso, per il quale oltre al principio di buona fede, viene in rilievo il precetto di ordinaria diligenza (art. 1176 c.c.), cui le parti devono conformarsi per non pregiudicare l'altrui libertà negoziale⁵².

È indubbio che la valida giustificazione, oltre ad essere supportata dalla sussistenza di un interesse ragionevolmente apprezzabile ai fini dell'abbandono, non risulti essere un rimedio sproporzionato.

⁵¹ L'art. 1328 c.c., che consente la revoca della proposta e dell'accettazione, è rilevante sotto un duplice profilo: in primo luogo, perché mostra che l'ordinamento non tutela l'interesse delle parti alla conclusione del contratto; in secondo luogo, perché riconosce all'accettante, che abbia intrapreso in buona fede l'esecuzione del contratto prima di avere notizia della revoca dell'accettazione, il diritto di ottenere l'indennizzo delle spese e delle perdite subite per l'iniziata esecuzione del contratto. L'esercizio della facoltà di revoca della proposta costituisce, dunque, esercizio di un atto lecito dannoso.

⁵² Sulla differenziazione funzionale tra buona fede oggettiva e diligenza si v. G. VILLANACCI, *La buona fede oggettiva* cit., pp. 37-39: “È (...) opportuno evidenziare come i due principi, sul piano funzionale, appaiano idonei ad evocare un modello di condotta, costituendo parametri per valutare la responsabilità di chi dallo stesso si discosta. In particolare, la diligenza, quale norma elastica, nonostante alcune affinità, si distingue nettamente dalla buona fede in quanto riassume una pluralità di modelli comportamentali definiti da altre norme e, dunque, presuppone come determinato il precetto che deve essere adempiuto. Diversamente opinando, si cadrebbe nella contraddizione di identificare una regola di condotta con la medesima dedotta in obbligazione. L'obbligo di buona fede vieta, pertanto, un comportamento sleale e impone di salvaguardare l'utilità di quello di controparte, ma non richiede un impegno elevato fino alla soglia dello sforzo diligente, elemento intrinseco alla prestazione contrattuale principale, che si concretizza sinanche nell'attenzione necessaria affinché la prestazione non risulti falsata sotto il profilo economico. L'art. 1176 c.c. nel configurare l'esatto adempimento, per la realizzazione della pretesa creditoria, connota la diligenza come parametro per misurare l'obbligo cui il soggetto è tenuto e la buona fede, regola di condotta che impone alla parte di tenere in considerazione le ragioni dell'altra salvaguardandone anche gli interessi non specificamente menzionati nel titolo”.



Sul punto possono valere talune riflessioni relative al differente, ma contiguo ambito dell'abuso del diritto ispirate ai canoni di ragionevolezza i quali esigono, in un rapporto conflittuale, di valutare la proporzionalità dei mezzi usati. Nella specie per quanto riguarda l'esercizio del diritto di recesso⁵³.

Senza altro contraria a buona fede, la condotta di colui che inizia a trattare pur non avendo alcuna intenzione di concludere il contratto. Un comportamento siffatto può essere mosso dall'interesse ad ottenere informazioni concernenti la controparte, o più semplicemente, al fine di recare pregiudizio a quest'ultima.

Quanto all'onere della prova, il danneggiato dovrà limitarsi a dimostrare, oltre al pregiudizio subito, che l'interruzione delle trattative ha leso un affidamento ragionevole nella conclusione del contratto.

5.2. I vizi non invalidanti e il loro labirintico percorso.

La patologia del consenso è tradizionalmente eretta su due pilastri, l'uno rappresentato dalla disciplina dei vizi dell'errore, del dolo e della violenza, e l'altro costituito dal rimedio dell'annullabilità⁵⁴. Con il riassetto dell'istituto contrattuale, fondato su una negoziazione non più solo tra eguali ma anche tra soggetti ontologicamente dotati di impari forza convenzionale, la materia è stata interessata da un'importante evoluzione, soprattutto sulla scorta di legislazioni di matrice sovranazionale (come, ad es., il Codice del consumo). L'innovativo paradigma verso cui l'ordinamento tende è quello del potenziamento degli strumenti di presidio già esistenti, per scongiurare il rischio della formazione di contratti *ab origine* squilibrati in favore dell'operatore professionale.

L'esigenza poc'anzi tratteggiata è divenuta così stringente da indurre gli interpreti a ritagliare spazi di tutela crescenti, anche al di là del tracciato normativo sovente dimostratosi ricco di strettoie e veicolo di una protezione inadeguata del contraente debole.

Orbene, in questa prospettiva, si è riconosciuto non solo che alla parte la cui volontà sia viziata da

errore, dolo, violenza, stato di necessità o bisogno, l'alternativa tra demolizione del contratto e rifusione del danno, bensì a prefigurare un presidio di tipo risarcitorio, imperniato sull'art. 1337 c.c., quando il contegno di uno dei contraenti, perpetrato in violazione della buona fede, non è riconducibile alle norme sui vizi del consenso o sulla rescissione⁵⁵. Verso questa soluzione ermeneutica si è mostrata favorevole anche la giurisprudenza di legittimità, che ha ribadito l'ammissibilità di un'azione risarcitoria in presenza di un contratto valido, al fine di tutelare la parte che abbia subito l'altrui comportamento scorretto⁵⁶.

Tuttavia è evidente che l'allontanamento dallo steccato normativo andrebbe ad incidere negativamente sulla stabilità delle negoziazioni, essendo disagevole l'individuazione delle concrete condizioni sufficienti del rimedio. Né, in senso positivo, varrebbe stabilire un limite di riferimento sulla base dell'entità del pregiudizio, trattandosi di soglia eccessivamente vaga e legislativamente non supportata così che potrebbe finire per normalizzare un inaccettabile governo giudiziario sull'equilibrio del contratto, a partire dall'art. 1337 c.c.⁵⁷. D'altro canto la

⁵⁵ Così M. MANTOVANI, voce *Vizi del consenso*, in *Enc. dir.*, "I tematici – il contratto", Milano, 2021, p. 1198.

⁵⁶ Il riferimento è a Cass. sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725 ed ai relativi commenti tra cui, tra i tanti: A. ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 107 ss.; A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Cont.*, 2008, 393 ss.; U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle sezioni unite*, in *N. giur. civ.*, 2008, I, p. 445 ss.; E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*, in *Foro it.*, I, 2008, p. 784 ss.; F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 1 ss.; U. SALANITRO, *Gli obblighi precontrattuali di informazione: le regole e i rimedi nel progetto aquis*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 59 ss. Si v., inoltre, C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi e i rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 599 ss. L'esperibilità di un'azione risarcitoria per la violazione di una regola di buona fede nelle trattative, che dia luogo ad un assetto contrattuale svantaggioso per la parte che abbia subito le conseguenze della condotta contraria a buona fede è ribadita da Cass. civ., 8 ottobre 2008, n. 24795, in *Foro it.*, I, 2009, p. 440, con nota di E. SCODITTI, *Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido: l'area degli obblighi di informazione*, nonché in *N. giur. civ.*, 2009, I, p. 205 ss., con nota di M. CONFORTI, *Responsabilità precontrattuale e dovere di informazione*. Non mancano, tuttavia, pronunce discordanti della Suprema Corte, tornate a sostenere la tesi della non esperibilità del rimedio della responsabilità precontrattuale in presenza di un contratto validamente concluso: così Cass. civ., 25 luglio 2006, n. 16937, in *Contr.*, 2007, p. 550 ss. e Cass. civ., 5 febbraio 2007, n. 2479.

⁵⁷ In tale direzione, G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto* diretto da V. ROPPO, V. I Rime-

⁵³ Sul rilievo dei canoni di ragionevolezza e proporzionalità nell'ambito dei rapporti privatistici sia consentito rinviare a G. VILLANACCI, *La ragionevolezza nella proporzionalità del diritto*, Torino, 2020.

⁵⁴ Si v. C. SCOGNAMIGLIO, voce *Vizi del consenso*, in *Enc. dir.*, vol. "I tematici – il contratto", Milano, 2021, p. 1197; A. GENTILI e V. CINTIO, *I nuovi "vizi del consenso"*, in *Contr. impr.*, 2018, p. 149.





disposizione codicistica ha conferito rilievo al vizio incidente solo con riguardo al dolo (art. 1440 c.c.), di talché la categoria sarebbe altrove immeritevole di considerazione (“*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*”)⁵⁸, e ciò anche con riferimento alla disciplina degli altri vizi del consenso (errore, violenza) e della rescissione, la cui operatività è contenuta entro rigorosi presupposti⁵⁹.

Nondimeno queste osservazioni, che senza dubbio colgono alcune criticità della teoria dei vizi incompleti, possono essere superate, sul presupposto che un rimedio risarcitorio per responsabilità che ricadano nella fase precontrattuale, non si pone di per sé in contrasto con esigenze di stabilità e certezza dei traffici, venendo in considerazione la logica del rapporto e non quella della fattispecie⁶⁰.

Inoltre, il timore che dall'accoglimento di siffatta impostazione discenda un indefinito controllo sull'equilibrio contrattuale da parte del giudice, si scontra con la circostanza che, in questo caso, vi sarebbe la revisione di un assetto di interessi adulterato dall'inosservanza dell'obbligo precontrattuale di informazione⁶¹.

In aggiunta, l'esplicazione della regola di buona fede nei termini indicati, sarebbe conforme all'orientamento della giurisprudenza della Suprema Corte⁶² in materia di responsabilità precontrattuale, il quale che ha individuato in quest'ultima un criterio di controllo del contegno tenuto dalle parti durante le trattative, riconoscendogli al contempo, natura di *tertium genus*, fonte di un rapporto giuridico peculiare, dotato però dei crismi indicati negli artt.

1173 ss. c.c.⁶³. Ridotta l'operatività della buona fede precontrattuale allo schema obbligatorio, la tutela risarcitoria nei confronti del contraente che non si sia astenuto da comportamenti sleali, costituisce un mero precipitato logico.

6. Il riqualificato interesse della buona fede nei rapporti della Pubblica Amministrazione.

Tradizionalmente, si escludeva la possibilità che una condotta pubblica potesse soggiacere al principio della buona fede, sancito dall'art. 1337 c.c., cosicché la tipologia di interesse che l'azione dell'Amministrazione perseguiva, nonché la sua connotazione in termini di discrezionalità e la presunzione di correttezza che la accompagnava conduceva a rifiutare la configurabilità, a carico del soggetto pubblico, di una responsabilità precontrattuale.

In seguito è intervenuto un graduale mutamento di opinione che ha dato luogo alla possibilità che un soggetto pubblico, sia pure nel perseguimento di un interesse generale, potesse agire secondo le norme del diritto privato, con conseguente esposizione al risarcimento dei danni ex art. 1337 c.c. Il supporto all'innovativo percorso interpretativo è rappresentato dal fatto che il procedimento ad evidenza pubblica è dotato di una doppia natura, quella pubblicistica che culmina con la scelta del contraente, e quella privatistica, caratterizzata dalla stipulazione del contratto, che tuttavia devono essere letti in un rapporto di successione logica, nel quale ogni elemento costituisce il naturale portato del precedente. Ogni singolo provvedimento è dotato della forza necessaria a generare un legittimo affidamento nel terzo contraente, pertanto nello svolgimento dell'attività volta alla ricerca e alla scelta del contraente, l'amministrazione è tenuta a rispettare le regole dettate dall'interesse pubblico e quelle di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. A nulla rileva che la scorrettezza si sia verificata prima o dopo l'aggiudicazione, poiché la matrice costituzionale del dovere di buona fede, che si incunea nel dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., impone una lettura unitaria della procedura ad evidenza pubblica⁶⁴.

di-2 a cura di V. ROPPO, Giuffrè, 2006, p. 1013 ss., nonché, in precedenza, ID., “*Regole di validità*” e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, p. 245 ss.; ID., Buona fede in contrahendo, in Riv. dir. priv., 2003, p. 351 ss., e, più di recente, ID., Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido? (l'isola che non c'è), in Giust. civ., 2014, p. 197 ss.

⁵⁸ Un'ulteriore conferma dell'assunto si trae dalla Relazione al Codice civile per la quale: “*ciò che fuoriesce dai mezzi di impugnazione non è necessariamente un vuoto normativo che “deve” essere colmato attraverso un rimedio aquiliano concepito come “cerotto universale” di qualsiasi insoddisfazione equitativa*”.

⁵⁹ C.f. M. BARCELLONA, Trattato della responsabilità civile, Torino, 2011, p. 487 ss., nonché ID., Responsabilità extracontrattuale e vizi della volontà contrattuale, in *Judicium*, www.judicium.it, 14 febbraio 2011.

⁶⁰ In tal senso E. SCODITTI, Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido, cit., p. 441 ss. per cui: “*la responsabilità precontrattuale esprime la logica funzionale del rapporto e non può integrare, in funzione di norma di chiusura, il sistema delle invalidità negoziali, che esprime invece la logica strutturale della fattispecie*”.

⁶¹ M. MANTOVANI, Vizi del consenso cit., p. 1201.

⁶² Cass. civ., 21 novembre 2011, n. 24438.

⁶³ Cass. civ., 20 dicembre 2011, n. 27648. Sulla natura della responsabilità precontrattuale quale responsabilità da inadempimento di un'obbligazione preesistente si v. Cass. 12 luglio 2016, n. 14188.

⁶⁴ A tale riguardo, occorre precisare che la dottrina distingue tra: le ipotesi di *culpa in contrahendo* “pura” della P.A. - ricondotta dalla più recente giurisprudenza alla responsabilità contrattuale da contatto sociale - in cui il soggetto pubblico non

La ormai ferma convinzione che in materia di contratti pubblici si è in presenza di una formazione necessariamente progressiva del contratto, secondo lo schema dell'offerta al pubblico, dove si registra un primo contatto con una pluralità di possibili contraenti, esclude possa scindersi il momento di sviluppo negoziale e limitare l'applicazione delle regole di responsabilità precontrattuale alla fase in cui il contatto sociale viene qualificato con l'aggiudicazione del contratto. Pertanto anche la condotta anteriore a tale momento temporale deve sottostare alle disposizioni di cui all'art. 1337 c.c.

Ne deriva che, se durante la fase formativa del contratto la P.A. viola il dovere di lealtà e correttezza ponendo in essere comportamenti che non salvaguardano l'affidamento della controparte, ne dovrà rispondere per responsabilità precontrattuale.

L'ampliamento dell'operatività della responsabilità precontrattuale della P.A., hanno ricevuto un autorevole avallo dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 4 maggio 2018, n. 5 il quale ha valorizzato il fondamento costituzionale ex art. 2 Cost. dei doveri di buona fede e correttezza, giungendo ad affermarne l'operatività ben oltre la sfera meramente contrattuale, in tutte le ipotesi in cui "(...) tra i consociati si instaurano momenti relazioni socialmente o giuridicamente qualificati, tali da generare, unilateralmente o, talvolta, anche re-

adotta provvedimenti illegittimi, ma tiene comportamenti illeciti contrari agli artt. 1337 e 1338 c.c. E le ipotesi di responsabilità precontrattuale spuria, discendente dalla adozione di provvedimenti illegittimi nel corso della procedura ad evidenza pubblica. In tale secondo caso, il privato che deduce la responsabilità da provvedimento illegittimo precontrattuale della P.A. non intende far valere la violazione del principio di buona fede oggettiva ex art. 1337 c.c., bensì il pregiudizio che un provvedimento amministrativo illegittimo arreca all'interesse legittimo pretensivo al conseguimento del bene della vita, rappresentato dall'aggiudicazione, o meglio, dalla stipulazione del contratto e del relativo utile. Non sarebbe, pertanto, configurabile una responsabilità precontrattuale in senso ontologico, quanto piuttosto in senso cronologico e ciò in quanto la responsabilità della P.A. precede la stipula del contratto. Tra le ipotesi di *culpa in contrahendo* da "mero comportamento" della P.A. è frequente il caso in cui l'Amministrazione aggiudicatrice adotti un provvedimento legittimo di secondo grado, determinante la sopravvenuta inefficacia o eliminazione degli atti di gara: l'esercizio del potere di autotutela, infatti, deve conciliarsi con la tutela dell'affidamento ingenerato nei concorrenti privati in ordine, a seconda che si accolga la tesi restrittiva o estensiva del concetto di legittimo affidamento, alla conclusione del contratto ovvero all'osservanza delle regole di correttezza e buona fede. Ne consegue che la configurabilità della responsabilità precontrattuale della P.A. per violazione dei principi di correttezza e buona fede, alla cui osservanza la stessa è tenuta nella fase pubblicistica dell'evidenza pubblica, non è preclusa dal legittimo esercizio del potere di autotutela perché la legittimità del provvedimento non esclude l'applicazione dell'art. 1337 c.c.

ciprocamente, ragionevoli affidamenti sull'altrui condotta corretta e protettiva"⁶⁵.

In definitiva il procedimento ad evidenza pubblica è un "unicum" all'interno del quale gli obblighi di buona fede e correttezza presiedono anche alla fase iniziale, quella pubblicistica, nella quale la P.A. non ha ancora abbandonato la veste di autorità in luogo di quella di contraente poiché il vincolo solidaristico imposto dalla Carta fondamentale richiede l'adempimento dei citati obblighi, al fine di impedire la verificazione di un danno nella sfera giuridica del concorrente.

⁶⁵ I principi di diritto enunciati dall'A.P. richiamata sono i seguenti: "1. Nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell'altrui scorrettezza. 2. Nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono anche prima e a prescindere dall'aggiudicazione, in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento. 3. La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione può derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai doveri di correttezza e buona fede.

4. Affinché nasca la responsabilità dell'amministrazione non è sufficiente che il privato dimostri la propria buona fede soggettiva (ovvero che egli abbia maturato un affidamento incolpevole circa l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose), ma occorrono gli ulteriori seguenti presupposti: a) che l'affidamento incolpevole risulti leso da una condotta che, valutata nel suo complesso, e a prescindere dall'indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà; b) che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo; c) che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità fra tali danni e la condotta scorretta che si imputa all'amministrazione".



IL DIRITTO DI USO *ESCLUSIVO* E *PERPETUO* DEL BENE CONDOMINIALE: *REALITÀ* E *PERSONALITÀ* DEL DIRITTO TRA *CONFORMAZIONE* E *REGOLAMENTAZIONE* DELLA PROPRIETÀ COMUNE*

Di Domenico Giurato

SOMMARIO: 1. *L'uso esclusivo e perpetuo del bene condominiale: le ragioni del fenomeno.* – 2. *Lo stato della giurisprudenza fino alle Sezioni Unite del 2020.* – 3. *La sentenza delle Sezioni Unite n. 28972 del 2020.* – 4. *Gli argomenti delle Sezioni Unite. Critica: l'art. 1102 c.c. come norma derogabile (suppletiva e dispositiva).* – 5. *Segue: le ipotesi di uso non paritario previste dalla legge come norme non eccezionali.* – 6. *Segue: i principi del numerus clausus e di tipicità dei diritti reali.* – 7. *La possibile qualificazione del diritto di uso esclusivo e perpetuo come servitù prediale. Ipotesi di conformazione esterna della proprietà condominiale. Natura reale del diritto in oggetto.* – 8. *La possibile qualificazione come diversa ripartizione, all'interno dell'intera proprietà condominiale, della facoltà di godimento. Ipotesi di conformazione interna della proprietà condominiale. Natura reale del diritto in oggetto.* – 9. *La possibile qualificazione come mero effetto obbligatorio della regolamentazione condominiale. Ipotesi di mera regolamentazione della proprietà condominiale. Natura personale del diritto in oggetto.* – 10. *Conclusioni.*

ABSTRACT. *Nonostante il diverso avviso di una recente sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione (Cass. civ., sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972), la clausola in forza della quale un bene condominiale risulti gravato da un "diritto di uso esclusivo e perpetuo" in favore di uno solo dei condomini, assai diffusa nella prassi, deve ritenersi valida ed efficace. L'effetto della clausola in esame, infatti, non è che quello di conformare, o comunque di regolamentare, la comproprietà condominiale; effetto che non deve ritenersi precluso all'autonomia privata, dacché né viola norme imperative né impinge contro i principi del numerus clausus e di tipicità dei diritti reali.*

Despite the different opinion of a recent sentence of the United Sections of the Cassation (Civil Cassation, un. section, 17 December 2020, n. 28972), the clause according to which a condominium asset is burdened by an "exclusive and perpetual right of use" in favor of only one of the condominiums, clause widespread in practice, must be considered valid and effective. The effect of the clause in question, in fact, is only that of conforming, or in any case regulating, the condominium co-ownership; an effect that should not be considered precluded for private autonomy, since it does not violate mandatory rules nor does it oppose the principles of the numerus clausus and the typicality of real rights.



1. L'uso esclusivo e perpetuo del bene condominiale: le ragioni del fenomeno.

La clausola – contenuta nel regolamento di condominio o nell'atto da cui il condominio origina (quello che il codice civile, con voce ellittica ma efficace, chiama il «titolo»¹) – la quale disponga che un bene condominiale (o anche soltanto una porzione spazialmente determinata di esso) sia gravato da un «diritto di uso esclusivo e perpetuo» in favore di uno solo dei condomini – ovvero, più correttamente, in favore della proprietà di una sola delle unità immobiliari di cui è composto il condominio – è assai diffusa nella prassi².

Le ragioni di una simile diffusione – che poi al tempo stesso esprimono la meritevolezza degli interessi sottesi alla stipulazione della clausola *de qua* – sono fondamentalmente due. Da un lato, le parti in-

tendono *conformare* la proprietà condominiale, asservendone alcune parti a maggior vantaggio di talune unità immobiliari rispetto a talaltre, così arricchendo di specifiche utilità le prime rispetto alle seconde. Dall'altro, vogliono *regolamentare* la proprietà condominiale, al fine di evitare contestazioni e liti tra i condomini; invero, l'esser preventivamente disciplinato l'uso dei beni condominiali – in particolare di quelli presenti in misura più scarsa rispetto al numero delle proprietà esclusive che compongono il condominio – svolge un ruolo assai importante nell'abbattimento del possibile contenzioso tra condomini, dacché esclude, a priori, tutte o quasi le possibili contestazioni circa la quantità e la qualità dell'uso che dei beni condominiali possa fare l'unico condomino rispetto agli altri. Contestazioni che invece assai spesso sorgono allorché il godimento dei beni condominiali sia lasciato alla regola di *default* del «parimenti uso» prevista dall'art. 1102 c.c.

La clausola appare insomma perseguire due finalità: *conformare* e *regolamentare* la proprietà comune. Finalità tipicamente ascrivibili al regolamento di condominio, segnatamente a quello c.d. *contrattuale*³.

* Il presente contributo è la rielaborazione, con l'aggiunta dei relativi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, della relazione tenuta dall'Autore al Convegno di Cagliari del 20 maggio 2022, intitolato «Dieci anni dopo la riforma del condominio: antiche questioni irrisolte e nuove problematiche», promosso e organizzato dall'ANACI, dal Consiglio notarile di Cagliari, Lanusei e Oristano, dal Consiglio notarile di Sassari, Nuoro e Tempio Pausania e dall'Ordine degli avvocati di Cagliari.

¹ Normalmente, il titolo sarà il primo *atto di vendita*, dal costruttore al primo acquirente, di una delle unità immobiliari che compongono l'edificio (quello che nella prassi viene spesso indicato anche come «atto pilota», proprio per la sua attitudine a definire, eventualmente in deroga all'art. 1117 c.c., le parti comuni dell'edificio) (cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. II, 11 giugno 1986, n. 3867, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, 22). Ma ben potrebbe essere, come nel caso deciso dalle Sezioni Unite del 2020 (sulle quali si tornerà diffusamente *infra*), che il titolo sia l'*atto di divisione* stipulato tra gli originari comproprietari *pro indiviso* dell'intero edificio; ovvero, ancora, un atto successivo posto in essere *ad hoc* da tutti i condomini per disciplinare il condominio (il che configurerebbe un'ipotesi di c.d. *regolamento di condominio contrattuale*). Come rilevato più volte in giurisprudenza, poi, nulla esclude che in linea di principio il titolo possa consistere anche in un acquisto a titolo originario, segnatamente in un'*usucapione* (cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. II, 22 marzo 2000, n. 3409, in *Dir. giust.*, 2000, 14 ss.; Cass. civ., sez. II, 9 novembre 1998, n. 11268, in *Riv. giur. edil.*, 1999, I, 70 ss.; Cass. civ., sez. un., 7 luglio 1993, n. 7449, in *Giust. civ.*, 1994, I, 436 ss.).

In dottrina, sulla nozione di *titolo* in relazione all'art. 1117 c.c., cfr., *ex multis*, G. BRANCA, *Comunione. Condominio negli edifici*, in *Comm. Cod. Civ. Scialoja-Branca, Libro terzo: Proprietà art. 1100-1139*, V ed., Bologna-Roma, 1972, 395, F. GIRINO, *Il condominio negli edifici*, in *Tratt. Dir. Priv.*, a cura di Rescigno, Vol. 8 – *Proprietà II*, Torino, 1982, 350.

² Per un'efficace disamina storica e fenomenologica della fattispecie, v. G. PETRELLI, *Condominio negli edifici*, «usi esclusivi» e «usi individuali», in *Riv. not.*, 2, 2021, 215 ss.

In tema, cfr. anche F. ALCARO, *Appunti in tema di servitù di «uso esclusivo»*, Studio n. 222-2009/C del Consiglio nazionale del notariato, in *Studi e materiali*, 2009, 1027 ss.; G. BARALIS – C. CACCAVALE, *Diritti di «uso esclusivo» nell'ambito condominiale*, Studio n. 4459-2003 del Consiglio nazionale del notariato, in *Studi e materiali*, 2003, 493 ss.

³ Come è noto, tradizionalmente la dottrina e la giurisprudenza distinguono tra regolamento *assembleare* (o *proprio*) e regolamento *contrattuale* (o *improprio*). Il primo è quello previsto dall'art. 1138 c.c. e contiene le norme circa l'uso delle cose comuni e la ripartizione delle spese, le norme per la tutela del decoro dell'edificio, le norme relative all'amministrazione; a condizione, però, che tali norme non incidano sulle prerogative individuali dei singoli condomini. Il secondo, invece, può constare anche di norme incidenti sulla sfera dei diritti soggettivi di ciascun condomino, ad esempio può contenere disposizioni che limitino il godimento delle singole unità immobiliari di proprietà esclusiva o delle parti comuni. Pertanto, il primo è adottabile a maggioranza (art. 1136, c. 2, c.c.); il secondo soltanto all'unanimità (*rectius*, con il consenso *uti singuli* di ciascun condomino). Il primo è opponibile ai terzi aventi causa dai singoli condomini in ragione dell'art. 1107, c. 2; per il secondo, invece, l'opponibilità è discussa, taluni ritenendo possibile la trascrizione del regolamento contrattuale nei pubblici registri immobiliari, tal'altri reputando, invece, quale unica modalità possibile per garantire l'opponibilità, l'accettazione espressa del regolamento in ogni (anche successivo al primo) atto di acquisto.

In tema, cfr. M. CORONA, *Il Notaio e il condominio: la giustizia preventiva nelle vicende condominiali*, Studio n. 7-2018/C del Consiglio nazionale del notariato, consultabile su <http://www.notariato.it/wp-content/uploads/7-2018-C.pdf>, 1 ss.; R. CORONA, *Regolamento contrattuale di condominio*, Torino, 2009, *passim*; ID., *I regolamenti di condominio*, Torino, 2004, 4 ss. e 192 ss.; ID., voce *Regolamento di condominio*, in *Enc. Dir.*, *Aggiornamento*, vol. V, Milano, 2001, 984 ss.; G. GABRIELLI, *Regole condominiali e trascrizione*, in *Riv. not.*, 1, 2006, 1 ss.; E.V. NAPOLI, *I regolamenti condominiali*, in *I contratti in generale*, dir. da G. Alpa e M. Bessone, II, *I contratti atipici*, t. II, Torino, 1991, 1101 ss.; E. DEL PRATO, *I regolamenti privati*, Milano, 1988, *passim*; F. RUSCELLO, *I regolamenti di condominio*, Napoli, 1980, *passim*; M. Andreoli, *I regolamenti di condominio*, Torino, 1961, *passim*.



Invero, sotto il profilo funzionale, e perciò a prescindere dalla sua formale collocazione all'interno di un vero e proprio regolamento di condominio, la clausola in esame sembra partecipare in ogni caso della natura di quest'ultimo; ciò in quanto, conformemente al disposto dell'art. 1138 c.c., essa non è che una (particolare) *norma circa l'uso delle cose comuni*⁴. Più precisamente, è una norma che, per le ragioni sopra evidenziate, sottrae il bene condominiale alla regola di *default* dell'uso indistintamente paritario, promiscuo e simultaneo, stabilita dall'art. 1102 c.c. (disposizione che, come è noto, discorre di «parimenti uso»), sottoponendolo invece all'opposta regola dell'uso esclusivo. Regola che sovente appare idonea ad assicurare un godimento migliore, più ordinato ed efficiente, di taluni beni condominiali; soprattutto quelli (quali i cortili, i giardini, i lastrici solari, le terrazze di copertura, i ballatoi, le loggette, le zone antistanti le autorimesse, etc.) che per loro natura maggiormente si prestano ad un impiego *quasi uti dominus*.

Non a caso, è lo stesso legislatore che in più luoghi menziona la possibilità che alcuni beni condominiali, mercé lo strumento del regolamento di condominio, restino sottratti alla regola di *default* del «parimenti uso» e siano invece soggetti ad altre regole. Si pensi all'art. 1126 c.c., che discorre espressamente di «uso esclusivo» dei lastrici solari; si pensi, ancora, agli artt. 1122 e 1122-bis – disposizioni, peraltro, oggetto della riforma del 2012 – che parlano, rispettivamente, di «uso individuale», e della possibilità di «ripartire» l'uso dei lastrici solari e delle altre superfici comuni al fine dell'installazione su tali beni condominiali di impianti posti a servizio di singoli condomini.

⁴ Anche il regolamento di condominio contrattuale può infatti contenere «norme circa l'uso delle cose comuni». La differenza rispetto al regolamento assembleare è però rinvenibile nel grado di intensità e di efficacia di queste norme. Le norme circa l'uso delle cose comuni contenute nel regolamento assembleare non sono in grado di incidere sui diritti soggettivi dei condomini (arg. ex art. 1138, c. 4, c.c.), mentre per quelle contenute nel regolamento contrattuale – analogamente a quelle contenute nel *titolo* – ciò è consentito (ferma restando, in ogni caso, l'inderogabilità degli artt. 1119, 1120, 1129, 1131, 1132, 1136, 1137). Le prime sono dotate di efficacia meramente regolamentare; le seconde – a cui evidentemente appartiene la clausola istitutiva del «diritto di uso esclusivo e perpetuo» – di un'efficacia ad un tempo regolamentare e conformativa delle facoltà dominicali dei singoli condomini o, se lo si preferisce, della proprietà condominiale nel suo complesso. È per questa ragione che per l'adozione delle prime è sufficiente la maggioranza, mentre per la stipulazione delle seconde è necessaria l'unanimità.

In senso analogo, cfr. G. PETRELLI, *Condominio negli edifici, «usi esclusivi» e «usi individuali»*, cit., 215 ss.

Per tutte queste ragioni, la prassi negoziale – in particolar modo la prassi notarile, conformemente alla funzione di adeguamento⁵ e a quella antiprocessualistica⁶ notoriamente ascritte alla funzione pubblica del notaio – fa largo impiego negli anni della clausola, reputandola idonea a garantire legittima soddisfazione negoziale ad interessi reputati assolutamente meritevoli di tutela⁷.

2. Lo stato della giurisprudenza fino alle Sezioni Unite del 2020.

Per le medesime ragioni, la giurisprudenza, almeno fino alla nota sentenza delle Sezioni Unite n. 28972 del 2020⁸ – sulla quale si tornerà diffusamen-

⁵ Sulla c.d. *funzione di adeguamento* del notaio, v. N. IRTI, *Ministero notarile e rischio giuridico dell'atto*, in *Riv. soc.*, 1995, 1258 ss.; M. NIGRO, *Il notaio nel diritto pubblico*, in *Riv. not.*, 1979, 1151 ss.; N. LIPARI, *La funzione notarile oggi*, in *Riv. not.*, 1977, 935 ss.; ID., *Rinnovamento del diritto privato e funzione del notaio*, in *Riv. not.*, 1973, I, 1033 ss.; F. CARNELUTTI, *La figura giuridica del notaio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 927 ss.

⁶ Sulla c.d. *funzione antiprocessualistica* del notaio, *ex multis* v. N. LIPARI, *Rinnovamento del diritto privato e funzione del notaio*, cit., 1033 ss.; S. TONDO, *Caratteri e prospettive dell'attività notarile*, in *Riv. not.*, 1966, I, 219 ss.; M. D'ORAZI FLAVONI, *L'autonomia del diritto notarile*, in *Scritti giuridici*, II, Roma, 1965, 709 ss.; F. CARNELUTTI, *La figura giuridica del notaio*, cit., 927 ss.

Sulla funzione di giustizia preventiva del notaio, con specifico riferimento alla materia del condominio, v. M. CORONA, *Il Notaio e il condominio: la giustizia preventiva nelle vicende condominiali*, cit., 1 ss.

⁷ Cfr. A. CIATTI CAIMI, *Il diritto di uso esclusivo del condomino (dopo la decisione delle Sezioni Unite della Cassazione)*, Studio n. 30-2021/C del Consiglio nazionale del notariato, consultabile su <https://www.notariato.it/wp-content/uploads/30-2021-C.pdf>, 1 ss.; G. PETRELLI, *Condominio negli edifici, «usi esclusivi» e «usi individuali»*, cit., 215 ss.; D. BERTANI, *Diritto di uso esclusivo su di una porzione comune condominiale. Inquadramento quale riparto pattizio delle facoltà di godimento sulle parti comuni*, in *Riv. not.*, 2018, 1197.

⁸ Cass., sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, in *Giur. it.*, 2021, 3, 549 ss., con nota di R. CALVO, *Comunione e uso esclusivo tra autonomia e tipicità*; in *Nuova giur. civ.*, 2021, 2, 243 ss., con nota di M. CARPINELLI, *La parabola del diritto «reale» di uso esclusivo su beni condominiali*; in *Notariato*, 2021, 2, 200 ss., con nota di F. GALLELLI, *Diritto reale di uso esclusivo su una parte comune dell'edificio*; in *Immobili e proprietà*, 2021, 2, 119 ss., con nota di M. MONEGAT, *Non è conforme a diritto la previsione dell'uso esclusivo, a favore di un condomino, su una porzione di bene destinato ad uso comune quale, ad esempio, il cortile*; in *Corr. Giur.*, 10/2021, 1202 ss. (a cui d'ora in poi si farà esclusivo riferimento per le successive citazioni della sentenza), con nota di V. NARDI, *La natura del diritto d'uso esclusivo di un bene comune in ambito condominiale: intervengono le Sezioni Unite*.

La sentenza ha ricevuto un'ampia varietà di note e commenti, quasi tutti critici. Oltre a quelli citati *supra* e *infra*, cfr. anche G. LIBERATI BUCCIANTI, *Sull'invalidità della clausola costitutiva*



te *infra* – non sembra dubitare mai della *validità* della clausola. Piuttosto, per un verso si impegna a delimitarne il possibile campo di applicazione oggettivo, valutando quali tipologie di beni condominiali, e in quale misura, risultino idonee a tollerare l’uso esclusivo e perpetuo del singolo condomino; per altro verso, si preoccupa di appurare di quale efficacia sia dotata la pattuizione *de qua*, concentrando l’attenzione anche sull’indagine in merito alla natura giuridica della particolare situazione soggettiva che, racchiusa nella formula negoziale “diritto di uso perpetuo ed esclusivo”, fa capo al condomino beneficiario.

Quanto al primo profilo, si ammette, ad esempio, l’idoneità dei giardini e dei cortili condominiali ad essere oggetto della clausola in esame, trattandosi di beni condominiali la cui naturale funzione di recare aria, verde e luce alle singole unità immobiliari non è reputata incompatibile, appunto, con l’uso esclusivo e perpetuo in capo ad uno solo – o a taluni soltanto – dei condomini⁹. Correttamente, del resto, con riferimento a queste tipologie di beni condominiali, gli interpreti discorrono di beni comuni con «funzionalità plurima»¹⁰. Ancora ad esempio, quanto ai giardini, si afferma che l’uso esclusivo e perpetuo di essi non consente comunque al condomino beneficiario di apportare modifiche o trasformazioni (ad esempio, apposizioni di coperture o costruzioni di verande) tali da compromettere le utilità che la *res* comune possa continuare ad offrire alle altre porzioni del condominio (quali appunto luce, areazione, veduta in appiombato, *etc.*)¹¹.

Quanto al secondo profilo, particolarmente significativo è un precedente della Suprema Corte del 2017¹², seguito peraltro da numerose successive pronunce di legittimità e di merito¹³, che ha il pre-

di un diritto reale atipico, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2021, 781 ss.; R. CALVO, *Uso condominiale esclusivo e sostituzione della clausola di perpetuità*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, 1, 59 ss.; R. FRANCO, *Il diritto di uso esclusivo condominiale tra categorie e interessi*, in *Pers. merc.*, 3, 2020, 245 ss.

⁹ Cfr. Cass. civ., 20 febbraio 1984, n. 1209, in *Mass. giur. it.*, 1984.

¹⁰ Cfr. M. CORONA, *Le Sezioni Unite e l’uso esclusivo di beni condominiali. Un falso ossimoro fa vacillare la nomoflachia?*, in *Amministrare immobili. Rivista ufficiale dell’Associazione Nazionale Amministratori Condominiali e Immobiliari*, n. 252 del marzo 2021, 77 ss.; ID., *L’uso esclusivo di beni condominiali e le sez. un. della corte di cassazione*, in *Riv. not.*, 3, 2021, 457 ss.

¹¹ Cfr. Cass. civ., 27 luglio 1984, n. 4451, in *Riv. giur. edil.*, 1985, I, 16 ss.

¹² Cass. civ., sez. II, 16 ottobre 2017, n. 24301, in *Imm. e propr.*, 2017, 12, 72 ss.

¹³ Cass. civ., sez. II (ord.), 10 ottobre 2018, n. 24958; in *Imm. e propr.*, 2018, 12, 725 ss.; Cass. civ., sez. II, 31 maggio 2019, n. 15021, in *Imm. e propr.*, 2019, 8-9, 540 ss.; Cass. civ., sez. II (ord.), 4 luglio 2019, n. 18024, in *CED Cassazione*; Cass. civ.,

gio di fare chiarezza su alcuni aspetti relativi, appunto, alla natura giuridica di un simile “diritto di uso esclusivo e perpetuo”.

In questa pronuncia, la Cassazione, nel riaffermare la piena legittimità della clausola *de qua*, statuisce che: *i*) a dispetto di una pur evidente assonanza nominalistica, l’uso esclusivo e perpetuo in esame nulla ha a che fare con il diritto di uso di cui agli artt. 1021 e ss. c.c. (non foss’altro perché il diritto di uso di cui agli artt. 1021 e ss. c.c. è necessariamente temporaneo e non è trasmissibile); *ii*) esso consiste piuttosto in un particolare riparto delle facoltà di godimento della *res* comune, diverso rispetto a quello previsto di *default* dagli artt. 1102 e 1117 c.c.; *iii*) detto particolare riparto è legittimamente perseguibile dall’autonomia privata, non solo perché l’uso esclusivo e perpetuo è espressamente contemplato in più disposizioni codicistiche, alcune delle quali, peraltro, opera del legislatore della riforma del 2012 (cfr. artt. 1126, 1122, 1122-*bis* c.c.) ma anche perché se al *titolo* è consentito escludere dalla proprietà comune taluni beni altrimenti condominiali per legge (arg. *ex art.* 1117 c.c.), *a fortiori* deve essergli concesso di sottrarre i medesimi soltanto al comune godimento, e cioè all’uso indistintamente paritario, promiscuo e simultaneo, stabilito di *default* dall’art. 1102 c.c.; *iv*) essendo l’effetto della regolamentazione condominiale, l’uso esclusivo e perpetuo *conforma* nel complesso la proprietà comune, ragion per cui esso è trasmissibile gli aventi causa dai condomini beneficiari della pattuizione *de qua* e, per converso, opponibile ai terzi (vale a dire agli altri condomini e ai loro aventi causa).

In definitiva, secondo questa giurisprudenza di legittimità – che peraltro fino alle Sezioni Unite del 2020 appare decisamente consolidata – il diritto di uso esclusivo e perpetuo in questione altro non sarebbe che l’*effetto* di una particolare disciplina regolamentare del condominio; disciplina regolamentare *particolare* in quanto: *i*) derogatoria rispetto all’art. 1102 c.c.; *ii*) stabilita necessariamente nel *titolo* (ovvero, evidentemente, in quell’unico altro atto negoziale dotato della medesima *vis* conformativa, *id est* nel regolamento di condominio c.d. *contrattuale*); *iii*) avente evidentemente ad oggetto beni condominiali dotati di funzionalità plurima (nel senso sopra definito).

Tuttavia, contro questa ricostruzione si pronunciano, *expressis verbis*, le Sezioni Unite del 2020.

VI sez. (ord.), 3 settembre 2019, n. 22059, in *Imm. e propr.*, 2019, 11, 668 ss.



3. La sentenza delle Sezioni Unite n. 28972 del 2020.

Sollecitate da un'ordinanza di rimessione¹⁴ mos-
sa da un unico arresto giurisprudenziale difforme
rispetto all'indirizzo sopra indicato¹⁵, le Sezioni
Unite della Cassazione sono chiamate a pronunciar-
si sulla questione (reputata di massima e di partico-
lare importanza) «della natura del c.d. “diritto reale
di uso esclusivo” di parti comuni dell'edificio in
ambito condominiale»¹⁶.

Le Sezioni Unite, nel prendere posizione in me-
rito alla questione, sovvertono l'orientamento giuri-
sprudenziale inaugurato da Cass. 16 ottobre 2017, n.
24301, enunciando il seguente principio di diritto:
«“La pattuizione avente ad oggetto la creazione del
c.d. ‘diritto reale di uso esclusivo’ su una porzione
di cortile condominiale, costituente come tale parte
comune dell'edificio, mirando alla creazione di una
figura atipica di diritto reale limitato, tale da incide-
re, privandolo di concreto contenuto, sul nucleo es-
senziale del diritto dei condomini di uso paritario
della cosa comune, sancito dell'art. 1102 c.c., è pre-
clusa dal principio, insito nel sistema codicistico,
del *numerus clausus* dei diritti reali e della tipicità
di essi.”».

Dunque, ad avviso delle Sezioni Unite, la clau-
sola volta a costituire un simile atipico diritto reale
di uso esclusivo e perpetuo sarebbe radicalmente
nulla.

Gli ermellini, tuttavia, precisano che resterebbe
comunque «aperta la verifica della sussistenza dei
presupposti per la conversione del contratto volto
alla creazione del diritto reale di uso esclusivo, in
applicazione dell'art. 1424 c.c., in contratto avente
ad oggetto la concessione di un uso esclusivo e per-
petuo (perpetuo *inter partes*, ovviamente) di natura

¹⁴ Cass. civ., sez. II (ord.), 2 dicembre 2019, n. 31420, in *Giur. it.*, 2020, 4, 790 ss., con nota di M.L. CHIARELLA, *Rimessa alle sezioni unite la qualificazione giuridica del c.d. diritto di uso esclusivo*; in *Imm. e propr.*, 2020, 1, 49, con nota di M. MONEGAT, *Il diritto d'uso esclusivo del cortile, parte comune, si configura come diritto reale ex art. 1021 c.c. o come deroga al principio di cui all'art. 1102 c.c.? La questione è controversa ma riveste particolare importanza per la trasferibilità di tale diritto ed esige perciò l'intervento delle sezioni unite.*

¹⁵ Cass. civ., sez. II, 9 gennaio 2020, n. 193, in *Mass. giust. civ.*, 2021, secondo cui il diritto di uso esclusivo e perpetuo di un bene condominiale sarebbe inammissibile perché si risolverebbe in sostanza in un diritto reale atipico, quindi incompatibile con l'ordinamento, e che peraltro priverebbe del tutto la proprietà degli altri condomini di qualunque utilità.

¹⁶ Cass. civ., sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, cit., 1202.
Invero, della correttezza dell'impostazione logica seguita dalle Sezioni Unite, volta a formulare in questi termini la questione di massima *de qua*, è lecito dubitare, come si vedrà meglio *infra*, § 5, spec. *sub* nota 30.

obbligatoria». In altri termini, secondo le Sezioni Unite, la clausola potrebbe reputarsi ammissibile soltanto qualora sia volta a costituire non un diritto avente natura *reale*, ma un diritto avente natura *obbligatoria*, e dunque *personale*.

Il che – lo si anticipa – non sembra soluzione poi così insoddisfacente rispetto a quelle esigenze – sopra evidenziate – di conformazione e di regolamentazione della proprietà condominiale manifestate dalla prassi negoziale. Infatti, la *personalità* del diritto non sembra necessariamente escludere né la sua *trasmissibilità* agli aventi causa dal condomino beneficiario, né per converso la sua *opponibilità* agli altri condomini e ai loro aventi causa¹⁷.

Ma prima di avanzare oltre sugli esiti cui giun-
gono le Sezioni Unite, è opportuno soffermarsi
sull'*iter* argomentativo percorso dalle medesime;
taluni argomenti impiegati dalla Suprema Corte, in-
fatti, non appaiono del tutto condivisibili; tal'altri,
ancora, ad un'attenta analisi, rischiano di apparire
addirittura incoerenti rispetto al *dictum* finale della
sentenza, in cui si reputa legittima la concessione di
un uso esclusivo e perpetuo di «natura obbligatoria».

È perciò necessario vagliare tali argomenti.

4. Gli argomenti delle Sezioni Unite. Critica: l'art. 1102 c.c. come norma derogabile (suppletiva e dispositiva).

Il primo argomento impiegato dalle Sezioni Uni-
te si fonda su un asserito limite di derogabilità
dell'art. 1102 c.c. Al riguardo, la Suprema Corte re-
puta «essere dubbia la validità di un accordo interno
tra i comunisti che, in deroga all'art. 1102 c.c., as-
segna l'uso esclusivo, anche se di una parte del bene
comune, solo ad uno o più comunisti. Difatti, – si
sottolinea – l'art. 1102 c.c., pone in evidenza un
aspetto strutturale della comunione, il godimento,
aspetto che, secondo un'opinione ampiamente ac-
colta, non sarebbe suscettibile di subire modifica-
zioni, beninteso sostanziali»¹⁸.

Invero, l'assunto appare discutibile già con rife-
rimento all'istituto della comunione. E ancor più
sembra esserlo per il condominio.

Con riferimento alla disciplina della comunione,
infatti, l'art. 1102 c.c., a ben vedere, non pare as-
segnare alla regola del «farne parimenti uso» il rango
di norma *inderogabile* (o *cogente*) né peraltro sem-
bra segnare alcun limite alla sua possibile derogabi-
lità. Piuttosto, l'art. 1102 c.c., che è norma certa-

¹⁷ Come si vedrà *infra*, § 9 e § 10.

¹⁸ Cass. civ., sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, cit., 1205.



mente *derogabile* – come riconosciuto dalle stesse Sezioni Unite in altro luogo della sentenza¹⁹ – sembra appartenere alla tipologia delle norme *suppletive*, o comunque *dispositive*²⁰. Essa, cioè, pone l'uso paritario, promiscuo e simultaneo come *regula iuris*, in assenza di – o comunque salva – una diversa regolamentazione della comunione²¹, ovvero – per dirla con la formula usata dal legislatore in altro e familiare luogo – «se non risulta il contrario dal titolo» (art. 1117 c.c.).

In questo senso, infatti, deve interpretarsi il sintagma «secondo il loro diritto», contenuto nell'art. 1102 c.c., il quale, altrimenti, non avrebbe rilievo semantico né contenuto precettivo all'interno della disposizione; la quale, a quel punto, avrebbe ben potuto concludersi prima, senza necessità di ulteriori precisazioni.

Oltre all'argomento testuale, poi, è ravvisabile anche un altro argomento, al contempo teleologico e sistematico. La *ratio* e la collocazione della norma, infatti, lasciano desumere che l'utilità – e quindi la *funzione* – dell'art. 1102 c.c. sia quella di risolvere i possibili conflitti fra comunisti in relazione all'uso materiale che della cosa comune essi facciano, non già di delimitare l'autonomia privata dei medesimi circa la regolamentazione di tale uso. La disposizio-

¹⁹Cass. civ., sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, cit., 1206.

La derogabilità dell'art. 1102 c.c. è in realtà pacifica in giurisprudenza (cfr. Cass. civ., sez. II, 20 luglio 1971, n. 2369, in *CED Cassazione*; Cass. civ., sez. II, 29 gennaio 2018, n. 2114, in *Mass. giust. civ.* 2018; Cass. civ., sez. II, 4 dicembre 2013, n. 27233, in *Arch. loc.*, 2014, 2, 175 ss.); ciò che è discusso, piuttosto, è se la deroga possa essere stabilita a maggioranza o con il consenso di tutti i condomini. Sul punto, v. *amplius infra*, nel corso del presente paragrafo, spec. *sub* nota 26.

²⁰ Per la distinzione tra norme cogenti e norme relative (dispositive e suppletive), per tutti, v. N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, 89 ss.

²¹ Cfr. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale (Codici e norme complementari)*, VIII ed. ampl. e in parte rif. (rist. emend.), Vol. II, Parte I, Milano, 1952, 505, secondo il quale «con la volontà della maggioranza dei comproprietari può essere formato un regolamento della comunione ... (omissis). In via suppletiva, intervengono le norme di legge».

Nello stesso senso, cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XVI ed. agg. con rif. di dottr. e di giur., Napoli, 2013, 277, che osserva: «La disciplina della comunione è innanzi tutto quella della volontà delle parti. In mancanza si applicano le regole contenute agli artt. 1101 ss. che hanno dunque carattere dispositivo». È poi significativo che l'Autore, nel precisare che «talune di esse appaiono inderogabili, come quelle di cui agli artt. 1105 4 e 1109, che, prevedendo il ricorso all'autorità giudiziaria, non sono nella disponibilità dei privati (art. 24 Cost.) nonché quella di cui all'art. 1111 2 che fissa in dieci anni il limite massimo di durata del patto di non scioglimento della comunione», non annovera l'art. 1102 c.c. tra le norme inderogabili.

In dottrina, per la derogabilità dell'art. 1102 c.c., *inter alios*, v. C.M. BIANCA, *Diritto Civile. 6. La proprietà*, II ed., Milano, 2017, 330 ss.; G. GABRIELLI, *Regole condominiali e trascrizioni*, cit., 1 ss.

ne vuol porre una *regula iuris* laddove, per inerzia delle parti, essa manchi; non vuol precludere alle stesse parti – ponendo così un limite alla loro autonomia privata²² – l'adozione di una disciplina pattizia in deroga a quanto da essa disposto. La disposizione ha come destinatari i comunisti quali (*co*)*utenti* del bene, non quali *parti* del regolamento della comunione. Essa vuol disciplinare il loro agire, non il loro negoziare. Togliendo da altro luogo un'elegante dicotomia, è norma che incide non sul *posse* giuridico, ma sul *licere*²³.

Del resto, se l'art. 1102 c.c. ponesse davvero un limite all'autonomia privata, se cioè essa esprimesse una *norma imperativa* o condensasse un principio di *ordine pubblico*, non si vedrebbe per quale ragione quel limite dovrebbe reputarsi sussistente qualora le parti volessero valicarlo attraverso la creazione di un «diritto reale di uso esclusivo e perpetuo» e dovrebbe invece reputarsi insussistente se il loro intendimento fosse quello di scavalcarlo costituendo un diritto di uso esclusivo e perpetuo di «natura obbligatoria». Non si vedrebbe, cioè, come il giudizio di riprovazione espresso dall'ordinamento nei confronti di una disposizione negoziale che si assume essere lesiva di una norma imperativa, possa improvvisamente cambiare, mutandosi straordinariamente in un giudizio di approvazione, soltanto in ragione del fatto che l'effetto giuridico voluto dalle parti, in ogni caso difforme dal dettato dell'art. 1102 c.c., abbia natura meramente obbligatoria e non reale.

In realtà – come si vedrà meglio *infra* – se il vero problema è la natura reale del diritto di uso esclusivo e perpetuo *de quo*, allora, a rigore, l'unico limite all'autonomia privata astrattamente rinvenibile sarebbe non il disposto dell'art. 1102 c.c., che è norma certamente derogabile, ma il principio del *numerus clausus* e di tipicità dei diritti reali; altro argomento speso, in effetti, dalle Sezioni Unite, e sul quale si tornerà specificamente *infra*.

²² Invero, ogni indagine intorno all'autonomia privata è un'indagine circa l'individuazione dei suoi limiti; più precisamente, dell'individuazione dello spazio posto o – se si preferisce, lasciato vuoto – dall'eteronomia dello Stato. Al riguardo, come avverte M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Bologna 2006, 70, «il nesso tra le due sfere di competenza, privata e statale, si svolge secondo la dinamica del limite, sicché alla compressione dell'una corrisponde l'espansione dell'altra («nei limiti imposti dalla legge» chiarisce l'art. 1322, comma 1, c.c.)».

²³ Cfr. N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. impr.*, 1987, 541 ss.; A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, trad. it. a cura di A. Levi, II ed., Padova, 1951, *passim*, spec. 21.





Ora è invece opportuno concludere il discorso relativo all'art. 1102 c.c. con particolare riferimento al condominio.

Il ragionamento svolto sinora riguardo alla comunione in generale, infatti, appare ancor più valido se da quest'ultima si passi al condominio, dacché qui l'art. 1102 c.c., applicabile in virtù del richiamo operato dall'art. 1139 c.c., deve essere interpretato alla luce della particolare disciplina del condominio; disciplina che prevede, all'art. 1117 c.c., che il «titolo» possa derogare all'appartenenza stessa al condominio di alcune porzioni che altrimenti sarebbero *naturaliter* condominiali. Ebbene, se al *titolo* è consentito escludere dalla proprietà comune taluni beni, non può che essergli concesso di sottrarre i medesimi soltanto al comune godimento, e cioè alla norma dispositiva del «farne parimenti uso» portata dall'art. 1102 c.c. È il ragionamento *a fortiori* svolto da Cass. 16 ottobre 2017, n. 24301; ragionamento che, invero, sotto questo profilo, appare decisamente condivisibile.

Infine, è opportuno fermare una riflessione in merito al presunto limite di derogabilità dell'art. 1102 c.c. rinvenuto dalle Sezioni Unite, secondo le quali, pur ammettendosi la natura non inderogabile della disposizione *de qua*, all'autonomia privata non sarebbe in ogni caso consentita «l'introduzione di un divieto di utilizzazione generalizzato delle parti comuni»²⁴. A sostegno dell'assunto, le Sezioni Unite evocano gli unici due precedenti di legittimità sul punto²⁵. Tuttavia, se dall'esame delle massime si trascorre a quello delle sentenze, appare evidente che entrambi i precedenti citati riguardano delibere e regolamenti condominiali adottati a maggioranza²⁶. Il che lascia desumere, *a contrario*, un ulteriore argomento a sostegno dell'ammissibilità dell'uso esclusivo e perpetuo se stabilito nel *titolo* o in un regolamento di condominio *contrattuale* (o almeno in una delibera *unanime*).

La regola del «farne parimenti uso» è perciò derogabile *in toto*, seppur col consenso di tutti i condomini. Se pur essa segna un limite, non lo segna all'autonomia privata, ma all'autorità della maggioranza²⁷.

5. *Segue: le ipotesi di uso non paritario previste dalla legge come norme non eccezionali.*

Il ragionamento appare poi confermato da tutte quelle disposizioni, specificamente dettate in materia di condominio, che espressamente contemplano ipotesi di uso non paritario della *res* comune, e che espressamente definiscono quest'uso talvolta come *esclusivo*, talaltra come *individuale* (artt. 1126, 1122, 1122-*bis* c.c.).

Eppure, conformemente alle proprie premesse di partenza, le Sezioni Unite disconoscono questo argomento, qualificando le disposizioni in esame come *eccezionali*, dacché poste «in violazione della regola generale stabilita dal già richiamato art. 1102 c.c., nonché dei principi, di cui si parlerà più avanti, del *numerus clausus* e di tipicità dei diritti reali»²⁸. Secondo la Suprema Corte, le medesime disposizioni dovrebbero perciò reputarsi insuscettibili di applicazione analogica, ma soltanto, ove ne ricorrano i presupposti, di una cauta interpretazione estensiva (come nel caso, ad esempio, delle terrazze che fungano da copertura di un edificio, assimilabili *in parte qua* ai lastrici solari). Le disposizioni in esame, ad avviso delle Sezioni Unite, sarebbero quindi inidonee a convalidare l'assunto secondo cui compete all'autonomia privata un generale potere di stabilire usi esclusivi e perpetui in ambito condominiale.

Tuttavia, a queste considerazioni possono formularsi due ordini di rilievi.

Il primo attiene al rapporto tra le disposizioni in esame e l'art. 1102 c.c. Con riferimento a tale rapporto, non si vede come sia possibile che, nel derogare all'art. 1102 c.c., esse *violino* una norma o un principio generale, dacché, come si è dimostrato sopra e come riconosciuto dalle stesse Sezioni Unite, la disposizione incorpora una norma *derogabile*²⁹.

Il secondo, invece, attiene alla relazione tra le disposizioni in esame e i principi del *numerus clausus* e di tipicità dei diritti reali. Con riferimento a tale rapporto, le considerazioni svolte dalle Sezioni Unite coglierebbero in effetti nel segno se risultasse assodato che le modalità d'uso non paritario contemplate dagli artt. 1126, 1122 e 1122-*bis* configurino diritti reali atipici. Il che – come si vedrà *infra* – è probabilmente dato per scontato dalla sentenza; mentre invece è da dimostrare. Così come da dimostrare è che il diritto di uso esclusivo creato dalla prassi negoziale sul modello di quanto previsto ne-

²⁴ Cass. civ., sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, cit., 1206.

²⁵ Cass. civ., sez. II, 29 gennaio 2018, n. 2114, in *CED Cassazione*; Cass. civ., sez. II, 4 dicembre 2013, n. 27233, cit., 175 ss.

²⁶ Mentre invece, nel caso allo scrutinio delle Sezioni Unite, l'uso esclusivo e perpetuo era stato previsto nel titolo. Cfr. *supra*, § 1, *sub* nota 1.

²⁷ L'osservazione è debitrice della fine riflessione di R. CORONA, *Regolamento contrattuale di condominio*, cit., *passim*.

²⁸ Cass. civ., sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, cit., 1206.

²⁹ In senso analogo, cfr. G. PETRELLI, *Condominio negli edifici, «usi esclusivi» e «usi individuali»*, cit., 215 ss.

gli artt. 1126, 1122 e 1122-*bis* e di cui si discute, pur dotato di perpetuità, trasmissibilità e opponibilità, sia in effetti un diritto reale e segnatamente un diritto reale atipico³⁰. Infatti, anticipando quanto si vedrà *infra*, l'uso esclusivo e perpetuo *de quo* potrebbe risolversi anche semplicemente: *i*) in un altro diritto reale tipico, e segnatamente in una servitù; *ii*) in una diversa disciplina reale della comproprietà condominiale, vale a dire in una diversa regolamentazione – *recte* conformazione – interna di un diritto reale tipico (quale è, appunto, la comproprietà condominiale); ovvero *iii*) in una diversa disciplina obbligatoria della comproprietà condominiale, quindi in un effetto obbligatorio della regolamentazione condominiale, trasmissibile e opponibile ai terzi in uno con la regolamentazione condominiale medesima.

Ma prima di vagliare nel dettaglio le tre ipotesi appena enunciate, è necessario esaminare l'ultimo e principale argomento addotto dalle Sezioni Unite contro l'ammissibilità del «diritto reale di uso esclusivo e perpetuo», vale a dire quello relativo ai principi del *numerus clausus* e di tipicità dei diritti reali.

6. Segue: i principi del *numerus clausus* e di tipicità dei diritti reali.

L'argomento più forte speso dalle Sezioni Unite a sostegno delle proprie ragioni è quello secondo il quale il c.d. «diritto reale di uso esclusivo» di parti comuni dell'edificio in ambito condominiale violerebbe i principi del *numerus clausus* e di tipicità dei diritti reali. Come è noto, in ragione del primo, solo il legislatore, e non anche l'autonomia privata, può istituire figure di diritti reali; in forza del secondo, solo il legislatore, e non anche l'autonomia privata, può stabilirne il contenuto essenziale³¹.

³⁰ Come osserva G. PETRELLI, *Condominio negli edifici*, «usi esclusivi» e «usi individuali», cit., 215 ss., l'intera sentenza delle Sezioni Unite sembra muovere da un'erronea impostazione di fondo: quella di reputare l'uso esclusivo e perpetuo *de quo* necessariamente un'ipotesi di diritto reale atipico creato dall'autonomia privata, tralasciando ogni possibile altra ricostruzione del fenomeno. Peraltro, come rileva ancora lo stesso Autore, la qualificazione della fattispecie in esame come diritto reale atipico viene impropriamente ascritta alla criticata sentenza Cass. civ., sez. II, 16 ottobre 2017, n. 24301, cit., la quale, invero, in nessun luogo discorre della creazione di un diritto reale atipico, ragionando piuttosto di una possibile diversa ripartizione tra i condomini della facoltà di godimento della *res* comune.

³¹ Sui principi del *numerus clausus* e di tipicità dei diritti reali, cfr. *ex multis*, C.M. BIANCA, *Diritto Civile. 6. La proprietà*, II ed., Milano, 2017, 93 ss.; M. COMPARTI, *Diritti reali in generale*, II ed., in *Trattato di diritto civile e commerciale* (già diretto

In particolare, ad avviso della Suprema Corte, la creazione di una situazione giuridica soggettiva il cui contenuto consista nel godimento esclusivo in favore di un solo condomino di una parte comune dell'edificio, «privando gli altri condomini del relativo godimento, e cioè riservando ad essi un diritto di comproprietà svuotato del suo nucleo fondamentale, determinerebbe, invece, un radicale, strutturale snaturamento di tale diritto, non potendosi dubitare che il godimento sia un aspetto intrinseco della proprietà, come della comproprietà: salvo, naturalmente, che la separazione del godimento dalla proprietà non sia il frutto della creazione di un diritto reale di godimento normativamente previsto»³².

L'assunto, tuttavia, appare più suggestivo che fondato.

E di ciò può trarsi conferma scendendo più addentro nell'analisi dei principi del *numerus clausus* e di tipicità, soprattutto se si guarda al problema da quella prospettiva, autorevolmente sostenuta in dottrina, che tiene i due principi logicamente distinti, attenendo il primo «alla esclusività della fonte, e cioè all'ordinamento che limita l'autonomia del soggetto»³³, il secondo alla «determinazione del contenuto, cioè del «tipo» della situazione reale che il soggetto può presciegliere»³⁴. Così, se l'efficacia della suggestione si manifesta con riferimento al *numerus clausus*, i dubbi sulla fondatezza emergono in relazione alla tipicità.

Riguardo al principio del *numerus clausus*, l'assunto delle Sezioni Unite appare in effetti ineccepibile. È chiaro, infatti, che ogni creazione di un diritto reale ulteriore rispetto ai tipi previsti dal Codice è da considerarsi preclusa³⁵. Ragion per cui,

da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da Schlesinger), Milano, 2011, 217 ss.; A. FUSARO, *Il numero chiuso dei diritti reali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000 ss.; A. BURDESE, *Anco- ra sulla natura e tipicità dei diritti reali*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 226 ss.; A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, Padova, 1982, *passim*.

³² Cass. civ., sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, cit., 1207.

³³ M. COMPARTI, *Diritti reali in generale*, cit., 225.

³⁴ M. COMPARTI, *op. loc. ult. cit.*

³⁵ A meno che non si intenda aderire a quell'indirizzo dottrinale secondo cui *numerus clausus* e tipicità sarebbero ormai principi superati (cfr. F. MEZZANOTTE, *La conformazione negoziale delle situazioni di appartenenza. Numerus clausus autonomia privata e diritti sui beni*, Napoli, 2015, *passim*; ID., *L'uso esclusivo» e il «numerusclausus» dei diritti reali secondo le sezioni unite*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2021, 547 ss.; A. BELFIORE, *Interpretazione e dottrina nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979, *passim*); indirizzo, tuttavia, che, per quanto approfonditamente argomentato e seriamente sostenuto, non appare condivisibile *ex positivo iure*, come pure puntualmente ribadito dalle stesse Sezioni Unite (v. Cass. civ., sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, cit., 1208 ss.), che peraltro ricordano – correttamente – che in giurisprudenza i principi in esame sono fermi e pacifici.



non vi è dubbio che valutare la clausola che statuisca l'uso esclusivo e perpetuo del bene condominiale come disposizione volta a creare, in favore del condomino beneficiario, un diritto reale nuovo e *sui generis*, alieno rispetto a quelli disciplinati dall'ordinamento, significhi imputarle il peccato originale di violare il principio del *numerus clausus*, con conseguente nullità della medesima.

È però con riferimento al principio di tipicità che la posizione assunta dalle Sezioni Unite appare perdere di consistenza, dacché tale principio non preclude in assoluto ai privati di statuire una disciplina – *recte*, una regolamentazione – del tipo. Ciò che è precluso all'autonomia privata, infatti, è la posizione in essere di una regolamentazione del diritto reale da modificare il tipo nei suoi tratti fondamentali³⁶. L'esame dell'interprete deve perciò volgere all'individuazione, la quale non potrà che avvenire attraverso l'analisi del dato normativo e degli interessi ad esso sottesi, dei limiti oltre i quali la disciplina pattizia non può spingersi.

Alla luce di quanto rilevato finora, l'indagine sembra dunque snodarsi secondo tre direttrici.

Posto che i principi del *numerus clausus* e di tipicità vietano ai privati, rispettivamente, di creare (nuovi) diritti reali e di conformarne il loro contenuto essenziale in maniera difforme da quanto previsto dalla legge, salvo che questo effetto di conformazione «non sia il frutto della creazione di un diritto reale di godimento normativamente previsto»³⁷, o che comunque non sia l'ordinamento – esplicitamente³⁸ o implicitamente³⁹ – a consentire

all'autonomia privata tale conformazione, non resta che indagare: *i)* se l'uso esclusivo *de quo* non sia sussumibile all'interno di una delle fattispecie di diritti reali stabilite dall'ordinamento (segnatamente, se possa qualificarsi come servitù); in tal caso, la proprietà condominiale verrebbe *conformata*, per così dire, dall'*esterno*, attraverso l'interazione con un altro diritto reale tipico; ovvero *ii)* se l'autonomia privata possa incidere sul contenuto reale del diritto del comproprietario – segnatamente del condomino – derogando all'art. 1102 c.c.; in tal caso, la proprietà condominiale verrebbe *conformata*, per così dire, dall'*interno*, attraverso una diversa distribuzione tra i condomini delle facoltà di godimento che *nel complesso* spettano al condominio; ovvero, infine *iii)* se esista la possibilità di collocare la qualificazione di tale uso, pur lasciandogli i connotati della perpetuità, trasmissibilità e opponibilità ai terzi – assai cari alle esigenze delle parti per come emergenti dalla prassi negoziale – al di fuori dei diritti reali e segnatamente tra i *diritti di credito*, magari tra i *diritti personali di godimento*; in tal caso, la proprietà condominiale non verrebbe conformata, ma soltanto *regolamentata*, attraverso la nascita, a carico di tutti i condomini, di un'obbligazione di lasciar godere in via esclusiva il bene condominiale al condomino beneficiario.

Ciascuna di queste tre ricostruzioni sarà oggetto di analisi nei paragrafi seguenti.

7. La possibile qualificazione del diritto di uso esclusivo e perpetuo come servitù prediale. Ipotesi di conformazione esterna della proprietà condominiale. Natura reale del diritto in oggetto.

La prima ipotesi ricostruttiva è creduta valida da tutti quegli interpreti che affermano la possibilità che le clausole che prevedono il diritto di uso esclusivo e perpetuo in favore di un solo condomino siano «inquadabili nello schema della servitù: a favore dell'unità immobiliare in proprietà esclusiva cui tale uso è attribuito e a carico del bene condominiale (lastrico solare, terrazza di copertura, cortile o giardino) che ne è gravato»⁴⁰.

In tema, *ex multis*, v. M. CORONA, *L'uso esclusivo di beni condominiali e le sez. un. della corte di cassazione*, cit., 457 ss.; E. DEL PRATO, *Uso esclusivo permanente in favore di un condomino e tipicità dei diritti reali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 2021, 431, che efficacemente osserva: «Il confine estremo del contenuto dei diritti reali di godimento coincide con quello delle servitù prediali».

⁴⁰ In tal senso, v. M. CORONA, *Le Sezioni Unite e l'uso esclusivo di beni condominiali*, cit., 81; ID., *L'uso esclusivo di beni*

³⁶Cfr. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale (Codici e norme complementari)*, VIII ed. ampliata e in parte rifatta (rist. emend.), Vol. II, Parte I, Milano, 1952, 417, secondo il quale i diritti reali sono tipici nel senso che «la loro disciplina giuridica non può essere modificata dalla volontà del costituente, almeno nei suoi tratti fondamentali e, sopra tutto, nel senso che il proprietario della cosa, a carico della quale nasce il diritto reale, non può restarne aggravato più di quanto esso sia già, in virtù della legge».

³⁷ Cass., sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, cit., 1207.

³⁸ Spesso, è lo stesso dato normativo ad autorizzare espressamente le parti a convenire la disciplina del contenuto del diritto reale, anche in deroga a quanto previsto dalla legge. Si pensi, ad esempio, all'art. 979 c.c., ove alle parti è riconosciuta la facoltà di stabilire la durata dell'usufrutto; ovvero l'art. 980 c.c., ove alle medesime è consentito derogare alla regola della libera cedibilità dell'usufrutto; ovvero, ancora, all'art. 957 c.c., che permette alle parti di disporre l'intera regolamentazione dell'enfiteusi in deroga alle norme di legge, con la sola eccezione delle norme, espressamente qualificate come inderogabili, indicate nel c. 2 del medesimo articolo.

In tema, cfr. M. COMPORI, *Diritti reali in generale*, cit., 172 ss., spec. 174.

³⁹ Altre volte, la possibilità che il contenuto del diritto reale sia stabilito dall'autonomia privata è evincibile dal sistema. Emblematico, in tal senso, è il caso delle servitù.



Qui l'autonomia privata svolge un'opera che potrebbe dirsi di *conformazione esterna* della proprietà condominiale; il che avviene attraverso l'apposizione su di essa di un altro diritto reale tipico, la *servitù*. Sul bene condominiale viene infatti posto un *peso*, consistente nell'uso esclusivo e perpetuo di esso in favore di una delle proprietà che compongono il condominio.

Le ricadute disciplinari di questa opzione sono facilmente intuibili. Qui il diritto di uso esclusivo e perpetuo sarebbe ovviamente un diritto reale, *sub specie di servitù*, con tutte le relative conseguenze in termini di tutele giudiziali di natura reale, e soprattutto in termini di perpetuità, trasmissibilità e opponibilità ai terzi. Il regolamento di condominio contenente la relativa clausola avrebbe natura certamente contrattuale e sarebbe soggetto a forma scritta *ad substantiam* (art. 1350 c.c.). Inoltre, se perfezionato in forma autentica o pubblica (art. 2657 c.c.) sarebbe anche soggetto a trascrizione nei pubblici registri immobiliari (art. 2643 c.c.); trascrizione in ragione della quale diverrebbe opponibile ai terzi (art. 2644 c.c.).

Tuttavia, questa ricostruzione è espressamente cassata dalle Sezioni Unite: contro di essa militerebbe non tanto il principio secondo cui *nemini res sua servit* – essendo comunque rinvenibile un rapporto intersoggettivo in ragione del concorso di altri titolari sul bene comune – quanto l'altro principio, più volte ribadito in giurisprudenza⁴¹, secondo il quale la servitù per sua natura «non può mai tradursi in un diritto di godimento generale del fondo servente, il che determinerebbe lo svuotamento della proprietà di esso, ancora una volta, nel suo nucleo fondamentale». A tal proposito, la sentenza precisa che «la costituzione della servitù, concretandosi in un rapporto di assoggettamento tra due fondi, importa una restrizione delle facoltà di godimento del fondo servente, ma tale restrizione, se pur commisurata al contenuto ed al tipo della servitù, non può, tuttavia, risolversi nella totale elisione delle facoltà di godimento del fondo servente»⁴².

Il rilievo formulato dalle Sezioni Unite, però, pur condivisibile in astratto, non sembra trovare riscontro in concreto, almeno con riferimento alle più frequenti fattispecie emergenti dalla prassi, ove invece l'uso esclusivo e perpetuo grava su quei beni condominiali dotati di *funzionalità plurima* (lastrici solari, terrazze di copertura, cortili, giardini), i quali,

condominiali e le sez. un. della corte di cassazione, cit., 457 ss.; E. DEL PRATO, *Uso esclusivo permanente in favore di un condomino e tipicità dei diritti reali*, cit., 427.

⁴¹ Cass. civ., 31 maggio 1950, n. 1343, in *Foro it.*, 1950, 1, c. 813; Cass. civ., 22 aprile 1966, n. 1037, in *Mass. giur. it.*, 1966.

⁴² Cass. civ., sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, cit., 1208.

pur gravati dalla servitù, continuano, per loro natura, ad offrire alla generalità dei condomini ulteriori e distinte utilità: strutturali, funzionali, estetiche; utilità che invero appaiono idonee a disinnescare il rischio, paventato dalla Suprema Corte, che la proprietà degli altri condomini rimanga priva di ogni utilità restando così – per usare le parole della medesima Corte – «un vuoto simulacro»⁴³.

8. La possibile qualificazione come diversa ripartizione, all'interno dell'intera proprietà condominiale, della facoltà di godimento. Ipotesi di conformazione interna. Natura reale del diritto in oggetto.

Il secondo itinerario astrattamente percorribile è quello di qualificare l'uso esclusivo e perpetuo in esame quale effetto di una diversa ripartizione interna della facoltà di godimento, spettante nel complesso alla generalità dei condomini, del bene comune. È la strada percorsa, in buona sostanza, da Cass. 16 ottobre 2017, n. 24301.

Qui l'autonomia privata spiega un'azione che potrebbe definirsi di *conformazione interna* della proprietà condominiale, attraverso la posizione in essere di una regolamentazione volta a disciplinare – si badi, senza diminuirlo, intaccarlo o menomarlo – il *contenuto* della comproprietà (condominiale) nel suo insieme; regolamentazione operante, nello specifico, sulla ripartizione interna tra i condomini della facoltà di godimento della *res* comune.

Anche questa ricostruzione – lo si è visto – è sconfessata dalle Sezioni Unite. Una simile regolamentazione, conformativa sul piano reale del diritto di comproprietà di ciascun condominio, violerebbe, secondo la Suprema Corte, sia il disposto dell'art. 1102 c.c. che i principi del *numerus clausus* e di tipicità dei diritti reali.

Tuttavia, anche contro queste conclusioni possono formularsi profondi rilievi; rilievi le cui premesse sono state già illustrate nei paragrafi precedenti.

In primo luogo, l'art. 1102 c.c. è norma *derogabile*, come si è visto *supra*⁴⁴. Ragion per cui, non può logicamente predicarsene la *violazione*, la quale invece è predicato logicamente possibile delle sole *norme imperative*.

⁴³ Il rilievo è efficacemente svolto da M. CORONA, *Le Sezioni Unite e l'uso esclusivo di beni condominiali*, cit., 77 ss.; ID., *L'uso esclusivo di beni condominiali e le sez. un. della corte di cassazione*, cit., 457 ss.; G. PETRELLI, *Condominio negli edifici, «usi esclusivi» e «usi individuali»*, cit., 215 ss.

⁴⁴ Cfr. *supra*, § 4.





In secondo luogo, il principio del *numerus clausus* è certamente salvaguardato, poiché nessun nuovo diritto reale viene alla luce. La clausola del titolo o del regolamento che preveda l'uso esclusivo e perpetuo di un bene condominiale in favore di un condomino non comporta la nascita di una nuova situazione giuridica soggettiva in capo al condomino stesso – il che invece avverrebbe, ad esempio, se il beneficiario della disposizione fosse un terzo estraneo al condominio – ma comporta soltanto una “concentrazione” in capo al condomino beneficiario della medesima facoltà di godimento della *res* di cui egli è già titolare in ragione del suo diritto dominicale su di essa⁴⁵. Non nasce alcun nuovo diritto reale, che rimane essere la (com)proprietà condominiale nel suo insieme; sebbene ne resti mutata – rispetto alla regola di *default* posta dall'art. 1102 c.c. – la disciplina interna relativa al godimento della *res* tra i condomini.

In terzo luogo, anche il principio di tipicità è preservato, dacché la facoltà di godimento, che certamente rappresenta una delle facoltà fondamentali della proprietà (e così della comproprietà), non è modificata nei suoi tratti essenziali. Non è, infatti, soppressa né rinunziata – e quindi la proprietà nel suo insieme non è snaturata – ma è soltanto *concentrata* su alcuni condomini rispetto ad altri; è *distribuita* in maniera non proporzionale; è *esercitata*⁴⁶, cioè, in maniera diversa rispetto alla regola di *default* stabilita dall'art. 1102 c.c.

Ma sul principio di tipicità è opportuno fermare qualche ulteriore riflessione, essendo, peraltro, l'argomento più robusto addotto dalle Sezioni Unite contro l'ammissibilità dell'uso esclusivo e perpetuo in ambito condominiale.

Invero, il principio di tipicità – come si è visto *supra*⁴⁷ – non vieta *tout court* all'autonomia privata di disciplinare il contenuto di un diritto reale; vieta all'autonomia privata di modificarne i tratti essenziali. Occorre perciò chiedersi se – come sostengono le Sezioni Unite – il materiale godimento del bene condominiale da parte di ciascun condomino sia o meno un tratto essenziale della *comproprietà*, e segnatamente di quella particolare specie di *comproprietà* che è il *condominio*.

Alla domanda deve darsi risposta negativa, militando in tal senso argomenti di ordine testuale e logico.

Gli argomenti di ordine testuale sono due. Entrambi evidenziano come, nella materia *de qua*, sia l'ordinamento stesso ad autorizzare l'autonomia privata – e dunque il titolo o il regolamento di condominio contrattuale⁴⁸ – a dettare la disciplina della comproprietà e del condominio. Il principio di tipicità è dunque pienamente rispettato, dacché qui è la legge stessa a riservare *expressis verbis* all'autonomia privata uno spazio da occupare.

Il primo argomento testuale è evincibile dall'art. 1100 c.c., ai sensi del quale la disciplina della comunione è quella degli artt. 1101 ss. c.c. soltanto se il titolo o la legge non dispongano diversamente. Come è evidente, qui è la legge stessa che, sancendone la derogabilità, assegna natura non essenziale ai tratti tipici della comproprietà previsti negli artt. 1101 e ss. c.c.

Il secondo è dato dall'art. 1138 c.c., che prevede espressamente la possibilità, per il regolamento di condominio, di dettare le «norme circa l'uso delle cose comuni». Come si è visto *supra*⁴⁹, il fatto che nell'ipotesi di uso esclusivo e perpetuo queste norme siano di una intensità tale da incidere sulle facoltà dominicali dei condomini non cambia la loro natura di «norme circa l'uso delle cose comuni»; non incide cioè sulla loro sostanza, che resta immutata; influisce, piuttosto, da un lato sulla legittimazione ad adottarle e a modificarle, che non sarà dell'assemblea a maggioranza, ma spetterà all'insieme dei condomini *uti singuli* e, dall'altro, sulla loro opponibilità ai terzi, che non sarà quella tipica del regolamento di condominio assembleare ma quella – invero assai più problematica – del regolamento di condominio contrattuale⁵⁰.

L'argomento logico, invece, è il seguente: se il materiale godimento della *res* fosse davvero un elemento indefettibile del diritto di comproprietà spettante al singolo condomino, allora non dovrebbe

⁴⁸ L'idea secondo cui soltanto il titolo e il regolamento contrattuale sarebbero atti di *autonomia* privata mentre il regolamento assembleare, promanando dalla volontà della maggioranza, resterebbe un atto di *eteronomia*, eccezionalmente consentito dall'ordinamento per finalità di interesse generale (pubblico o privato), è finemente sviluppata da R. CORONA, *Regolamento contrattuale di condominio*, cit., *passim*; ID., *I regolamenti di condominio*, cit., 4 ss. e 192 ss.; ID., voce *Regolamento di condominio*, cit., 984 ss.

In senso analogo, cfr. E. DEL PRATO, *I regolamenti privati*, cit., 5 ss.

⁴⁹ Cfr. *supra*, § 1, spec. *sub* nota 4.

⁵⁰ Per un'interessante rassegna delle questioni circa il regime di opponibilità ai terzi del regolamento di condominio contrattuale, v. G. GABRIELLI, *Regole condominiali e trascrizione*, cit., 1 ss.

⁴⁵ Come osserva G. BRANCA, *Comunione. Condominio negli edifici*, in *Comm. Cod. Civ. Scialoja-Branca, Libro terzo: Proprietà art. 1100-1139*, VI ed., Bologna-Roma, 1982, 505: «un partecipante può avere *jure communionis* facoltà assai più ampie di un altro o di altri».

⁴⁶ Sulla distinzione tra momento strutturale e momento di esercizio del diritto reale, v. le approfondite riflessioni di M. COMPARTI, *Diritti reali in generale*, cit., 172 ss.

⁴⁷ Cfr. *supra*, § 6.

bero ammettersi neppure le ipotesi del c.d. «uso turnario» e del c.d. «uso frazionato», pacificamente ammesse, invece, dalla giurisprudenza della Cassazione⁵¹ e in particolare dalla stessa sentenza delle Sezioni Unite *de qua*⁵².

Nel primo caso, infatti, per il singolo comproprietario la facoltà di godimento è *inesistente* per tutto il lasso di tempo – *recte*, per tutto il turno – in cui godimento spetta agli altri comproprietari; ma l'inesistenza, anche solo temporanea, della facoltà di godimento è incompatibile con l'assunto che essa sia una facoltà indefettibile del diritto del comproprietario.

Nel secondo caso, poi, la facoltà di godimento è sicuramente concentrata in favore di un solo condomino, con il solo limite che la cosa comune non venga «alterata o addirittura sottratta *definitivamente*⁵³ alla possibilità di godimento collettivo nei termini funzionali *originariamente praticati*⁵⁴»; vale a dire con il solo limite che la cosa non subisca un processo di alterazione, trasformazione o appropriazione tale da impedire che *in futuro* – quindi, evidentemente, a seguito di una modifica del regolamento condominiale o comunque di un nuovo accordo tra i condomini – essa possa tornare ad essere oggetto del godimento comune *originariamente praticato*. Il che avviene identicamente nell'uso

⁵¹Cass. civ., sez. II (ord.), 11 settembre 2020, n. 18929, in *Studium juris*, 2021, 4, 505 ss.; Cass. civ., sez. II, 14 luglio 2015, n. 14694, in *Imm. e propr.*, 2015, 10, 594 ss.; Cass. civ., sez. II, 11 aprile 2006, n. 8429, in *CED Cassazione*.

⁵²Cass. civ., sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, cit., 1206.

⁵³Corsivo nostro.

⁵⁴Corsivo nostro.

⁵⁵Così, testualmente, *ex multis*, Cass. civ., sez. II (ord.), 11 settembre 2020, n. 18929, cit., 505 ss.

Nello stesso senso, cfr. Cass. civ., sez. II, 14 luglio 2015, n. 14694, cit., 594 ss.; Cass. civ., sez. II, 11 aprile 2006, n. 8429, cit.

Dunque, dall'analisi dei precedenti giurisprudenziali citati emerge che il vero *discrimen* tra un diritto di uso esclusivo compatibile col sistema e perciò ammissibile («uso frazionato») e un diritto di uso esclusivo incompatibile col sistema e perciò inammissibile («uso esclusivo» in senso stretto) non è – come invece sostengono le Sezioni Unite (cfr. Cass. civ., sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28972, cit., 1206.) – che il primo comprende necessariamente tutti i condomini, pur essendo anch'esso improntato all'esclusività del godimento di ciascuno spazio, mentre il secondo privilegia soltanto alcuni di essi. Il *discrimen* è invece la possibilità di ritornare in futuro al «parimenti uso».

Orbene, una volta accettata l'idea esposta nel testo, secondo cui anche nell'uso esclusivo (in senso stretto) il condomino non può spingersi fino all'appropriazione, trasformazione o alterazione definitiva della cosa comune, ecco come la distinzione tra le due ipotesi, tanto rimarcata dalle Sezioni Unite a sostegno del proprio ragionamento, svanisce del tutto, le locuzioni «uso esclusivo» e «uso frazionato» andando ad indicare, in buona sostanza, lo stesso identico – ammissibile – fenomeno.

In senso analogo, v. E. DEL PRATO, *Uso esclusivo permanente in favore di un condomino e tipicità dei diritti reali*, cit., 431.

esclusivo, non potendo dubitarsi che anche il titolare di quest'ultimo non possa spingersi nel proprio godimento fino ad alterare o a trasformare la *res*, ovvero ad appropriarsene *uti dominus*.

La verità è che le formule «uso esclusivo», «uso individuale», «uso ripartito» e «uso frazionato» (evincibili dal dato normativo le prime tre, l'ultima dalla giurisprudenza) designano, in buona sostanza, lo stesso – ammissibile – fenomeno⁵⁶.

Concludendo, secondo questa ricostruzione, l'uso esclusivo e perpetuo del bene condominiale non è che una manifestazione, in favore del condomino beneficiario, della propria facoltà di godimento insita nel suo diritto reale di proprietà sulla *res comune*, ovviamente, come *conformata* dal titolo o dal regolamento di condominio («secondo il suo diritto», potrebbe dirsi ritornando al testo dell'art. 1102 c.c.).

Quanto alle ricadute disciplinari di questa ipotesi ricostruttiva, in primo luogo può osservarsi che, andando a disciplinare il contenuto di un diritto reale (nella specie, la proprietà condominiale), il titolo e il regolamento di condominio contrattuale contenenti la clausola *de qua* sono certamente soggetti a forma scritta *ad substantiam* (art. 1350 c.c.).

Più problematici rimangono invece i profili della trasmissibilità e dell'opponibilità ai terzi. Non integrando una servitù, ma una mera ipotesi di regolamentazione – seppur conformativa – della proprietà condominiale, sembra mancare un appiglio normativo che consenta la trascrizione del regolamento, non essendo, l'ipotesi in esame, testualmente riconducibile a nessuna delle fattispecie previste dall'art. 2643 c.c.

A mio avviso, una possibile soluzione al problema potrebbe essere l'interpretazione estensiva dell'art. 2643, n. 3), c.c., disposizione che prevede la trascrizione dei «contratti che costituiscono la comunione». La disposizione potrebbe essere letta – analogamente a quanto previsto, ad esempio, nei numeri 2) e 4) dell'art. 2643 c.c. – nel senso che la trascrizione possa effettuarsi anche per i contratti che «modificano», e così anche per quelli che «regolano», la comunione, quali sono appunto i regolamenti condominiali contrattuali⁵⁷. Interpretare in

⁵⁶Nello stesso senso, E. DEL PRATO, *Uso esclusivo permanente in favore di un condomino e tipicità dei diritti reali*, cit., 430, che a tal proposito osserva: «Il godimento frazionato, allorché renda esclusivo e permanente l'uso di una porzione della cosa comune, pone la questione decisa dalla pronuncia delle sez. un.».

⁵⁷Come rileva G. GABRIELLI, *Regole condominiali e trascrizione*, cit., 1 ss., la ragione per la quale la *modificazione* della (com)proprietà non è stata espressamente prevista dal legislatore riposa sull'idea «antica, ed ormai superata dall'evoluzione dell'ordinamento, secondo cui una modificazione del contenuto



questo modo l'art. 2643, n. 3), c.c., consentirebbe di risolvere *in primis* il problema teorico dell'ammissibilità e degli effetti della trascrizione – di per sé, quindi non solo e non in quanto esso disponga delle servitù – del regolamento di condominio. Permetterebbe, poi, di risolvere l'altro problema teorico, da sempre avvertito dagli interpreti, relativo alla – a questo punto solo apparente – superfluità dell'art. 2643, n. 3), c.c.⁵⁸

In ogni caso, resterebbero le difficoltà pratiche già evidenziate a proposito della trascrizione del regolamento di condominio contrattuale contenente delle servitù; ragion per cui, la soluzione operativa più prudente e sicura resta quella di richiamare e far accettare espressamente all'acquirente il regolamento di condominio in ogni successivo atto di acquisto.

9. La possibile qualificazione come mero effetto obbligatorio della regolamentazione condominiale. Ipotesi di mera regolamentazione. Natura personale del diritto in oggetto.

della proprietà può discendere soltanto dalla costituzione di un diritto reale in capo ad altri; onde la pubblicità prevista per quest'ultima soddisfa di per sé l'esigenza di rendere conoscibile anche la prima».

Invero, che l'idea *de qua* fosse già discutibile all'epoca della entrata in vigore del codice, è dimostrato dalla *querelle* circa la possibilità o meno di trascrivere il patto di indivisione (a favore è G. BRANCA, *Comunione. Condominio negli edifici*, in *Comm. Cod. Civ. Scialoja-Branca, Libro terzo: Proprietà art. 1100-1139*, VI ed., cit., 281; contro è A. FEDELE, *La comunione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, Milano 1967, p. 341 ss.).

La verità è che l'esigenza di regolamentare il concorso di più soggetti sul medesimo bene è la medesima, sia che vi si concorra per diritti diversi (come nel caso dell'usufruttuario e del nudo proprietario) sia che vi si concorra – anzi, *a fortiori* se vi si concorra – nel medesimo diritto (come nel caso dei comproprietari). È per questo che la legge pone lo strumento del *regolamento* (della comunione e del condominio); sebbene, per ragioni dogmatiche e vicende storiche (efficacemente ripercorse da G. GABRIELLI, *Regole condominiali e trascrizione*, cit., 1 ss.), abbia trascurato di prevederne espressamente la pubblicità.

⁵⁸ Come è noto, la disposizione di cui all'art. 2643, n. 3), c.c. è diffusamente e autorevolmente considerata superflua e inutile. Le ragioni muovono dalla constatazione che, in effetti, ogni comunione origina sempre da un atto di alienazione (di una o più quote di un diritto reale) e che quindi ogni contratto costitutivo di una comunione è sempre trascrivibile già ai sensi dell'art. 2643, n. 1), c.c.

In tal senso, v. R. TRIOLA, *La trascrizione*, in *Trattato di diritto privato* (diretto da Mario Bessone), II ed., Torino, 2004, 68; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare. Art. 2643-2645bis*, I, in *Comm. Schlesinger*, II ed., Milano, 1998, 216.

L'ultima strada percorribile è quella di riconoscere alla clausola che preveda l'uso esclusivo e perpetuo *de quo* mera efficacia obbligatoria.

Qui l'autonomia privata si limita a compiere un'opera di mera *regolamentazione* dei rapporti tra condomini in relazione all'«uso delle cose comuni»; questa volta, però, non incidendo sul contenuto della proprietà condominiale, ma obbligando⁵⁹ i condomini a far godere il bene condominiale in esclusiva al condomino beneficiario, la cui situazione giuridica soggettiva appare perciò inquadrabile – o quanto meno assimilabile – a quella del *diritto personale di godimento*. Ragion per cui, il regolamento che intenda conseguire un simile effetto dovrà comunque essere adottato con il consenso di tutti i condomini (arg. *ex art.* 1108, c. 3, c.c., data l'evidente analogia, quanto agli effetti, alla concessione di una locazione ultranovennale).

Dal punto di vista pratico, la soluzione presenta due importanti pregi.

Essa, infatti, appare idonea, da un lato, a soddisfare le esigenze manifestate dalla prassi negoziale; dall'altro, a “ricucire” lo strappo giurisprudenziale creatosi a seguito della più volte citata sentenza delle Sezioni Unite, le quali sembrano ammettere la concessione di un uso esclusivo e perpetuo «di natura obbligatoria».

Invero, le esigenze della prassi appaiono soddisfatte, dacché una simile soluzione è in grado di regolamentare la proprietà comune in modo che l'uso in capo al condomino beneficiario sia: *i) esclusivo*, poiché i condomini sono obbligati a far godere il bene condominiale in via esclusiva al condomino beneficiario; *ii) perpetuo*, poiché una modifica del regolamento di condominio – o comunque del titolo – volta a sopprimerlo, non potrà esser effettuata senza il consenso dell'interessato (arg. *ex art.* 1138, c. 4, c.c., ai sensi del quale «le norme del regolamento non possono in alcun modo menomare i diritti di ciascun condomino, quali risultano dagli stessi atti di acquisto e dalle convenzioni»); *iii) trasmissibile* ai successivi aventi causa dal condomino beneficiario e per converso *opponibile* ai terzi, in uno con la regolamentazione condominiale (arg. *ex art.* 1107, c. 2, c.c.), trattandosi, quella di lasciar godere il bene in via esclusiva al condomino beneficiario, di una obbligazione *propter rem*⁶⁰.

⁵⁹ Sugli effetti meramente obbligatori dell'accordo volto a derogare la regola del «parimenti uso» posta dall'art. 1102 c.c., v. G. BRANCA, *Comunione. Condominio negli edifici*, in *Comm. Cod. Civ. Scialoja-Branca, Libro terzo: Proprietà art. 1100-1139, Libro terzo: Proprietà art. 1100-1139*, VI ed., cit., 81 ss.

⁶⁰ Come è noto, la tesi che assegna natura di obbligazioni *propter rem* alle obbligazioni poste dal regolamento condominiale – in particolare quando limitino, sul piano obbligatorio, le preo-



Contro questa ricostruzione – in particolare con riferimento al profilo dell’opponibilità – potrebbe obiettarsi che il regime posto dall’art. 1107, c. 2, c.c. è di regola invocabile soltanto per il regolamento di condominio assembleare e non anche per quello contrattuale. Tuttavia, al rilievo potrebbe replicarsi che, in realtà, l’impossibilità di invocare l’art. 1107, c. 2, c.c. deriva dalla natura degli effetti della regolamentazione condominiale, non dal fatto che essa promani del consenso di tutti i condomini o soltanto della maggioranza di essi. In altri termini, l’art. 1102, c. 2, c.c., non è applicabile ogni qual volta il regolamento conformi la comproprietà condominiale sul piano reale, non anche quando la disciplini sul piano meramente obbligatorio; più precisamente, è inapplicabile quando le «norme circa l’uso delle cose comuni» in esso contenute abbiano un’intensità tale da incidere sulla conformazione reale della comproprietà condominiale⁶¹, restando applicabile allorché esse rimangano nell’alveo della mera efficacia obbligatoria. E quindi a prescindere dalla circostanza che qui il regolamento di condominio, pur non avendo efficacia reale ma soltanto obbligatoria, necessiti, andando a creare un diritto (personale di godimento) di uso esclusivo e perpetuo, del consenso di tutti i condomini⁶².

Tuttavia, qualora non si intenda riconoscere alla disciplina regolamentare in esame il regime di opponibilità posto dall’art. 1107, c. 2, c.c., potrebbe

gative dominicali del condomino – è diffusa in giurisprudenza (v. Cass. civ., sez. II, 5 settembre 2000, n. 11684, in *Vita not.*, 2001, 2001 ss.) e autorevolmente sostenuta in dottrina (v. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 276, il quale osserva: «Per frazionare il godimento occorre il consenso unanime ... (omissis), che si configura come rinuncia di ciascuno al godimento della parte assegnata agli altri e quindi come obbligo (*propter rem*) di non impedire tale godimento»).

Per una rassegna dei problemi teorici suscitati dalla categoria delle obbligazioni *propter rem* e per una rilettura di essa volta a negarle autonomia concettuale e a risolverla nel più generale problema – del quale si è cercato di avvertire il lettore lungo tutto l’itinerario d’indagine – della «regolamentazione secondo autonomia delle singole situazioni reali» v. M. COMPORI, *Diritti reali in generale*, cit., 235 ss., spec. 241, ove l’Autore, suggestivamente, così conclude: «Seguendo questo nuovo orientamento, se le obbligazioni *propter rem* vanno a perdere ogni autonoma considerazione in quanto inerenti al contenuto complesso della situazione reale, la questione del numero chiuso e della tipicità delle obbligazioni reali diventa in realtà una questione di ammissibilità della regolamentazione secondo autonomia delle singole situazioni reali».

⁶¹ Come avviene invece in quelle ipotesi che ho definito di *conformazione esterna* e di *conformazione interna*, illustrate *supra*, sub § 7 e § 8.

⁶² Sul tema della distinzione della disciplina applicabile al regolamento di condominio non in base alla fonte da cui promana ma in base al contenuto delle norme che esso pone, cfr. M. CORONA, *Il Notaio e il condominio: la giustizia preventiva nelle vicende condominiali*, cit., 1 ss.

pure indagarsi la possibilità di procedere alla trascrizione. A tal riguardo, a mio avviso, potrebbe invocarsi l’applicazione del combinato disposto degli artt. 2645 e 2643, n.ri 8) e 10), c.c. Dalla lettura di queste norme emerge infatti che può – *rectius*, deve – essere trascritto ogni atto che abbia l’effetto di attribuire un diritto personale di godimento di durata ultranovennale o indeterminata; il che è ciò che esattamente avviene con il regolamento di condominio che attribuisca a un condomino un uso esclusivo e perpetuo di natura obbligatoria. Certo, anche qui resterebbero le difficoltà pratiche già evidenziate a proposito della trascrizione del regolamento contrattuale contenente delle servitù. Pure qui, allora, la soluzione operativa più prudente e sicura per garantire l’opponibilità del diritto *de quo* parrebbe restare quella di richiamare e far accettare espressamente all’avente causa il regolamento di condominio in ogni atto di acquisto.

Non resta che valutare le ricadute disciplinari della soluzione ipotizzata in questo paragrafo.

Il diritto di uso esclusivo e perpetuo, avendo qui natura meramente obbligatoria, non consentirà al condomino beneficiario di esperire azioni reali a difesa del suo diritto (se non nei limiti in cui esse vengono eccezionalmente riconosciute in favore del titolare di un diritto personale di godimento⁶³). Il regolamento condominiale che lo introduca dovrà essere adottato all’unanimità⁶⁴; quello che intenda sopprimerlo potrà essere adottato anche a maggioranza, purché con il consenso del condomino beneficiario. Sarà ovviamente soggetto a forma scritta (ma arg. *ex art.* 1138 c.c., non *ex art.* 1350 c.c.). Non sarà invece necessaria la forma pubblica o autentica, non essendo necessaria, ai fini dell’opponibilità ai terzi, la trascrizione nei pubblici registri immobiliari, salvo che non si ritenga di dover procedere a trascrizione ai sensi del combinato disposto degli artt. 2645 e 2643, n. 8) e n. 10), c.c., come sopra ipotizzato.

10. Conclusioni.

In conclusione, dal punto di vista teorico, tutte e tre le soluzioni esaminate risultano legittime. L’analisi a proposito della derogabilità degli artt. 1100 e ss. c.c., in particolare dell’art. 1102 c.c.; l’indagine circa il reale contenuto precettivo del principio di tipicità dei diritti reali; la riflessione intorno alla natura degli effetti obbligatori prodotti dalla regolamentazione condominiale; sono tutti

⁶³ Cfr. M. COMPORI, *Diritti reali in generale*, cit., 83 ss.

⁶⁴ V. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 276.



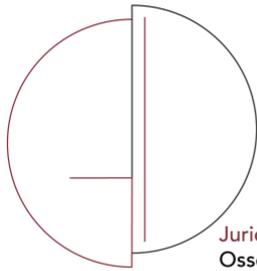
elementi che consentono di ritenere l'uso esclusivo e perpetuo in ambito condominiale risultato certamente conseguibile dall'autonomia privata; e ciò anche oltre le ipotesi espressamente previste dagli artt. 1126, 1122 e 1122-*bis* c.c.

Dal punto di vista pratico, stante l'ultima giurisprudenza delle Sezioni Unite, l'ultima soluzione appare quella maggiormente prudente. In fin dei conti, essa soddisfa sufficientemente tutte le esigenze che la prassi negoziale manifesta quando reclama il c.d. "diritto di uso esclusivo e perpetuo" in ambito condominiale.

Peraltro, proprio per questa ragione, non sembrano esservi dubbi sull'applicabilità del meccanismo della conversione di cui all'art. 1424 c.c. alle clausole già presenti nei *titoli* e nei *regolamenti* finora posti in essere; meccanismo del quale, in ogni caso, avrà senso discorrere se il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite resisterà nel tempo, non potendosi escludere, sulla questione, un (auspicabile) *revirement*.



Osservatorio



Juridical Observatory on Digital Innovation
Osservatorio Giuridico sulla Innovazione Digitale

| 373

DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE*

Rubrica di aggiornamento dell'OGID.

Questa rubrica di aggiornamento è curata dal Prof. Salvatore Orlando e dal Dott. Mario Mauro 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: [2023/2(1)AF] *Approvato il MiCA: il regolamento (UE) 2023/1114 del 31.5.2023 relativo ai mercati delle cripto-attività* – [2023/2(2)AF] *Verso l'euro digitale: la proposta di regolamento del 28.6.2023 COM(2023) 369 final sulla istituzione dell'euro digitale* – [2023/2(3)BC] *(Segue) la proposta di regolamento del 28.6.2023 COM(2023) 368 final sulla fornitura di servizi di euro digitale da parte di fornitori di servizi di pagamento costituiti in Stati Membri la cui valuta non è l'euro* – [2023/2(4)SO] *Gli emendamenti alla proposta di AI Act approvati dal Parlamento europeo il 14.6.2023* – [2023/2(5)RA] *La decisione della Commissione europea del 25.4.2023 per la designazione del primo gruppo di piattaforme e motori di ricerca online "very large": VLOPs e VLOSEs* – [2023/2(6)RA] *La contestazione di Zalando alla sua designazione quale VLOP* – [2023/2(7)GDI] *La sentenza del Tribunale della CGUE del 26.4.2023 nella causa T-557/20 sulla nozione di dato personale* – [2023/2(8)CR] *Lo standard ISO 31700-1:2023 sul privacy by design dei prodotti e servizi di consumo* – [2023/2(9)FP] *Il report finale dell'Autorità antitrust tedesca sull'indagine di settore sull'online advertising* – [2023/2(10)IG] *Il parere del "Chirurgo Generale" degli USA del 23 maggio 2023 sulla salute mentale dei giovani e i social media* – [2023/2(11)LV] *La denuncia del 31.5.2023 dalla Federal Trade Commission degli USA contro Amazon per l'assistente vocale 'Alexa' in relazione alle normative a protezione dei minori e dei consumatori* – [2023/2(12)ES] *La pronuncia della Corte Suprema USA del 18.5.2023 nel caso Twitter v. Taamneh et al. per diffusione di contenuti dell'ISIS e l'opinione del Justice Thomas* – [2023/2(13)VR] *L'Online News Act canadese del 22.6.2023 e la decisione di Google di rimuovere i link alle notizie canadesi dai prodotti Search, News e Discover e di terminare il servizio Google News Showcase in Canada* – [2023/2(14)DDA] *I passi avanti dei lavori sul copyright internazionale in materia di accesso digitale all'istruzione, alla ricerca e al patrimonio culturale nella 43ª riunione del Comitato permanente per il diritto d'autore e i diritti connessi dell'OMPI.*

Una raccolta indicizzata dei numeri della rubrica degli anni 2020-2022 è disponibile su: <http://www.personaemercato.it/atlante-storico-del-diritto-dei-dati-anni-2020-2022/>

* 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.



[2023/2\(1\)AF](#)

Approvato il MiCA: il regolamento (UE) 2023/1114 del 31.5.2023 relativo ai mercati delle cripto-attività

| 374

Il 16 maggio 2023 il Consiglio dell’Unione europea ha adottato un regolamento sui mercati delle cripto-attività, ponendo fine ad un processo avviato con una proposta della Commissione europea nel settembre 2020. All’inizio di giugno 2023, il Regolamento (UE) 2023/1114 relativo ai mercati delle cripto-attività e che modifica i regolamenti (UE) n. 1093/2010 e (UE) n. 1095/2010 e le direttive 2013/36/UE e (UE) 2019/1937 (“**Regolamento MiCA**”) è stato pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell’Unione europea, entrando così in vigore. Il nuovo regime si applicherà dal 30 dicembre 2024, ad eccezione per le norme sui *token* di moneta elettronica e sui *token* collegati ad attività che si applicheranno dal 30 giugno 2024.

Il Regolamento MiCA proteggerà gli investitori e i consumatori- fornendo tutele contro i reati finanziari e la manipolazione del mercato- e preserverà la stabilità finanziaria. Al contempo, favorirà l’innovazione e l’attrattività del settore delle cripto-attività. Il nuovo quadro normativo contribuirà anche alla riduzione dell’elevata impronta di carbonio delle cripto-attività.

La proposta di regolamento MiCA è stata presentata dalla Commissione europea nel settembre 2020 [v. in questa rubrica la notizia n. 2 sul numero 2020/4 (2020/4(2)MS): <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2020/11/Osservatorio.pdf>]

nell’ambito di un pacchetto più ampio inteso a sviluppare un approccio europeo in materia di finanza digitale. Il Consiglio ha adottato il suo mandato negoziale nel novembre 2021. I triloghi tra i co-legislatori sono iniziati a marzo 2022 e si sono conclusi con l’accordo provvisorio del 30 giugno 2022 [v. la notizia n. 3 sul numero 2022/2 (2022/2(3)AF): <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2022/08/Osservatorio-2-2022.pdf>]. L’adozione formale del regolamento rappresenta la fase finale del processo legislativo.

Il Regolamento MiCA definisce le cripto-attività in generale come rappresentazioni digitali di valore o di diritti. Le cripto-attività possono essere trasferite e custodite tramite tecnologia a registro distribuito o tecnologie analoghe. Il nuovo quadro regolamentare disciplina le cripto-attività che non ricadono nell’ambito d’applicazione della normativa UE esistente, favorendone così la certezza del diritto. Le cripto-attività già disciplinate dalla normativa dell’UE continueranno a essere soggette alle norme

vigenti. Il Regolamento MiCA si applicherà in generale a tre tipi di cripto-attività- i *token* collegati ad attività, i *token* di moneta elettronica e, da ultimo, altre cripto-attività quali gli *utility token*. I *token* collegati ad attività sono definiti come cripto-attività che mantengono un valore stabile ancorandosi a diverse attività, tra cui monete fiduciarie, merci o altre cripto-attività. I *token* collegati ad attività sono intesi come cripto-attività da poter impiegare come mezzo di pagamento per comprare beni e servizi e come riserva di valore. Anche i *token* di moneta elettronica- come i *token* collegati ad attività- ambiscono a mantenere un valore stabile ancorandosi, però, al valore di una sola moneta fiduciaria. Vengono considerati, quindi, come surrogati elettronici di banconote e monete. Da ultimo, le altre cripto-attività quali *utility token* sono da intendersi come una categoria residuale che vada a ricomprendere tutte le cripto-attività diverse dai *token* collegati ad attività i *token* di moneta elettronica.

Il Regolamento MiCA stabilisce requisiti di trasparenza e di informativa per l’offerta al pubblico e l’ammissione alla negoziazione di cripto-attività. Dispone, inoltre, requisiti di supervisione e di autorizzazione per gli emittenti di *token* collegati ad attività e per gli emittenti di *token* di moneta elettronica, nonché per i fornitori di servizi per le cripto-attività- come, ad esempio, le piattaforme di negoziazione e i portafogli in cui sono detenute le cripto-attività. Tali requisiti riguardano il funzionamento, la organizzazione e la governance di tali soggetti. Il regolamento dispone anche misure di tutela dei possessori di cripto-attività e dei clienti di fornitori di servizi per le cripto-attività. Ad esempio, i portafogli in cui sono detenute le cripto-attività dovranno garantire la protezione dei consumatori e saranno ritenuti responsabili in caso di perdita delle cripto-attività degli investitori. I fornitori di servizi per le cripto-attività non conformi verranno indicati in un registro pubblico gestito dall’Autorità bancaria europea. Si prevedono anche delle norme specifiche in materia di comunicazione dell’impatto ambientale delle cripto-attività, considerato l’elevato consumo energetico di alcune cripto-attività che si stima essere equivalente al quantitativo di energia consumato da alcuni paesi di medie dimensioni in un anno. In particolare, i fornitori di servizi per le cripto-attività dovranno dichiarare le informazioni sulla loro impronta ambientale e climatica.

Da ultimo, il Regolamento MiCA dispone misure di prevenzione contro gli abusi di mercato relativamente alle cripto-attività così da garantire l’integrità del relativo mercato.



ALICE FILIPPETTA

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32023R1114>

2023/2(2)AF

Verso l'euro digitale: la proposta di regolamento del 28.6.2023 COM(2023) 369 final sulla istituzione dell'euro digitale

Il 28 giugno 2023 la Commissione Europea ha presentato il c.d. “Pacchetto moneta unica”, contenente, tra l'altro, la proposta legislativa COM(2023) 369 final che delinea il quadro giuridico per un possibile euro digitale (la “Proposta”).

La Banca centrale europea (“BCE”) insieme alle banche centrali nazionali dei paesi dell'area dell'euro sta valutando se introdurre un euro digitale. Attualmente, è ancora in corso la fase istruttoria, iniziata a ottobre 2021, in cui si stanno esaminando possibili caratteristiche e canali di distribuzione di un euro digitale [sulla decisione del Consiglio direttivo della BCE del 12 luglio 2021 di avviare l'analisi del progetto per un euro digitale v. in questa rubrica la notizia n. 7 del numero 2021/3 (2021/3(7)AF): <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2021/08/Osservatorio.pdf>]. L'euro digitale sarebbe moneta della BCE in forma digitale, a integrazione delle banconote e delle monete in euro. L'euro digitale offrirebbe un mezzo di pagamento elettronico disponibile per chiunque nell'area dell'euro, sicuro e facile da usare.

La crescente digitalizzazione ha mutato le preferenze di pagamento che stanno propendendo oramai sempre più per mezzi digitali. Così facendo, cresce l'affidamento verso mezzi di pagamento emessi da entità private e diminuisce l'uso della moneta emessa dalla BCE in forma fisica, vale a dire il contante. Un euro digitale permetterebbe agli esercenti e ai consumatori di continuare ad avere accesso alla moneta pubblica- emessa dalla BCE- anche in un contesto digitale e andando ad affiancare il contante e le monete in euro. Come il contante, inoltre, un euro digitale garantirebbe un elevato livello di *privacy* e sarebbe accessibile a tutti i cittadini dell'area euro. L'euro digitale diventerebbe così il perno del sistema monetario e del sistema dei pagamenti odierno, sempre più digitalizzato. In tal modo, si rafforzerebbe anche la sovranità monetaria dell'area dell'euro a fronte di valute digitali di banca centrale dei paesi terzi e di altri mezzi di pagamento innovativi- quali, ad

esempio, gli *stablecoin*-, favorendo al contempo la concorrenza e l'efficienza.

Un euro digitale non può essere emesso se non si delinea prima un quadro legislativo che ne getti le fondamenta dal punto di vista giuridico. Per tale ragione, la Commissione Europea ha presentato un possibile quadro legislativo su un euro digitale, inquadrandone gli elementi essenziali da un punto di vista giuridico. La Proposta tratta alcuni degli aspetti più rilevanti e al contempo discussi e controversi di un euro digitale.

In particolare, la Proposta prevede la distribuzione dell'euro digitale tramite banche commerciali e altri prestatori di servizi di pagamento (art. 13). L'euro digitale verrebbe distribuito agli utenti in cambio di depositi o di contante. Gli utenti diventerebbero così titolari di un conto di pagamento in euro digitale. L'emissione, invece, avverrebbe da parte della BCE e delle banche centrali nazionali degli stati membri dell'area euro (art. 4).

La Proposta affronta anche il tema della coesistenza dell'euro digitale con il contante e con altri mezzi di pagamento offerti da entità private. La Proposta dà libera scelta agli utenti sul mezzo di pagamento da impiegare per le transazioni, tra banconote e moneta in euro, euro digitale o altri mezzi di pagamento digitali privati. In tal modo, si garantisce sia l'accesso alle banconote e alle monete in euro che l'innovazione e la concorrenza nel settore dei pagamenti, prevedendo la coesistenza di più soggetti. La Proposta dà però corso legale all'euro digitale, come il contante, imponendone l'accettazione e garantendone un'ampia diffusione nonché un facile accesso (art. 7).

Solo utenti residenti o aventi sede in un paese dell'area euro avrebbero accesso all'euro digitale, fatta eccezione di alcuni casi particolari quali, ad esempio, residenti non dell'area euro che siano in viaggio per motivi professionali o personali nell'area euro. Simili restrizioni si applicherebbero all'uso dell'euro digitale al di fuori dell'area euro.

La Proposta prevede per le banche commerciali e per i prestatori di servizi di pagamento un obbligo di erogazione dei servizi di pagamento di base in euro digitale nel momento in cui un utente ne faccia richiesta (art. 17). L'erogazione di tali servizi avverrebbe gratuitamente, similmente a quanto già accade con i servizi di pagamento esistenti. I prestatori di servizi di pagamento potrebbero prevedere delle commissioni nel momento in cui l'euro digitale sia collegato a conti da loro offerti o in cui si prestino dei servizi considerati non di base. Uno degli obiettivi che si tentano di perseguire tramite un euro digitale è quello di assicurare l'inclusione finanziaria. La Proposta prevede alcune

| 376

disposizioni a tal fine. Innanzitutto, come già accennato, si dispone che le entità pubblicate designate dagli stati membri- quali, ad esempio, uffici postali o autorità regionali o locali- possano provvedere alla distribuzione di un euro digitale (art. 14). Ciò assicurerebbe l'accesso all'euro digitale anche a coloro che non desiderino aprire un conto di euro digitale con una banca o un altro prestatore di servizi di pagamento. Sarebbe poi possibile sia pagare tramite euro digitale *online* che detenere l'euro digitale localmente su dispositivi elettronici *offline* (art. 23). La possibilità di eseguire pagamenti e detenere euro digitale *offline* aumenta il rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo. Pertanto, la Proposta prevede che le transazioni in euro digitale siano soggette alla legislazione in materia, similamente a quanto già accade per i mezzi di pagamento digitali privati. In futuro, si potrebbero prevedere limiti alle transazioni o all'ammontare detenuto di euro digitale.

Uno dei temi più controversi e più preoccupanti per il grande pubblico sull'euro digitale è anche la *privacy*. L'accesso ai dati personali degli utenti sarebbe equivalente a quello che si ha al momento per i pagamenti *online*, tramite conto ad esempio, e per il contante in caso di uso dell'euro digitale *offline* (art. 34). La BCE e le banche centrali nazionali non avrebbero accesso a dati sull'identità dei detentori dell'euro digitale e sull'uso che ne facciano (art. 35). La BCE e le banche centrali nazionali avrebbero accesso solo ai dati necessari al regolamento delle transazioni e al supporto dei prestatori dei servizi di pagamento nell'espletamento delle loro funzioni.

Altro punto fortemente dibattuto è l'impatto che l'euro digitale avrebbe sul sistema bancario e finanziario e, da ultimo, sulla stabilità finanziaria. Come già visto, la Proposta fa sì che gli intermediari mantengano un ruolo essenziale, prevedendo che questi ne siano responsabili per la distribuzione. Tuttavia, la Proposta prevede delle tutele della stabilità monetaria e finanziaria ulteriori nel caso in cui si diffonda l'uso dell'euro digitale come riserva di valore. In particolare, stabilisce una serie di criteri che, se soddisfatti, potrebbero condurre all'imposizione di limiti sull'ammontare di euro digitale detenuto su base individuale (art. 16).

Quanto alla tecnologia di supporto dell'euro digitale, nell'articolato normativo della bozza di regolamento, la Proposta non offre indicazioni definitive. Nel Considerando 64 della Proposta si afferma che l'infrastruttura di regolamento dell'euro digitale dovrebbe cercare di garantire l'adattamento alle nuove tecnologie, compresa la tecnologia a

registro distribuito. Tra le risposte alle FAQ della pagina dedicata all'euro digitale dalla BCE si dice che per la realizzazione dell'euro digitale l'Eurosistema sta sperimentando diverse soluzioni e tecnologie, sia accentrate che decentrate come la DLT, ma che non è stata presa ancora una decisione.

La proposta getta le fondamenta per euro digitale come nuova forma di moneta di banca centrale e ne regola gli elementi essenziali. Tuttavia, non ne sancisce la creazione. Una eventuale emissione dell'euro digitale avverrebbe solo su decisione del Consiglio Direttivo della BCE. La fase di istruttoria terminerà a ottobre 2023. Al termine, si avrà la decisione del Consiglio Direttivo se procedere con la fase successiva del progetto ed, eventualmente, se dare il via allo sviluppo di un euro digitale.

ALICE FILIPPETTA

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=comnat%3ACOM_2023_0369_FIN

https://www.ecb.europa.eu/paym/digital_euro/html/index.it.html

https://italy.representation.ec.europa.eu/notizie-ed-eventi/notizie/pacchetto-moneta-unica-nuove-proposte-sostenere-luso-del-contante-e-presentare-un-quadro-leuro-2023-06-28_it

[2023/2\(3\)BC](#)

(Segue) la proposta di regolamento del 28.6.2023 COM(2023) 368 *final* sulla fornitura di servizi di euro digitale da parte di fornitori di servizi di pagamento costituiti in Stati Membri la cui valuta non è l'euro

Unitamente alla proposta normativa contenente il quadro giuridico per l'adozione dell'euro digitale [su cui v. la notizia precedente], il 28 giugno 2023 la Commissione europea ha pubblicato la proposta COM(2023) 368 *final* contenente una bozza di regolamento denominata "*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the provision of digital euro services by payment services providers incorporated in Member States whose currency is not the euro and amending Regulation (EU) 2021/1230 of the European Parliament and the Council*" (la "**Proposta di Regolamento**").

La Proposta di Regolamento, come si intuisce dal titolo, è destinata a disciplinare, una volta



approvata, l'uso, la circolazione dell'euro digitale e la prestazione di servizi di pagamento in euro digitale da parte dei prestatori di servizi di pagamento (i "PSP") stabiliti negli Stati membri dell'Unione Europea che non adottano l'euro quale valuta nazionale (di seguito, per semplicità descrittiva, definiti "Stati UE non-Euro"). Dal punto di vista del perimetro applicativo, il regolamento si applicherà, pertanto, ai PSP costituiti e aventi sede legale in Stati UE non-Euro quali Danimarca, Bulgaria, Repubblica Ceca, Ungheria, Polonia, Romania e Svezia.

La Proposta di Regolamento, una volta approvata, andrà dunque a incidere in modo rilevante sulla prestazione dei servizi di pagamento da parte dei PSP dei paesi che non adottano l'euro; per tale ragione la Proposta di Regolamento si armonizza ed è conforme anche ai contenuti della Direttiva (UE) 2015/2366 sui servizi di pagamento nel mercato interno (la c.d. "PSD2" o Payment Services Directive 2) che, peraltro, è in predicato di essere emendata dalla direttiva PSD3 il cui contenuto è stato presentato, sotto forma di proposta, lo stesso giorno in cui è stato presentato il framework sull'euro digitale.

Per effetto di tale Proposta di Regolamento, i fornitori di servizi di pagamento di uno Stato UE non Euro potranno offrire ai residenti dell'area euro servizi di pagamento in euro digitale unitamente ad altri servizi di pagamento o bancari, in regime di libera prestazione di servizi o in regime di stabilimento.

L'art. 1 della Proposta di Regolamento definisce, in dettaglio, gli scopi del futuro regolamento che, in sintesi, si possono riassumere in tre macroaree di intervento, ovvero:

- (a) l'individuazione degli obblighi che i PSP costituiti negli Stati UE non-Euro devono adempiere quando forniscono servizi di pagamento basati sull'euro digitale;
 - (b) regole per la supervisione e l'applicazione degli obblighi di cui al punto (a) da parte degli Stati UE non Euro;
 - (c) ulteriori obblighi specifici rivolti a produttori di *device* mobili di comunicazione e fornitori di servizi di comunicazione stabiliti negli Stati UE non-Euro.
- Il perno su cui ruota il futuro impianto normativo della Proposta di Regolamento è l'art. 3 che stabilisce che i PSP costituiti negli Stati UE non-Euro possono fornire servizi di pagamento in euro digitale soltanto a:

- a) persone fisiche e giuridiche residenti o stabilite all'interno di uno Stato membro che adotta l'Euro;

- b) persone fisiche e giuridiche che hanno aperto un conto in euro digitale quando erano ancora residenti o stabiliti in uno Stato membro che adotta l'euro ma non risiedono più in tali Stati;
- c) visitatori occasionali all'interno dello Stato UE non Euro;
- d) persone fisiche e giuridiche residenti o stabilite in uno Stato UE non-Euro purché – in questo caso - siano soddisfatte le condizioni stabilite dall'articolo 18 dell'adottando regolamento sull'euro digitale;
- e) persone fisiche e giuridiche residenti o stabilite in paesi terzi, compresi territori soggetti a un accordo monetario con l'Unione europea, a condizione che siano soddisfatte le condizioni stabilite agli articoli 19 e 20 dell'adottando regolamento sull'euro digitale.

L'art. 18 della proposta di regolamento sull'euro digitale individua, in dettaglio, le condizioni da soddisfare affinché i PSP di uno Stato UE non-Euro possano prestare servizi di pagamento (in regime di libera prestazione di servizi o stabilimento) all'interno di tale Stato.

Tale articolo stabilisce infatti, al primo comma, che *"i fornitori di servizi di pagamento possono distribuire l'euro digitale solo a persone fisiche e giuridiche residenti o stabilite in uno Stato membro la cui valuta non è l'euro se la Banca centrale europea e la banca centrale nazionale di tale Stato membro hanno sottoscritto un accordo a tal fine"*.

La sottoscrizione di tale accordo tra la BCE e la banca centrale dello Stato UE non-Euro deve rispettare determinati, inoltre, i requisiti previsti al secondo comma dell'art. 18, tra cui ad esempio: la notifica preliminare alla Commissione Europea e alla BCE, da parte dello Stato UE non-Euro, della richiesta di fornire accesso e utilizzo dell'euro digitale a persone fisiche e giuridiche residenti o stabilite in tale Stato; l'impegno da parte dello Stato UE non-Euro a garantire che la propria banca centrale si conformi a norme, linee guida, istruzioni o richieste della BCE aventi ad oggetto l'euro digitale; l'impegno a garantire, ancora, che la propria banca centrale fornisca informazioni sull'accesso e l'utilizzo dell'euro digitale alla BCE.

Il quarto comma dell'art. 18 della proposta di regolamento sull'euro digitale prevede, ulteriormente, che i PSO di uno Stato UE non-Euro devono rispettare determinati limiti quantitativi stabiliti dalla BCE in conformità all'articolo 16, paragrafo 4, sull'utilizzo dell'euro digitale da parte di persone fisiche e giuridiche.

| 378

Quanto invece alle condizioni richieste affinché i PSP residenti in uno Stato UE non-Euro prestino servizi di pagamento (in euro digitale) verso paesi terzi, l'art. 19 della proposta di regolamento sull'euro digitale prevede che tale valuta digitale possa essere distribuita a persone fisiche e giuridiche residenti o stabilite in paesi terzi a condizione che l'Unione Europea e il paese terzo interessato firmino preliminarmente un accordo.

In assenza di tale accordo tra l'Unione Europea e il singolo paese terzo, i PSP non potranno operare in euro digitale verso paesi terzi.

Il successivo art. 4 della Proposta di Regolamento prevede che i requisiti stabiliti all'articolo 13, all'articolo 14, paragrafo 1, al Capitolo V, all'articolo 18, al Capitolo VII, al Capitolo VIII e al Capitolo IX dell'adottando regolamento sull'euro digitale siano applicabili anche ai PSP di uno Stato UE non-Euro. Si rinvia pertanto, per l'analisi di tali articoli, al contributo dedicato al regolamento sull'euro digitale.

Va evidenziato che l'art. 4 della Proposta di Regolamento stabilisce che l'art. 33 del futuro regolamento sull'euro digitale si applicherà anche ai produttori di apparecchiature e dispositivi mobili, nonché ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica, anche se residenti negli Stati UE non-Euro.

Per effetto di questo richiamo, i produttori di *device* mobili e i fornitori di servizi di comunicazione elettronica dovranno assicurare l'interoperabilità e l'accesso ai fornitori di servizi front-end e ai fornitori di servizi per l'identità digitale europea (anche nota come European Digital Identity Wallet, ancora in corso di sviluppo a livello europeo) garantendo, quindi, che siano disponibili le caratteristiche hardware e software necessarie per elaborare transazioni in euro digitale.

Infine, l'art. 5 della Proposta di Regolamento prevede che il quadro normativo inerente a (i) la vigilanza da parte delle autorità nazionali competenti, (ii) il regime sanzionatorio, (iii) le disposizioni di vigilanza e gli accordi di cooperazione le autorità competenti degli Stati membri di origine e degli Stati membri ospitanti troveranno applicazione anche in relazione alle attività dei PSP stabiliti in uno Stato UE non-Euro in relazione ai servizi aventi ad oggetto l'euro digitale.

BENEDETTO COLOSIMO

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=comnat%3ACOM_2023_0368_FIN

[2023/2\(4\)SO](#)

Gli emendamenti alla proposta di AI Act approvati dal Parlamento europeo il 14.6.2023

Il 14 giugno 2023, in sede di prima lettura nella procedura legislativa ordinaria, il Parlamento europeo (il **Parlamento**) ha approvato a larga maggioranza 771 emendamenti alla proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale, c.d. **AI Act** o **AIA**, pubblicata dalla Commissione europea (la **Commissione**) il 21.4.2021 [sulla proposta della Commissione COM(2021) 206 *final* del 21.4.2021 v. in questa rubrica la notizia n. 1 sul numero 2021/2 (2021/2(1)SO):

<http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2021/03/Osservatorio-1.pdf>; sul parere congiunto di EDPB e EDPS del 21.6.2021 alla proposta della Commissione in particolare quanto alla disciplina dei sistemi di IA di riconoscimento facciale v. la notizia n. 3 sul numero 2021/3

(2021/3(3)CR): <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2021/08/Osservatorio.pdf>; sul parere della BCE del 29.12.2021 alla medesima proposta, v. la notizia n. 8 sul numero 2022/2 (2022/2(8)ES): <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2022/08/Osservatorio-2-2022.pdf>].

In precedenza, il 6 dicembre 2022, il Consiglio UE (il **Consiglio**) aveva approvato un testo di orientamento generale ("*general approach*") datato 25 novembre 2022, inteso, come da prassi, a facilitare le successive interlocuzioni e un possibile futuro accordo con il Parlamento (<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/12/06/artificial-intelligence-act-council-calls-for-promoting-safe-ai-that-respects-fundamental-rights/>).

In esito all'approvazione di questi emendamenti da parte del Parlamento, sono stati avviati i negoziati interistituzionali (triloghi) con il Consiglio e la Commissione per finalizzare l'iter legislativo, secondo la procedura legislativa ordinaria di codecisione, la quale prevede che il Consiglio esamini la posizione del Parlamento e decida se accettarla – nel qual caso il regolamento sarebbe adottato - o modificarla – nel qual caso la proposta tornerebbe al Parlamento per una seconda lettura.

Nel Parlamento, le discussioni sono state condotte in una procedura congiunta tra due Commissioni: quella sul mercato interno e la protezione del consumatore (IMCO) con il *rappporteur* italiano Brando Benifei, e quella sulle libertà civili, la giustizia e gli affari interni (LIBE) con il *rappporteur* rumeno Dragos Tudorache.



Il Parlamento ha adottato la sua posizione con 499 voti a favore, 28 contrari e 93 astensioni, apportando significative modifiche al testo della Commissione, tra le quali, le seguenti:

- È stata modificata la definizione di sistema di IA, dichiaratamente per allinearsi alla definizione proposta dall'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) [v. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/oecd-legal-0449>]. Nella nuova definizione, oltre all'abolizione del riferimento alle tecniche e agli approcci prima elencati nell'Allegato I della proposta della Commissione, si nota anche l'abolizione del riferimento ai "contenuti" tra le tipologie di *output* dei sistemi di IA: "un sistema automatizzato [*a machine-based system*] progettato per operare con livelli di autonomia variabili e che, per obiettivi espliciti o impliciti, può generare *output* quali previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti fisici o virtuali".
- Sono state inserite alcune nuove definizioni, tra cui quelle di *foundation model* e *general purpose AI system*, ed è stato sostituito il termine *user* ('utente' in italiano) con *deployer* (in italiano reso con 'operatore', nonostante la stessa parola fosse già utilizzata, e sia tuttora utilizzata, nel testo italiano per *operator*).
- *Foundation model*, in italiano "modello di base", viene definito come "un modello di sistema di IA addestrato su un'ampia scala di dati, progettato per la generalità dell'*output* e che può essere adattato a un'ampia gamma di compiti distinti".
- *General purpose AI system*, in italiano "sistema di IA per finalità generali" viene definito come "un sistema di IA che può essere utilizzato e adattato a un'ampia gamma di applicazioni per le quali non è stato intenzionalmente e specificamente progettato".
- Sono stati formulati e definiti alcuni principi generali applicabili a tutti i sistemi di IA e anche a tutti i modelli di base (*foundation models*). Le definizioni dei principi enunciano i soli sistemi di IA ma la norma che li introduce fa chiaro che essi si applicano anche ai modelli di base ("Tutti gli operatori che rientrano nel presente regolamento si adoperano al massimo per sviluppare e utilizzare sistemi di IA o modelli di base conformemente ai seguenti principi generali che istituiscono un quadro di alto livello che promuova un approccio europeo antropocentrico coerente a un'intelligenza artificiale etica e affidabile, che sia pienamente

in linea con la Carta e con i valori su cui si fonda l'Unione"). I principi generali sono dunque formulati e definiti come segue:

"a) intervento e sorveglianza umani: i sistemi di IA sono sviluppati e utilizzati come strumenti al servizio delle persone, nel rispetto della dignità umana e dell'autonomia personale, e funzionano in modo da poter essere adeguatamente controllati e sorvegliati dagli esseri umani;

b) robustezza tecnica e sicurezza: i sistemi di IA sono sviluppati e utilizzati in modo da ridurre al minimo i danni involontari e inaspettati, nonché per essere robusti in caso di problemi involontari e resilienti ai tentativi di alterare l'uso o le prestazioni del sistema di IA in modo da consentirne l'uso illegale da parte di terzi malintenzionati;

c) vita privata [*privacy* in inglese] e governance dei dati: i sistemi di IA sono sviluppati e utilizzati nel rispetto delle norme vigenti in materia di vita privata [*privacy* in inglese] e protezione dei dati, elaborando al contempo dati che soddisfino livelli elevati in termini di qualità e integrità;

d) trasparenza: i sistemi di IA sono sviluppati e utilizzati in modo da consentire un'adeguata tracciabilità e spiegabilità, rendendo gli esseri umani consapevoli del fatto di comunicare o interagire con un sistema di IA e informando debitamente gli utenti delle capacità e dei limiti di tale sistema di IA e le persone interessate dei loro diritti;

e) diversità non discriminazione ed equità: i sistemi di IA sono sviluppati e utilizzati in modo da includere soggetti diversi e promuovere la parità di accesso, l'uguaglianza di genere e la diversità culturale, evitando nel contempo effetti discriminatori e pregiudizi ingiusti vietati dal diritto dell'Unione o nazionale;

f) benessere sociale ed ambientale: i sistemi di IA sono sviluppati e utilizzati in modo sostenibile e rispettoso dell'ambiente e in modo da apportare benefici a tutti gli esseri umani, monitorando e valutando gli impatti a lungo termine sull'individuo, sulla società e sulla democrazia.

- È stato modificato e significativamente ampliato l'elenco dei sistemi di IA sottoposti ai divieti di immissione sul mercato, messa in servizio ed uso di cui all'art. 5 della proposta di AI Act (c.d. pratiche di IA vietate). Nel testo della Commissione, l'elenco comprendeva solo quattro tipologie di sistemi di IA; ora l'elenco

ne prevede nove. Secondo la proposta della Commissione, le prime due tipologie di sistemi di IA erano quelli idonei a falsare il comportamento delle persone in modo tale da procurare un “*danno fisico o psicologico*”; il nuovo testo parla di un “*danno significativo*”. Come terza tipologia, la proposta della Commissione assoggettava al regime del divieto i sistemi di IA di c.d. *social scoring*, tuttavia solo relativamente al loro uso da parte di autorità pubbliche o per loro conto; mentre il nuovo testo ha eliminato questa limitazione. Infine, la proposta della Commissione vietava l’uso di sistemi di IA di identificazione biometrica remota “in tempo reale” in spazi accessibili al pubblico soltanto se effettuato a fini di attività di contrasto svolte dalle autorità per la prevenzione, indagine, accertamento o perseguimento di reati o per esecuzione di sanzioni penali, fatta salva l’applicazione di talune eccezioni limitate; mentre nel testo adottato dal Parlamento, il divieto (sempre soltanto di uso) riguarda tutti i sistemi di identificazione biometrica remota “in tempo reale” in spazi accessibili al pubblico, senza limitazioni. Il testo adottato dal Parlamento ha aggiunto nello stesso articolo la previsione delle seguenti cinque tipologie di sistemi di IA e dei seguenti relativi divieti:

- divieto di immissione sul mercato, messa in servizio ed uso di sistemi di categorizzazione biometrica che classificano le persone fisiche in base ad attributi o caratteristiche sensibili o protetti o basati sulla deduzione di tali attributi o caratteristiche, ad eccezione di quelli destinati a essere utilizzati per scopi terapeutici approvati sulla base del consenso informato;
- divieto di immissione sul mercato, messa in servizio ed uso di sistemi di IA per effettuare valutazioni di rischio di reato o di recidiva di un reato o di un illecito amministrativo;
- divieto di immissione sul mercato, messa in servizio ed uso di sistemi di IA che creano o ampliano le banche dati di riconoscimento facciale mediante *scraping* non mirato di immagini facciali da internet o da filmati di telecamere a circuito chiuso;
- divieto di immissione sul mercato, messa in servizio ed uso di sistemi di IA di riconoscimento delle emozioni nei settori dell’applicazione della legge, della gestione delle frontiere, sul luogo di lavoro e negli istituti di insegnamento;
- divieto di messa in servizio e di uso di sistemi di IA per l’analisi di filmati registrati di spazi accessibili al pubblico attraverso sistemi

di identificazione biometrica remota “a posteriori”. Il divieto non si applica nel caso di previa autorizzazione giudiziaria conformemente alla normativa dell’Unione e relativamente alle operazioni strettamente necessarie per la ricerca mirata collegata a uno specifico reato grave quale definito all’articolo 83, paragrafo 1, TFUE, già avvenuto, a fini di contrasto.

- I modelli di base (*foundation models*) hanno una loro specifica ed ampia disciplina, che contempla numerosi obblighi e requisiti per il fornitore, tra cui, in sintesi, e salvo specificazioni di dettaglio:
 - l’obbligo di previa individuazione, riduzione e attenuazione dei rischi ragionevolmente prevedibili per la salute, la sicurezza, i diritti fondamentali, l’ambiente, la democrazia e lo Stato di diritto;
 - l’obbligo di elaborare e incorporare soltanto insiemi di dati soggetti a idonee misure di *governance* dei dati;
 - l’obbligo di progettare e sviluppare il modello di base al fine di conseguire, durante l’intero ciclo di vita, opportuni livelli di prestazioni, prevedibilità, interpretabilità, correggibilità, protezione e cbersicurezza;
 - l’obbligo di utilizzare in fase di progettazione e di sviluppo del modello di base, gli *standard* applicabili per ridurre l’uso di energia, l’uso di risorse e i rifiuti, nonché per aumentare l’efficienza energetica e l’efficienza complessiva del sistema, nonché l’obbligo di progettare il modello di base in modo da consentire la misurazione e la registrazione del consumo di energia e risorse e, se tecnicamente fattibile, degli altri effetti ambientali che l’adozione e l’utilizzo dei sistemi può avere sul loro intero ciclo di vita;
 - l’obbligo di redigere una documentazione tecnica e istruzioni per l’uso che possano consentire ai fornitori a valle di adempiere a determinati loro obblighi;
 - l’obbligo di porre in essere un sistema di gestione della qualità per garantire e documentare l’osservanza ai suddetti obblighi;
 - l’obbligo di registrare i modelli di base in una apposita banca dati dell’UE, conformemente a quanto previsto dal regolamento e nelle disposizioni di un suo allegato.
- Novità consistenti riguardano anche i «sistemi di IA ad alto rischio». Come nella proposta della Commissione, due sono le categorie dei sistemi di IA ad alto rischio: (i) i sistemi di IA destinati ad essere utilizzati come componenti



di sicurezza di prodotti, o che sono essi stessi prodotti, soggetti a valutazione di conformità *ex ante* da parte di terzi, ai sensi della normativa di armonizzazione dell'Unione di cui all'Allegato II, e (ii) altri sistemi di IA che rispondono alle categorie o ai casi di uso di cui all'Allegato III. Tuttavia, nel testo approvato dal Parlamento, ai fini della qualificazione dei sistemi di IA come sistemi ad alto rischio, non è più sufficiente, per questa seconda categoria, la loro sussumibilità in una delle categorie o casi di uso previsti dall'apposito allegato, in quanto, in aggiunta a ciò, è necessario che venga riscontrato anche in concreto un "rischio significativo di danno per la salute umana, la sicurezza o i diritti fondamentali delle persone fisiche", e, per la categoria dei sistemi di IA nel settore della gestione e del funzionamento di infrastrutture critiche, "un rischio significativo di danno per l'ambiente". In proposito, si prevede che entro 6 mesi prima dall'entrata in vigore del regolamento (l'*AI Act*) la Commissione emani delle linee guida intese a "specificare chiaramente le circostanze in cui l'*output* dei sistemi di IA di cui all'Allegato III comporterebbe un rischio significativo di danno per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali delle persone fisiche e i casi in cui non lo farebbe".

- Lo stesso elenco delle categorie e casi di uso dei sistemi di IA contenuto nell'Allegato III è stato significativamente modificato ed ampliato. Tra le altre modifiche ed integrazioni, si segnala:
 - l'inclusione dei sistemi di riconoscimento delle emozioni e, più generalmente, dei sistemi di IA "destinati a essere utilizzati per trarre conclusioni sulle caratteristiche personali delle persone fisiche sulla base di dati biometrici o basati su elementi biometrici";
 - l'ampliamento delle tipologie di sistemi di IA nel settore dell'istruzione e della formazione professionale;
 - l'eliminazione della previsione dei sistemi di IA, ora assoggettati al regime del divieto dell'art. 5, destinati a essere utilizzati dalle autorità di contrasto per effettuare valutazioni individuali dei rischi delle persone fisiche al fine di determinare il rischio di reato o recidiva;
 - l'ampliamento delle tipologie di sistemi di IA nel settore della gestione della migrazione, dell'asilo e del controllo delle frontiere;
 - l'inclusione dei sistemi di IA di *marketing* politico;
 - l'inclusione dei sistemi di IA destinati a essere utilizzati dalle piattaforme di *social*

media che sono state designate come piattaforme online di dimensioni molto grandi ai sensi dell'articolo 33 del regolamento (UE) 2022/2065 (c.d. VLOPs [su cui v. notizia successiva in questa rubrica]), per quanto concerne i loro sistemi di raccomandazione usati per raccomandare al destinatario del servizio i contenuti generati dagli utenti disponibili sulla piattaforma.

- Il testo approvato dal Parlamento ha rafforzato le competenze delle autorità nazionali e prevede l'istituzione di un Ufficio per l'IA, come nuovo organo per supportare l'applicazione armonizzata dell'*AI Act*, offrire orientamenti e coordinare le indagini *cross-border*.

SALVATORE ORLANDO

https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/T-A-9-2023-0236_IT.pdf

https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/T-A-9-2023-0236_IT.html

<https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-a-europe-fit-for-the-digital-age/file-regulation-on-artificial-intelligence>

[2023/2\(5\)RA](#)

La decisione della Commissione europea del 25.4.2023 per la designazione del primo gruppo di piattaforme e motori di ricerca online "very large": VLOPs e VLOSEs

Il 25 aprile 2023, la Commissione europea ha adottato la prima decisione *ex art.* 33(4) del regolamento (UE) 2022/2065 (c.d. *Digital Services Act* o **DSA**), con la quale ha individuato e designato taluni soggetti quali "piattaforme online di dimensioni molto grandi e motori di ricerca online di dimensioni molto grandi", in quanto aventi "un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio nell'Unione pari o superiore a 45 milioni" *ex art.* 33(1) DSA.

In particolare, la Commissione ha identificato quali "piattaforme online di dimensioni molto grandi" (VLOPs) i seguenti soggetti: Alibaba AliExpress; Amazon Store; Apple AppStore; Booking.com; Facebook; Google Play; Google Maps; Google Shopping; Instagram; LinkedIn; Pinterest;

Snapchat; TikTok; Twitter; Wikipedia; YouTube; Zalando.

Quali “motori di ricerca online di dimensioni molto grandi” (VLOSEs) sono stati, invece, individuati i soli Bing e Google Search.

382 A carico dei soggetti così designati trovano applicazione – oltre agli obblighi previsti, in generale, dal Capo III del DSA – gli “obblighi supplementari” stabiliti dalla Sezione 5 del Capo III del DSA, la quale prevede che:

- tali soggetti “individuano, analizzano e valutano con diligenza gli eventuali rischi sistemici nell’Unione derivanti dalla progettazione o dal funzionamento del loro servizio e dei suoi relativi sistemi, compresi i sistemi algoritmici, o dall’uso dei loro servizi”, con tale valutazione del rischio che “deve essere specifica per i loro servizi e proporzionata ai rischi sistemici, tenendo in considerazione la loro gravità e la loro probabilità, e deve comprendere i seguenti rischi sistemici: a) la diffusione di contenuti illegali tramite i loro servizi; b) eventuali effetti negativi, attuali o prevedibili, per l’esercizio dei diritti fondamentali [...]; c) eventuali effetti negativi, attuali o prevedibili, sul dibattito civico e sui processi elettorali, nonché sulla sicurezza pubblica; d) 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” (art. 34(1) del DSA);
- una volta individuati i rischi sistemici ai sensi dell’art. 34 DSA, i “fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi adottano misure di attenuazione ragionevoli, proporzionate ed efficaci [di tali rischi], prestando particolare attenzione agli effetti di tali misure sui diritti fondamentali”, potendo prevedere – tra l’altro – a tal fine “l’adeguamento della progettazione, delle caratteristiche o del funzionamento dei loro servizi, anche delle loro interfacce online”, “l’adeguamento delle condizioni generali e la loro applicazione”, “l’adeguamento delle procedure di moderazione dei contenuti”, “la sperimentazione e l’adeguamento dei loro sistemi algoritmici, compresi i loro sistemi di raccomandazione”, “l’adeguamento dei loro sistemi di pubblicità e l’adozione di misure mirate

volte a limitare o ad adeguare la presentazione della pubblicità associata al servizio da esse prestato”, “il rafforzamento dei processi interni, delle risorse, della sperimentazione, della documentazione o della vigilanza sulle loro attività”, “l’adozione di misure di sensibilizzazione e l’adattamento della loro interfaccia online al fine di dare ai destinatari del servizio maggiori informazioni” e “l’adozione di misure mirate per tutelare i diritti dei minori” (art. 35(1) DSA);

- in caso di crisi - e ciò, stando all’art. 36(2) DSA, nell’ipotesi in cui si verificano “circostanze eccezionali [che] comportano una grave minaccia per la sicurezza pubblica o la salute pubblica nell’Unione o in parti significative della stessa”- la “Commissione, su raccomandazione del comitato, può adottare una decisione che impone a uno o più fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi o di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi di intraprendere una o più delle seguenti azioni: a) la valutazione sull’eventualità e, in caso affermativo, sulla relativa portata e sul modo in cui il funzionamento e l’uso dei loro servizi contribuiscano, o possano contribuire, in maniera significativa a una minaccia grave di cui al paragrafo 2; b) l’individuazione e l’applicazione di misure specifiche, efficaci e proporzionate, quali quelle di cui all’articolo 35, paragrafo 1, o all’articolo 48, paragrafo 2, per prevenire, eliminare o limitare tale contributo alla grave minaccia individuata a norma della lettera a) del presente paragrafo; c) una relazione alla Commissione, entro una certa data o a intervalli regolari specificati nella decisione, in merito alle valutazioni di cui alla lettera a), sul contenuto preciso, l’attuazione e l’impatto qualitativo e quantitativo delle misure specifiche adottate a norma della lettera b) e su qualsiasi altra questione connessa a tali valutazioni o misure, come specificato nella decisione” (art. 36(1) DSA);
- essi siano sottoposti “a proprie spese e almeno una volta all’anno, a revisioni indipendenti volti a valutare la conformità: a) agli obblighi stabiliti al Capo III; b) agli impegni assunti a norma dei codici di condotta di cui agli articoli 45 e 46 e dei protocolli di crisi di cui all’articolo 48” (art. 37(1) DSA); tali revisioni devono



- essere effettuate da organizzazioni “*indipendenti e in assenza di conflitti di interessi*”, “*dotate di comprovata esperienza nel settore della gestione dei rischi, di competenze e di capacità tecniche*” e di “*comprovata obiettività e deontologia professionale*” (art. 37(3) DSA). Ove la revisione risulti non positiva, i fornitori di VLOPs e VLOSEs “*tengono debitamente conto delle raccomandazioni operative ad essi rivolte al fine di adottare le misure necessarie per attuarle*” (art. 37(6) DSA);
- i fornitori di VLOPs e VLOSEs devono assicurare “*almeno un’opzione per ciascuno dei loro sistemi di raccomandazione, non basata sulla profilazione come definita nell’articolo 4, punto 4), del regolamento (UE) 2016/679*” (art. 38 DSA);
 - tali soggetti “*compilano e rendono accessibile al pubblico in una specifica sezione della loro interfaccia online, mediante uno strumento consultabile e affidabile che consente ricerche attraverso molteplici criteri e attraverso le interfacce di programmazione delle applicazioni, un registro contenente [talune] informazioni [relative alla pubblicità effettuata], per l’intero periodo durante il quale presentano pubblicità e fino a un anno dopo la data dell’ultima presentazione dell’annuncio pubblicitario sulle loro interfacce online*” (art. 39 DSA);
 - i fornitori di VLOPs e VLOSEs “*forniscono al coordinatore dei servizi digitali del luogo di stabilimento o alla Commissione, su loro richiesta motivata ed entro un termine ragionevole specificato in detta richiesta, l’accesso ai dati necessari per monitorare e valutare la conformità al presente regolamento*”, al fine di adottare eventuali provvedimenti a ciò finalizzati (art. 40(1) del DSA);
 - tali soggetti devono istituire “*una funzione di controllo della conformità indipendente dalle loro funzioni operative*” volta a: “*a) collaborare con il coordinatore dei servizi digitali del luogo di stabilimento e con la Commissione ai fini del presente regolamento; b) assicurare che tutti i rischi di cui all’articolo 34 siano identificati e adeguatamente segnalati e che siano adottate misure di attenuazione dei rischi ragionevoli, proporzionate ed efficaci a norma dell’articolo 35; c) organizzare e*

sovrintendere alle attività del fornitore della piattaforma online di dimensioni molto grandi o del motore di ricerca online di dimensioni molto grandi relative alle revisioni indipendenti a norma dell’articolo 37; d) informare e consigliare i dirigenti e i dipendenti del fornitore della piattaforma online di dimensioni molto grandi o del motore di ricerca online di dimensioni molto grandi in merito ai pertinenti obblighi a norma del presente regolamento; e) monitorare la conformità del fornitore della piattaforma online di dimensioni molto grandi o del motore di ricerca online di dimensioni molto grandi agli obblighi derivanti dal presente regolamento; f) se del caso, monitorare la conformità del fornitore della piattaforma online di dimensioni molto grandi o del motore di ricerca online di dimensioni molto grandi agli impegni assunti a norma dei codici di condotta di cui agli articoli 45 e 46 o dei protocolli di crisi di cui all’articolo 48” (art. 41, par. 1 e 3 del DSA);

- la “*Commissione addebita ai fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi un contributo annuale per le attività di vigilanza al momento della loro designazione a norma dell’articolo 33*” (art. 43, par. 1 del DSA).

Entro 4 mesi dalla notifica della decisione di designazione, le piattaforme e i motori di ricerca così individuati sono tenuti ad adeguare i propri sistemi, risorse e processi alle disposizioni poc’anzi illustrate, al fine di garantire la conformità al regolamento.

Tale nuova architettura di queste piattaforme *online* dovrebbe così garantire maggiore consapevolezza e potere di decisione agli utenti con riguardo ai propri diritti, una migliore protezione dei minori e degli altri soggetti particolarmente vulnerabili, una minor diffusione della disinformazione (oltre a una mediazione dei contenuti *online* più diligente), nonché una maggiore trasparenza dei servizi offerti sul *web*.

RICCARDO ALFONSI

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP_23_2413

[2023/2\(6\)RA](#)

La contestazione di Zalando alla sua designazione quale VLOP

| 384

Il 27 giugno 2023, Zalando ha contestato dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la designazione della propria piattaforma quale "piattaforma online di dimensioni molto grandi" (VLOP) [su cui v. la notizia precedente].

Segnatamente, Zalando ha sostenuto che la Commissione europea – nell'effettuare tale designazione – non avrebbe correttamente tenuto conto della natura precipuamente *retail* del *business model* della società, natura che non implicherebbe alcun "rischio sistemico" di diffusione, da parte di terzi, di contenuti dannosi per gli utenti o comunque illegali. Al contrario, la società destinataria del provvedimento della Commissione ha ribadito che essa offre ai propri clienti un ambiente *online* sicuro, con prodotti altamente curati, offerti da società *leader* del settore, accuratamente controllate prima di essere selezionate.

Ancora, Zalando ha sostenuto l'erroneità della designazione effettuata dalla Commissione, in virtù del fatto che la media mensile dei destinatari attivi del servizio offerto dalla società sarebbe pari a circa 31 milioni, e quindi una cifra di gran lunga inferiore rispetto a quella – di 45 milioni di utenti al mese – postulata dall'art. 34(1) DSA al fine della individuazione di una VLOP.

Infine, in ogni caso, Zalando ha denunciato una presunta disparità di trattamento lamentando in proposito l'assenza di una metodologia chiara e coerente utilizzata dalla Commissione al fine di valutare se una società rientri o meno nella categoria di "piattaforma online di dimensioni molto grandi" per l'applicazione della Sezione 5 del Capo III del DSA.

RICCARDO ALFONSI

<https://www.just-style.com/news/german-fashion-retailer-zalando-sues-eu-over-landmark-digital-services-act/>

[2023/2\(7\)GDI](#)

La sentenza del Tribunale della CGUE del 26.4.2023 nella causa T-557/20 sulla nozione di dato personale

Il 26 aprile 2023 il Tribunale della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nella causa T-557/20, ha annullato la decisione del Garante europeo della protezione dei dati (GEPD) del 24

novembre 2020 con la quale quest'ultimo aveva dichiarato che il Comitato di Risoluzione Unico (l'autorità di risoluzione delle crisi dell'Unione bancaria europea, di seguito: CRU) aveva violato l'art. 15 del regolamento (UE) 2018/1725 sulla tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni dell'Unione e sulla libera circolazione di tali dati, in quanto non aveva informato i reclamanti della possibilità che i loro dati personali fossero comunicati ad una società di consulenza del gruppo Deloitte (Deloitte).

Sebbene la sentenza sia espressamente rivolta all'interpretazione del regolamento (UE) 2018/1725, le indicazioni in essa contenute possono essere estese al regolamento (UE) 2016/679 (il GDPR) per sostanziale omogeneità delle nozioni contenute nei due testi normativi. *A fortiori*, lo stesso Tribunale, nelle sue argomentazioni, richiama l'interpretazione che la Corte di Giustizia ha dato alla nozione di dato personale ai sensi della direttiva 95/46/CE.

Nell'ambito di un processo di indennizzo conseguente alla risoluzione di un ente creditizio spagnolo, il CRU si era avvalso di Deloitte per alcune elaborazioni sulla documentazione presentata da azionisti e creditori. A tal fine, il CRU ha trasferito a Deloitte alcune informazioni contraddistinte da un codice alfanumerico.

Successivamente, alcuni azionisti e creditori hanno inviato al GEPD cinque reclami sostenendo che il CRU non li aveva informati che i loro dati sarebbero stati trasmessi a terzi, tra cui Deloitte.

All'esito della sua istruttoria, nel ritenere che i dati trasmessi a Deloitte fossero dati pseudonimizzati e, in quanto tali "dati personali" *ex art. 3, punto 1, del regolamento 2018/1725*, il GEPD ha rilevato la violazione dell'obbligo di informazione previsto dall'art. 15, par. 1, lett. d), del medesimo regolamento.

Nel contestare tale pronuncia, il CRU ricorre al Tribunale ai sensi dell'art. 263 TFUE contestando la natura di dati personali delle informazioni inviate a Deloitte e chiedendo l'annullamento della decisione del GEPD. Sosteneva il CRU che le informazioni trasmesse a Deloitte non costituivano dati personali in quanto: le informazioni trasmesse erano indipendenti dalle persone dei reclamanti e non connesse alla loro vita privata; la comunicazione del codice alfanumerico non ha portato a pseudonimizzare i dati che, invece, sarebbero anonimi in quanto il CRU non avrebbe condiviso le informazioni che consentivano di reidentificare gli autori delle osservazioni. In altre parole, il solo codice alfanumerico non consentirebbe a Deloitte di reidentificare le persone.



Di contro, alla base della decisione del GEPD vi era la constatazione che: le osservazioni degli interessati sono informazioni che di per sé li “concernono”; il fatto che Deloitte non abbia avuto accesso alle ulteriori informazioni detenute dal CRU non comporta che i dati pseudonimizzati siano divenuti anonimi e, a prescindere se fosse “ragionevolmente” probabile la reidentificazione degli interessati e in considerazione del fatto che la nozione di dato personale considera identificabile la persona anche “indirettamente”, conclude che i dati pseudonimizzati rimarrebbero tali anche quando vengono trasmessi a terzi.

Nel risolvere la questione, la sentenza del Tribunale acquisisce interesse per le valutazioni sulla nozione di “dato personale” e per l’accertamento in concreto che l’interprete deve porre per verificarne i requisiti. Rileva il Tribunale, infatti, che per aversi dati personali l’informazione deve essere «concern[ente]» una persona fisica che, tramite questa, sarà «identificata o identificabile».

Nel premettere che la nozione di dato personale è interpretata in senso estensivo (v. Sentenza 20 dicembre 2017, Nowak, punto 34) e comprende ogni tipo di informazione purché “concernente” la persona interessata, il Tribunale rileva che l’informazione integra un dato personale quando «in ragione del suo contenuto, della sua finalità o del suo effetto, l’informazione era connessa a una determinata persona» (§69).

L’accertamento di tali condizioni non può però essere presunto, sicché: «Certamente, non si può escludere che punti di vista personali o opinioni costituiscano dati personali. Tuttavia, [...] tale conclusione non può basarsi su una presunzione [...] ma deve basarsi su un esame volto ad accertare se, per il suo contenuto, scopo o effetto, un punto di vista sia collegato a una persona specifica. Ne consegue che, non avendo effettuato un siffatto esame, il GEPD non poteva concludere che le informazioni trasmesse a Deloitte costituissero un’informazione “concernente” una persona fisica» (§§ 73-74).

Con riferimento al rapporto tra dati pseudonimizzati (e quindi “personali”) e anonimizzati (quindi esclusi dall’ambito di applicazione della normativa), nel rilevare che le informazioni trasmesse a Deloitte non riguardavano persone “identificate”, il Tribunale esamina se le informazioni in possesso di Deloitte concernessero una persona fisica “identificabile”.

A tal fine, il Tribunale fa riferimento alla sentenza “Breyer” della Corte di Giustizia del 19 ottobre 2016 sulla possibilità di un “indirizzo IP” di essere qualificato come informazione riferita a una

«persona fisica identificabile», tenendo conto, da un lato, del fatto che esso non offre, di per sé, la possibilità di identificare l’utente e, dall’altro, che altre informazioni aggiuntive, se combinate con tale indirizzo IP, avrebbero consentito di identificare detto utente.

Affinché un dato possa essere qualificato come “personale” non è necessario che tutte le informazioni utili siano in possesso di una sola persona e, quindi, il fatto che le informazioni aggiuntive necessarie per identificare l’utente siano in mano a un altro soggetto non è idoneo a escludere che gli indirizzi IP possano essere dati personali. Tuttavia occorre determinare la ragionevole possibilità di combinare un indirizzo IP con le informazioni aggiuntive detenute da altro soggetto. Tale situazione non si verifica laddove l’identificazione della persona sia vietata dalla legge o praticamente irrealizzabile, per esempio a causa del fatto che implicherebbe un dispendio di tempo, di costo e di manodopera, facendo così apparire insignificante il rischio di identificazione.

Sicché, conclude il Tribunale: «il fatto che le informazioni aggiuntive [...] non fossero in possesso di Deloitte, bensì del CRU, non è idoneo a escludere a priori che le informazioni trasmesse a Deloitte costituissero dati personali per quest’ultima. Tuttavia, [...] per stabilire se le informazioni trasmesse a Deloitte costituissero dati personali, occorre porsi dal punto di vista di quest’ultima per determinare se le informazioni che le sono state trasmesse si riferiscano a “persone identificabili”» (§§ 96-97).

Tale accertamento doveva essere effettuato dal GEPD che si è limitato ad esaminare la possibilità di reidentificare gli interessati dal punto di vista del CRU e non di Deloitte.

Secondo il Tribunale: «incombeva al GEPD stabilire se la possibilità di combinare le informazioni fornite a Deloitte con le informazioni aggiuntive in possesso del CRU costituisse un mezzo che poteva essere ragionevolmente attuato da Deloitte per identificare gli autori delle osservazioni. Pertanto, poiché il GEPD non ha verificato se Deloitte disponeva di mezzi legali e realizzabili in pratica che le consentissero di accedere alle informazioni aggiuntive necessarie per la reidentificazione degli autori delle osservazioni, il GEPD non poteva concludere che le informazioni trasmesse a Deloitte costituissero informazioni concernenti una “persona fisica identificabile”» (§§ 104-105).

In conclusione: la valutazione del fatto che i dati “concernano” una persona fisica deve essere svolta in concreto e non presunta; l’analisi del rischio di

reidentificazione dell'interessato deve essere svolta in concreto e dal punto di vista del destinatario dei dati.

Il Tribunale ha dunque annullato la decisione del GEPD non perché le informazioni trasmesse a Deloitte fossero dati anonimizzati piuttosto che pseudonimizzati ma perché il GEPD non ha accertato che le informazioni fornite a un destinatario dei dati fossero informazioni "concernenti" una persona fisica e che la rendessero "identificabile".

386

GUIDO D'IPPOLITO

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=272910&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4409733>

[2023/2\(8\)CR](#)

Lo standard ISO 31700-1:2023 sul privacy by design dei prodotti e servizi di consumo

Il 31 gennaio 2023 l'*International Organization for Standardization* ("ISO") ha adottato il nuovo standard ISO 31700 che delinea il principio di *privacy by design* nel trattamento dei dati personali collegato alla gestione di un prodotto o servizio di consumo. Lo standard si compone di due parti: una lista di 27 requisiti operativi (31700-1) e 3 casi pratici che mostrano come svolgere un adeguamento ai nuovi processi introdotti (31700-2). Lo standard riprende il concetto di *privacy by design* ("PbD") introdotto negli anni '90 da Anna Cavoukian, Commissario per l'informazione e la privacy dell'Ontario, e poi ripreso anche dall'art. 25 del GDPR secondo cui i titolari del trattamento devono garantire che "per impostazione predefinita, non siano resi accessibili dati personali a un numero indefinito di persone fisiche senza l'intervento della persona fisica".

Lo standard ISO 31700 si ricollega alla previsione del GDPR (da cui riprende anche la definizione di "dato personale"), e la va ad integrare specificando i requisiti necessari per la corretta applicazione della PbD e fornendo dei casi d'uso per aiutare i titolari del trattamento nella effettiva implementazione di questo principio. Rispetto al GDPR, lo standard ISO si concentra però più sull'aspetto commerciale della PbD che sul piano della tutela dei diritti fondamentali, come confermato dal fatto che non parla di "interessato" ma di "consumatore finale".

In ogni caso, il rispetto dello standard ISO 31700 non costituisce un requisito legale e non garantisce di per sé la *compliance* con le previsioni del GDPR.

Si tratta di una certificazione disponibile sul mercato di cui gli operatori possono avvalersi per dimostrare di fronte ai consumatori e alle autorità di controllo il loro impegno nell'adottare misure di protezione dei dati personali al fine di ottenere la fiducia dei consumatori e guadagnare una posizione di vantaggio competitivo rispetto alle aziende concorrenti.

Ai sensi dello standard, come si legge nell'introduzione, il concetto di *privacy by design* può essere applicato a prodotti, processi, sistemi e software e consiste nel garantire che le impostazioni di *default* siano orientate alla tutela del consumatore, in modo da assicurare già un elevato livello di protezione dei dati personali senza che il consumatore debba farsi carico di intervenire per ottenere tale protezione.

Questo risultato può essere raggiunto attraverso una pluralità di metodologie che afferiscono al design e allo sviluppo del prodotto/servizio considerandone l'intero ciclo di vita, dalla fase di creazione all'acquisto e all'utilizzo da parte dei consumatori, fino alla fine del ciclo di vita.

Uno dei pilastri su cui si fonda lo standard 31700 riguarda i requisiti di comunicazione con i consumatori al fine di garantire la trasparenza sul trattamento dei dati personali così da facilitare un processo decisionale sicuro e informato sia prima dell'acquisto che durante il successivo utilizzo del prodotto/servizio. In quest'ottica vengono menzionate una serie di modalità attraverso cui è possibile comunicare al consumatore in modo trasparente, tra cui ad esempio interfacce, pagine di istruzioni e documenti sul prodotto, sezioni F.A.Q., pagine di avvisi ai consumatori, servizi di assistenza, ecc.

Altro pilastro è quello della gestione del rischio che in parte riprende i requisiti dell'art. 32 GDPR in tema di sicurezza del trattamento, dell'art. 35 in tema di valutazione d'impatto e dell'art. 28 sulla gestione dei rapporti con i responsabili del trattamento. Le attività di *risk management* devono quindi essere volte a valutare, prevenire, mitigare e trasferire i rischi, considerando le conseguenze dell'esposizione dei consumatori al prodotto/servizio.

Infine, gli ultimi due capitoli dello standard riguardano i requisiti di sviluppo, implementazione e gestione dei controlli sulla privacy (per tali intendendosi l'insieme delle azioni, misure e contromisure che consentono di mitigare i rischi per la privacy) e i requisiti per la fine del ciclo di vita del prodotto/servizio, posto che per anche questa fase può avere importanti impatti sulla privacy dei consumatori.



CHIARA RAUCCIO

<https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:31700:-1:ed-1:v1:en>

2023/2(9)FP

Il report finale dell’Autorità antitrust tedesca sull’indagine di settore sull’online advertising

A distanza di circa un anno dalla pubblicazione dell’indagine di settore sull’*online advertising* (29 agosto 2022), l’Autorità *antitrust* tedesca (Bundeskartellamt, **BKartA**) ha diffuso un report che raccoglie e analizza criticamente i commenti ricevuti dai principali stakeholders in esito alla consultazione pubblica (30 maggio 2023).

L’indagine e il report finale sono accessibili esclusivamente in lingua tedesca sulla pagina web del BKartA, dove è però disponibile un *executive summary* dell’indagine in lingua inglese.

L’indagine nasce con l’obiettivo di mappare un settore che, nel corso dell’ultimo ventennio, ha conosciuto una crescita esponenziale, tanto da sovrastare oggi, per volume e valore degli scambi, le forme tradizionali di *advertising* a mezzo stampa o telecomunicazioni.

Il *report* mira a fornire una ricostruzione delle diverse tecniche impiegate dai processi di *online advertising* e a identificare i principali attori coinvolti, al fine di addivenire a una possibile delimitazione del mercato di riferimento e delle problematiche sottese alla sua distribuzione. Il *focus* dell’analisi, data l’area di competenza del BKartA, è relativo al livello di competitività del settore, in particolar modo rispetto ai rischi posti dalla concentrazione dei processi di scambio in mano a pochi *players* con posizione di assoluto predominio. Attraverso la pubblicazione del *report*, l’intenzione del BKartA non è tuttavia quella di anticipare giudizi in ordine ad asserite violazioni delle regole *antitrust* – eventualmente rimesse a futuri procedimenti individuali – quanto piuttosto di suggerire la necessità di un’analisi più ampia e approfondita, specialmente alla luce dell’oramai prossima introduzione di una cornice regolatoria di riferimento.

Dopo un’iniziale approccio votato al “*laissez faire*”, lo scenario futuro sembra difatti destinato a mutare radicalmente in conseguenza dell’imminente entrata in vigore di nuove legislazioni che intercettano il fenomeno dell’*online advertising*: tanto a livello nazionale (*in primis*, il nuovo § 19a della legge tedesca sulle restrizioni alla concorrenza, il **GWB**, che stabilisce nuovi poteri del BKartA in caso di

condotte abusive di imprese con importanza significativa su diversi mercati), quanto euro-unitario, su tutte, il *Digital Markets Act*, **DMA** e il *Digital Services Act*, **DSA** [su cui v. le notizie, rispettivamente sub 1 e sub 2 del numero 4/2022 in questa rubrica: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2023/01/Osservatorio.pdf>].

A livello definitorio, il *report* muove da una generale distinzione fra *advertising* «*search-based*» e «*non-search-based*», a seconda che il contenuto proposto all’utente sia basato prevalentemente sulla sua *query* di ricerca, ovvero su altre informazioni relative al singolo profilo utente (cui l’*advertiser* ha avuto accesso attraverso *tracking* o scambio di dati) o al contesto nel quale è inserito il *banner* pubblicitario. Nonostante alcuni commenti al *report* suggeriscano una certa sovrapposibilità fra queste tipologie, solo la seconda è presa di fatto in considerazione nell’indagine, dando essa più facilmente luogo a problemi di asimmetria informativa e di opacità dei processi di acquisizione e trattamento dati.

La variante di *non-search advertising* su cui il report si sofferma più in dettaglio è quella del «*programmatic advertising*» (**PA**). In sintesi, la vendita di uno spazio pubblicitario online secondo questo meccanismo avviene in via totalmente automatizzata, attraverso la sua pubblicazione da parte di un «*Publisher-AdServer*» su una o più «*Supply Side Platforms*» (**SSPs**), unitamente alle condizioni base d’offerta, quali un prezzo minimo o un contenuto compatibile con lo spazio dove compare il banner.

Lo spazio messo in vendita sulle SSPs diviene così oggetto di un’asta in tempo reale («*Real Time Bidding*», **RTB**) – di regola, al momento in cui l’utente accede al sito web o all’applicazione che ospita lo spazio pubblicitario – diretta a selezionare la miglior offerta presentata dai vari «*advertisers*» su «*Demand Side Platforms*» (**DSPs**); in questa fase, le DSPs hanno di regola accesso a una serie di informazioni critiche sul profilo individuale dell’utente o sulle caratteristiche dello spazio pubblicitario, al fine di aggiustare le singole offerte e individuare quella al maggior prezzo. L’identificativo dell’*advertiser* che si è aggiudicato l’offerta viene infine comunicato dalla SSP al *publisher*, il quale provvede all’inserimento dello specifico contenuto pubblicitario all’interno del *banner*.

Sebbene SSPs e DSPs siano concettualmente distinti, la consultazione mette in luce la circostanza per cui questo riparto di competenze risulta nella prassi molto più sfumato, giacché i più importanti DSPs appartengono a SSPs che sono al contempo

publishers, evidenziando così potenziali conflitti di interesse [sulla decisione del 2 febbraio 2022 del Garante privacy belga sul *Real Time Bidding* e le attività di online advertising a proposito del Quadro di Trasparenza e Consenso elaborato e gestito da IAB Europe –v. in questa rubrica la notizia n. 11 del numero 1/2022: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2022/04/Osservatorio.pdf>]. Un ruolo chiave nel processo di *online advertising* mediante PA è svolto da intermediari che si occupano di raggruppare spazi messi a disposizione dei publishers offrendoli poi ai diversi acquirenti attraverso un singolo punto di contatto. L'opera di intermediazione si accompagna, di regola, alla prestazione di servizi ulteriori a favore degli *advertisers*, quali il *targeting* degli utenti, la prevenzione di frodi e il monitoraggio della visibilità degli annunci pubblicitari («*ad verification*»).

L'attuale geografia del mercato mostra un elevatissimo grado di concentrazione per volume di vendite e guadagni in mano a Google (Alphabet), tanto in qualità di *publisher* di *ad services* (tra l'80 e il 100% del mercato), quanto di venditore di spazi di terze parti.

L'indagine si limita alla mappatura del mercato tedesco ma, secondo il BKartA, tali risultati restituiscono una tendenza del tutto uniforme fra le diverse aree geografiche del mercato europeo. Le ragioni della larga maggioranza di preferenze degli *advertisers* per i servizi di Google si legano principalmente al controllo, da parte di quest'ultima, del più ampio *database* di informazioni sugli utenti, tale da consentire una maggior granularità dell'offerta pubblicitaria loro destinata.

Allo stesso tempo, la consultazione ha reso noti i problemi di opacità che caratterizzano la prestazione dei servizi di Google, su tutti, la comunicazione ai *publishers* del solo dato relativo all'ammontare di offerte che hanno avuto successo, non anche di quelle non riuscite.

A parere del BKartA, della soluzione di questo problema dovrà farsi carico l'art. 5, parr. 9-10 DMA, il quale assegna al «*gatekeeper*» obblighi più penetranti di informazione a *advertisers* (inserzionisti) e *publishers* (editori) su base giornaliera e senza oneri aggiuntivi. L'assoluta preminenza del ruolo dei dati nell'infrastruttura dell'*online advertising* induce il BKartA a soffermarsi con particolare attenzione sulle ripercussioni che potranno verosimilmente prodursi in esito al processo in atto di restrizione nell'accesso ai dati personali. L'incremento di consapevolezza da parte della generalità degli utenti nel valore dei dati personali, unitamente

all'introduzione di vincoli normativi alla loro acquisizione e trattamento impone difatti di valutare come il mercato possa reagire all'inversione di tendenza rispetto a modelli, finora prevalenti, di business «*data-intensive*».

A titolo esemplificativo, il report sottolinea le problematiche che possono affliggere il metodo di *tracking* ad oggi più diffuso, quello che si affida ai «*third party cookies*», in varia misura oggetto di limitazione da parte della Direttiva e-Privacy e del GDPR. La funzione principale del dato in questo settore è quella di evitare perdite imputabili all'effetto dispersione, in ragione della non coerenza fra il contenuto pubblicizzato, da un lato, e il profilo dell'utente, ovvero la sede dello spazio pubblicitario, dall'altro. La consultazione ha però evidenziato che, oltre al «*content targeting*», l'accesso ai dati riveste altre fondamentali funzioni, quali la misurazione del successo della campagna pubblicitaria e l'identificazione e prevenzione di comportamenti abusivi. In ragione di ciò, è stato suggerito dai partecipanti alla consultazione di distinguere fra «*user data*» e «*usage data*», per differenziare fra loro le caratteristiche dei dati necessari all'espletamento delle diverse funzioni.

Dal momento che diversi modelli di *business* fondano il principale canale di finanziamento nei meccanismi di *online advertising* e si basano sull'acquisizione dei dati, numerosi partecipanti alla discussione (in particolare, dal lato dei *publishers*) avversano l'introduzione di ulteriori restrizioni nell'accesso ai dati. Pur senza prendere posizione a riguardo, il report invita a considerare i possibili effetti derivanti dalle suddette restrizioni e, segnatamente, se *i*) queste ultime contribuiscano a diminuire il livello di diversificazione del settore e la sua competitività (a discapito dell'offerta agli utenti finali) e *ii*) possano altresì produrre effetti asimmetrici a vantaggio dei grandi *players* di mercato. Sul primo punto, la BKartA suggerisce di verificare la fattibilità di percorsi alternativi di sostenibilità di *business model* che fanno oggi eccessivo affidamento sul canale dell'*online advertising*, nell'ottica di rinunciare o di fare più limitato uso dei dati, anche in considerazione del fatto che l'obiettivo è quello per cui tutti gli operatori di mercato abbandonino progressivamente le strategie «*data-intensive*».

Allo stesso tempo, il report sottolinea che misure restrittive indiscriminate possano comunque produrre effetti asimmetrici sul mercato, dal momento che gli operatori attivi su larghi ecosistemi (come Alphabet) potranno comunque continuare ad avere accesso ai dati grazie all'ampio portafogli di servizi e ai «*first-party data*», laddove



altri attori perderebbero invece ogni possibilità di usufruirne.

L'elevata concentrazione del mercato, specie nel settore del *non-search online advertising*, impone dunque di considerare l'effettività di misure su base individuale, dirette a correggere le pratiche dell'operatore che occupa la fetta di mercato più ampia. A tal proposito, nel dicembre 2022, facendo uso dei poteri assegnati dal § 19 GWB, il BKartA ha informato Alphabet della necessità di effettuare modifiche alle proprie condizioni di trattamento dati, al fine di assicurare la scelta dei suoi utenti di consentire o meno al loro trattamento fra servizi differenti. Tuttavia, secondo l'Autorità tedesca, le misure su base individuale non sarebbero sufficienti a risolvere problematiche più radicali – come quelle dell'opacità e del conflitto di interessi – che richiederebbero riforme strutturali e su più larga scala.

Come monito conclusivo il report suggerisce però che considerazioni legate a possibili effetti anticoncorrenziali della restrizione all'accesso e al trattamento dati debbano venir bilanciate con l'esigenza di tutela del diritto all'autodeterminazione degli utenti, specie in considerazione del carattere sensibile di alcuni dati processati dai sistemi di *online advertising*.

Pur priva di valenza immediatamente precettiva sul versante dell'accertamento di condotte anticoncorrenziali, l'indagine del BKartA mira a fornire una base per futuri approfondimenti su un settore in rapidissimo sviluppo e per una discussione sulle misure di *policy* dirette a regolare il mercato della circolazione dei dati.

FEDERICO PISTELLI

Indagine sull'online advertising (lingua tedesca)

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung_Online_Werbung_Diskussionsbericht_lang.html?nn=3599398

Executive summary on Sector Inquiry – Online Advertising (lingua inglese)

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Sector%20Inquiries/Sektor_inquiry_online_advertising_report_discussion_summary.pdf?blob=publicationFile&v=4

Report finale (lingua tedesca)

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung_Online_Werbung_Abschlussbericht.html?nn=3599398

[2023/2\(10\)IG](#)

Il parere del “Chirurgo Generale” degli USA del 23 maggio 2023 sulla salute mentale dei giovani e i social media

Il 23 maggio 2023 il *Surgeon General*, capo dell'Ufficio per la Salute Pubblica per gli Stati Uniti, con un documento intitolato “*Social Media and Youth Mental Health*”, dopo aver riconosciuto gli indiscussi vantaggi connessi all'uso dei *social media*, ha richiamato l'attenzione dei cittadini americani sui rischi legati ad un uso eccessivo e problematico degli stessi e al relativo impatto sulla salute mentale dei minori. Nel parere si riportano gli esiti di studi ed esperimenti condotti su giovani universitari, dai quali è emersa una significativa correlazione fra l'uso dei *social media* e l'insorgenza (o aggravamento) della depressione e dell'ansia e inoltre come la limitazione del tempo di utilizzo degli stessi abbia portato ad una importante riduzione di tali fenomeni. Nel rapporto viene quindi spiegato come tali effetti siano ancora più evidenti negli adolescenti, di età compresa tra i 10 e i 19 anni, i quali stanno attraversando un periodo molto delicato dello sviluppo cerebrale, nel quale i comportamenti a rischio raggiungono il loro apice, il benessere subisce le maggiori fluttuazioni ed emergono problemi di salute mentale, come la depressione e l'ansia. Inoltre, all'inizio dell'adolescenza, quando si stanno formando l'identità e il senso di autostima, lo sviluppo cerebrale è particolarmente suscettibile alle pressioni sociali, alle opinioni dei coetanei e al confronto con gli altri. I *social media* possono anche perpetuare l'insoddisfazione del corpo, i comportamenti alimentari disordinati, il confronto sociale e la bassa autostima, specialmente tra le ragazze adolescenti. Il report sottolinea come l'influenza dei *social media* sulla salute mentale dei giovani sia determinata da diversi fattori, tra cui la quantità di tempo che i bambini e gli adolescenti trascorrono sulle piattaforme, il tipo di contenuti che consumano o a cui sono esposti in altro modo, le attività e le interazioni che i *social media* consentono e il grado di interruzione delle attività essenziali per la salute, quali il sonno e attività fisica. Inoltre bambini e adolescenti sono influenzati dai *social media* in modi diversi, in base ai loro punti di forza e di vulnerabilità individuali, nonché in base a fattori culturali, storici e socio-economici. Nel parere si afferma che, dato il crescente numero di ricerche sui potenziali danni correlati all'uso dei *social media*, benché siano necessarie ulteriori ricerche per comprenderne pienamente l'impatto

sugli adolescenti, si debba agire con urgenza per creare ambienti digitali sicuri e salutarissimi che riducano al minimo i danni e salvaguardino la salute mentale e il benessere di bambini e adolescenti durante le fasi critiche del loro sviluppo.

390 Per questo il *Surgeon General* rivolge un invito ai legislatori, alle aziende tecnologiche, alla comunità scientifica, alle famiglie e agli stessi giovani affinché si attivino con misure, precauzioni, azioni e iniziative in grado di ridurre i rischi, massimizzare i benefici e salvaguardare la salute mentale e il benessere dei minori.

In particolare ai responsabili politici raccomanda di adottare misure per rafforzare gli standard di sicurezza e limitare l'accesso in modo da rendere i social media più sicuri per i bambini di tutte le età, proteggere meglio la loro privacy, sostenere l'alfabetizzazione digitale e mediatica, nonché finanziare ulteriori ricerche; alle aziende tecnologiche, in particolare alle piattaforme digitali, di valutare in modo migliore e più trasparente l'impatto dei loro prodotti sui bambini, condividere i dati con ricercatori indipendenti per aumentare la comprensione collettiva degli impatti, prendere decisioni di progettazione e sviluppo che diano priorità alla sicurezza e alla salute, compresa la protezione della privacy dei minori, nonché migliorare i sistemi per fornire risposte efficaci e tempestive ai reclami; alle famiglie e agli assistenti sociali di monitorare e di educare al corretto utilizzo dei social media da parte dei minori, nonché di prendere provvedimenti all'interno delle loro famiglie, ad esempio istituendo zone libere dalla tecnologia che aiutino a proteggere il sonno e a favorire meglio le relazioni interpersonali; ai giovani raccomanda di limitare il tempo di permanenza sulle piattaforme, di bloccare i contenuti indesiderati e di fare attenzione a condividere informazioni personali. Ai ricercatori, infine, richiede un maggiore impegno nell'approfondire e nel chiarire l'impatto delle nuove tecnologie sulle persone minori di età, nel definirne gli standard di utilizzo e nel valutare le migliori pratiche per sostenere la salute dei minori, migliorando il coordinamento e la collaborazione nella ricerca anche al fine di diffonderne i risultati.

ILARIA GARACI

<https://www.hhs.gov/surgeongeneral/priorities/youth-mental-health/social-media/index.html>

<https://www.hhs.gov/sites/default/files/sg-youth-mental-health-social-media-advisory.pdf>

[2023/2\(11\)LV](#)

La denuncia del 31.5.2023 dalla Federal Trade Commission degli USA contro Amazon per l'assistente vocale 'Alexa' in relazione alle normative a protezione dei minori e dei consumatori

Il 31 maggio 2023 la *Federal Trade Commission* degli Stati Uniti (FTC) ha diffuso la seguente notizia: il *Department of Justice* (DOJ) ha presentato, su istanza della Commissione stessa, una denuncia contro Amazon, contestandole di aver violato una serie di previsioni relative alla protezione dei dati personali e, più in generale, alla tutela del consumatore.

Protagonista delle accuse è il noto assistente vocale "Alexa", prodotto proprio dal colosso di Seattle, che secondo la FTC e il DOJ presenta modalità di funzionamento del tutto incompatibili sia con la normativa a protezione del consumatore, sia con il *Children's Online Privacy Protection Act* (COPPA). Quest'ultima è una legge approvata dal Congresso statunitense nel 1998 e in vigore dal 2000, che detta regole destinate ai gestori di siti *web* e agli operatori di servizi *online* finalizzate a proteggere i dati personali e la sicurezza dei minori. Peraltro, il testo di tale legge è stato aggiornato nel 2013 per riflettere i cambiamenti tecnologici, con inasprimento anche delle sanzioni previste in caso di violazione delle relative prescrizioni.

In particolare, quando si trattino dati personali di minori di 13 anni, il COPPA prevede che siano i genitori a dover prestare il relativo consenso. Si tratta di un aspetto centrale che gioca un ruolo cruciale anche nella denuncia presentata contro Alexa: in effetti, l'*home speaker* viene accusata, *in primis*, di raccogliere e trattare i dati degli utenti con età inferiore a 13 anni, senza richiedere a monte alcun consenso esplicito ai genitori. Amazon non si preoccuperebbe dunque di richiedere né di verificare l'esistenza di un consenso genitoriale prima di procedere al trattamento dei dati dei loro figli.

Secondo la denuncia presentata, altre e numerose sono le regole inosservate: Amazon avrebbe non solo violato la regola del consenso, ma anche conseguentemente impedito ai genitori di esercitare il diritto di cancellazione, previsto dal COPPA, dei dati dei minori illecitamente raccolti.

Ancora, l'azienda viene accusata di conservare i dati vocali raccolti tramite l'assistente vocale Alexa illimitatamente quando, sempre in base al COPPA, la conservazione dei dati di minori di 13 anni dovrebbe perdurare soltanto per il periodo ragionevolmente necessario per fornire il servizio.

Peraltro, molte applicazioni di Amazon che utilizzano Alexa e sono rivolte specificamente ai bambini non avrebbero nemmeno una propria *privacy policy*.

Viene quindi evidenziato come tali condotte pongano anche dati “sensibili” dei minori a rischio di accessi illeciti da parte di terzi non autorizzati, amplificando così i pericoli che si profilano per i minori coinvolti.

Amazon viene poi accusata ulteriormente di conservare a tempo indefinito i dati di geolocalizzazione raccolti tramite l’app di Alexa.

Nella ricostruzione della Commissione, la protezione dei dati personali dei minori si considera sacrificata da Amazon sull’altare del profitto: da qualche tempo, le iniziative della FTC cercano di porre un freno proprio agli sfruttamenti dei dati e agli “esperimenti sociali” realizzati trattando illecitamente i dati dei più piccoli.

Le condotte del *Big Player* di Seattle vengono inoltre ritenute dalla FTC ingannevoli nei confronti dei consumatori in generale, poiché Amazon dichiara pubblicamente che i suoi servizi e dispositivi, Alexa inclusa, sarebbero progettati proprio per proteggere la *privacy* degli utenti, millantando possibilità di cancellazione dei dati di geolocalizzazione e delle registrazioni vocali, che in realtà non vengono affatto garantite.

Al contrario, infatti, tali dati continuano a venire conservati *sine die*, nonostante le richieste di cancellazione pervenute, e, ritiene la Commissione, anche utilizzati illegittimamente per migliorare il funzionamento dell’algoritmo di Alexa.

In particolare, secondo la denuncia, la conservazione delle registrazioni vocali dei bambini avviene per implementare le capacità di riconoscimento e di elaborazione vocale di Alexa. Le voci dei bambini differiscono infatti da quelli degli adulti, quindi le registrazioni vocali conservate illegittimamente fornirebbero ad Amazon un prezioso *dataset* per addestrare l’algoritmo di Alexa a interpretare al meglio le richieste dei minori, i cui dati sono particolarmente utili per lo sviluppo di software di intelligenza artificiale.

Dopo l’elenco delle contestazioni, la Commissione riepiloga le richieste avanzate nella denuncia presentata: *in primis* che Amazon paghi 25 milioni di dollari US per le violazioni commesse, e poi che tenga una serie di condotte finalizzate a interrompere gli illeciti in corso e a impedire la commissione di nuove violazioni. In tal senso, si propone che Amazon cancelli tutti gli *account* inattivi dei bambini, e anche alcune registrazioni vocali e informazioni di geolocalizzazione, che non

utilizzi più tali dati per addestrare i propri algoritmi, e ancora che non utilizzi più i dati, specie di minori, che siano stati oggetto di richieste di cancellazione da parte degli utenti.

Inoltre, al colosso di Seattle si richiede l’adozione di un approccio proattivo alla materia del trattamento dei dati personali: in particolare Amazon dovrebbe informare gli utenti sulle sue pratiche di conservazione e cancellazione, garantendo trasparenza soprattutto per quanto attiene alle *policy* relative ai dati di geolocalizzazione e a alle registrazioni vocali, incluse quelle dei bambini. Sulla stessa linea, ad Amazon si richiede di implementare un vero e proprio programma (*privacy program*) sull’uso delle informazioni di geolocalizzazione da parte dell’azienda.

Infine, la notizia diffusa riporta ulteriormente che nella stessa giornata del 31 maggio 2023, la FTC ha annunciato un’ulteriore azione legale contro Ring, una società controllata dalla stessa Amazon, produttrice di citofoni *smart*, accusata di aver concesso l’accesso alle riprese dei propri clienti sia ai suoi dipendenti che ad alcuni appaltatori terzi, consentendo persino di scaricare e condividere liberamente tali video.

L’obiettivo della denuncia presentata contro Amazon evidenziato dalla stessa FTC nel proprio comunicato è quello di rendere più effettiva la protezione dei dati personali dei minori e al contempo di tutelare i consumatori in generale.

La notizia conferma il *trend* di significativo e progressivo accostamento di intenti tra Stati Uniti e Europa. Nel sistema statunitense, in cui la *privacy* è stata dai suoi esordi e a lungo tutelata attraverso l’equilibrio del mercato e ha rappresentato un’estensione della tutela del consumatore e della legittimità delle pratiche commerciali - tanto da riservare i più importanti compiti di controllo del suo rispetto alla stessa FTC - si sono registrate importanti iniziative di costruzione di approcci “integrati” tra protezione dei dati e *consumer protection*, con l’esperienza del *California Consumer Privacy Act* e, più di recente, del *Consumer Data Protection Act* dello stato della Virginia. L’attenzione da ultimo mostrata verso i dati dei minori costituisce un ulteriore tassello nella costruzione di un *right to privacy* più vicino alla *data protection* del Vecchio Continente.

Sul versante italiano ed europeo - dove ricordiamo l’intervento del nostro Garante per la protezione dei dati personali, che già nel 2020 aveva emanato una sorta di *vademecum* per l’utente contenente raccomandazioni per l’uso consapevole degli *smart assistant*, nonché le linee guida dello

European Data Protection Board (EDPB) del 7 luglio 2021 sugli assistenti vocali virtuali [su cui v. in questa rubrica la notizia 2021/3(5)LV - n. 5 del numero 3/2021:

<http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2021/08/Osservatorio.pdf>] - non

| 392 potranno ora certamente ignorarsi le contestazioni di una natura “fuorilegge” del più diffuso assistente vocale, mosse ad Amazon nel suo stesso paese di origine.

LAVINIA VIZZONI

<https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2023/05/ftc-doj-charge-amazon-violating-childrens-privacy-law-keeping-kids-alexa-voice-recordings-forever>

2023/2(12)ES

La pronuncia della Corte Suprema USA del 18.5.2023 nel caso Twitter v. Taamneh et al. per diffusione di contenuti dell’ISIS e l’opinion del Justice Thomas

Il 18 maggio 2023 la Corte Suprema degli Stati Uniti d’America ha reso una pronuncia sulla responsabilità di alcune piattaforme digitali per i contenuti ivi pubblicati. La sentenza è preceduta dall’*opinion* del Justice Thomas, fatta propria dalla Corte all’unanimità.

Fatto - Nel 2017 il Sig. Abdulkadir Masharipov compiva un attentato terroristico ad Istanbul per conto dell’ISIS in cui morivano diverse persone, tra cui la Sig.ra Nawras Alassaf. I familiari di quest’ultima intendevano un’azione giudiziaria contro Twitter, Facebook e Google, quale proprietaria della piattaforma YouTube, ai sensi del par. 2333(d) (2), titolo 18 dello U.S.C.

In particolare, gli attori sostenevano che le suddette piattaforme digitali avrebbero sostenuto il terrorismo poiché avrebbero permesso all’ISIS e ai suoi proseliti l’utilizzo di Twitter, Facebook e YouTube trasformandoli in uno strumento per reclutare terroristi, propagandare le proprie idee e raccogliere denaro. Il sostegno al terrorismo si giustificerebbe con la considerazione che tali piattaforme guadagnano dalle inserzioni pubblicitarie, presenti anche nelle pagine ospitanti i contenuti dell’ISIS. Esse, inoltre, utilizzano sofisticati algoritmi che suggeriscono agli utenti i contenuti più appropriati in base alle loro preferenze; ne consegue che se gli individui sono indirizzati alle pagine utilizzate da gruppi terroristici, ancora una volta Twitter, Facebook e

YouTube guadagnerebbero dalle inserzioni pubblicitarie. La posizione di Google (rectius, YouTube), inoltre, sarebbe ancora più grave poiché i video sono visualizzati e approvati dal gestore della piattaforma prima di essere pubblicati.

Il giudice di primo grado (District Court) aveva rigettato la domanda attorea, mentre la Ninth Circuit Court of Appeal l’aveva accolta. Twitter, Facebook e YouTube ricorrevano alla Corte Suprema americana.

Diritto - Gli attori invocano quale fonte di responsabilità il par. 2333(d) (2), titolo 18 dello U.S.C., introdotto nel 2016 dal Justice Against Sponsors of Terrorism Act (c.d. JASTA), che consente a ogni cittadino americano di perseguire chi supporta l’autore di fatti illeciti, qui gli atti terroristici, (“... *who aids and abets, by knowingly providing substantial assistance ...*”). Si tratta di una forma di responsabilità secondaria o indiretta. I presunti danneggiati, quindi, non invocano il par. 2333(a) che, invece, consente di chiedere il risarcimento direttamente all’autore del danno.

Per stabilire la responsabilità dei convenuti, innanzitutto, occorre stabilire (a) cosa si intenda per “*aids and abets*” e, in secondo luogo, (b) se il supporto debba essere rivolto ad un individuo o anche ad un’azione.

In primo luogo, occorre ricordare che l’espressione “*aids and abets*” non è definita dalla citata normativa, ma è ricorrente nei sistemi di common law ed è stata chiarita nella nota sentenza Halberstam v. Welch, 705 F. 2d 472. Tale pronuncia ha precisato che il supporto presuppone: 1) un illecito compiuto dalla persona che il sostenitore - qui i social media - ha aiutato; 2) nel momento in cui l’assistenza è stata fornita, il sostenitore doveva essere stato consapevole del suo ruolo come parte di un’attività illecita; e 3) il sostenitore deve aver consapevolmente e sostanzialmente supportato il fatto illecito. Nondimeno, la sentenza Halberstam ha individuato sei fattori per stabilire se la collaborazione del sostenitore sia sostanziale. In particolare, bisogna considerare: “(1) *“the nature of the act assisted,”* (2) *the “amount of assistance” provided,* (3) *whether the defendant was “present at the time” of the principal tort,* (4) *the defendant’s “relation to the tortious actor,”* (5) *the “defendant’s state of mind,”* and (6) *the “duration of the assistance” given”*.

I suddetti criteri consentono di delimitare il concetto di “sostegno” ai fatti illeciti. Essi devono essere applicati in concreto e caso per caso e possono condurre ad una responsabilità non solo per il supporto dato al danneggiante, ma anche “*for*



other reasonably foreseeable acts done in connection with it".

Resta inteso che ogni responsabilità presuppone una volontà colpevole del responsabile, c.d. elemento soggettivo.

In secondo luogo, va detto che stabilire se il sostegno, generante corresponsabilità, debba essere rivolto ad un soggetto o ad un fatto non è una questione meramente terminologica. Da tale differenza, infatti, dipende la possibilità che un soggetto debba rispondere di un fatto illecito.

La sentenza e l'opinion del Justice Thomas - Nel presente caso, l'*opinion* of the Court specifica che "*the Ninth Circuit went astray through a series of missteps that, together, obscured the essence of aiding-and-abetting liability*". La Corte d'Appello avrebbe male interpretato e applicato i criteri stabiliti dalla sentenza Halberstam.

La Corte Suprema, infatti, rileva che nel presente caso non sarebbe stato dimostrato un supporto volontario al fatto illecito: "*plaintiffs must make a strong showing of assistance and scienter. Plaintiffs fail to do so*". Le tesi attoree sono basate sull'inerzia delle piattaforme digitali, ma una condotta passiva o la mera creazione delle piattaforme non è di per sé fonte di responsabilità; né tantomeno l'utilizzo di algoritmi - come quelli menzionati per veicolare i contenuti pubblicitari - implica una collaborazione attiva e sostanziale in favore dell'ISIS. Da ciò non può desumersi alcuna volontà di supportare il terrorismo.

La Corte suprema, inoltre, precisa che l'aiuto eventualmente generante responsabilità in capo ai social media deve essere riferito ad un fatto illecito ("*... the defendant must aid and abet "a tortious act"*"). Senonché tale circostanza non è stata dimostrata dagli attori i quali sostenevano, invece, che il sostegno dovesse essere rivolto all'autore del fatto illecito.

In conclusione, la pronuncia, sulla base dell'*opinion* del Justice Thomas, riforma la sentenza d'appello - "*we therefore reverse the judgment of the Ninth Circuit*" - e rigetta le tesi attoree affermando che non sussiste alcuna responsabilità di Twitter, Facebook e YouTube per i contenuti pubblicati sulle suddette piattaforme.

EMANUELE STABILE

https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-1496_d18f.pdf

[2023/2\(13\)VR](#)

L'Online News Act canadese del 22.6.2023 e la decisione di Google di rimuovere i link alle notizie canadesi dai prodotti Search, News e Discover e di terminare il servizio Google News Showcase in Canada

Il 22 giugno 2023 il *Bill C-18 (Online News Act)* ha ricevuto il *Royal Assent* e ha acquisito forza di legge nell'ordinamento canadese.

Come può evincersi dal relativo Sommario, il provvedimento si propone di accrescere la correttezza nel mercato canadese delle notizie digitali e di contribuire alla sua sostenibilità, nel rispetto dei principi della libertà di espressione e dell'indipendenza giornalistica. In quest'ottica, l'*Online News Act* appronta un quadro di riferimento in seno al quale gli operatori di settore sono tenuti a stipulare accordi relativi ai compensi per i contenuti resi disponibili dagli intermediari di notizie digitali.

Le ragioni dell'intervento legislativo muovono dal ruolo assunto nell'ecosistema dell'informazione canadese dalle piattaforme digitali, che hanno radicalmente modificato le modalità di accesso ai contenuti giornalistici. Da ciò discende l'esigenza di garantire la diffusione di notizie affidabili, requisito cruciale per la vita democratica del Paese.

In quest'ottica, l'*Online News Act*: dovrebbe garantire un'equa ripartizione dei ricavi tra le piattaforme digitali e le testate giornalistiche; prevede espressamente il ricorso alla contrattazione collettiva da parte delle testate giornalistiche; promuove accordi commerciali tra piattaforme digitali e testate giornalistiche, con un intervento governativo minimo; in caso di mancato accordo, stabilisce in via suppletiva un quadro arbitrale obbligatorio; definisce il ruolo e gli strumenti della *Canadian Radio-television and Telecommunications Commission* (la **Commissione**) in qualità di regolatore.

Sul versante soggettivo, la nuova normativa è indirizzata agli intermediari di notizie digitali, ossia, ai sensi della Sezione 2(1), alle piattaforme di comunicazione online, compresi i motori di ricerca o i servizi di *social media*, che sono soggette all'autorità legislativa del Parlamento canadese e che mettono a disposizione di persone in Canada notizie prodotte da organi di informazione.

Quanto alle condizioni oggettive di applicabilità, si richiede che sussista un significativo squilibrio di potere contrattuale tra l'intermediario e l'impresa di informazione, avuto riguardo ai seguenti fattori: *a*) le dimensioni dell'intermediario; *b*) se il mercato dell'intermediario conferisce ad esso o a un suo operatore un vantaggio strategico rispetto alle

imprese di informazione; c) se l'intermediario occupa una posizione preminente sul mercato.

394 | Ai sensi della Sezione 7(1), l'intermediario di notizie digitali che presenti le illustrate caratteristiche è tenuto a notificare tale circostanza alla Commissione, che provvede a stilare e mantenere la lista di cui alla Sezione 8(1).

Nei mesi successivi all'entrata in vigore dell'*Online News Act*, la Commissione pubblicherà le linee guida per le imprese giornalistiche che intendono avanzare istanza per beneficiare del nuovo regime. Potenzialmente, diverse sono le categorie che potranno godere. Tra esse possono annoverarsi: le organizzazioni giornalistiche canadesi cui si applica l'*Income Tax Act*; le organizzazioni canadesi che producono contenuti giornalistici principalmente incentrati su questioni di interesse generale, a condizione che impieghino almeno due giornalisti e aderiscano a un codice di etica giornalistica; emittenti universitarie, comunitarie o indigene autorizzate ovvero testate indigene gestite da persone indigene.

Complessivamente, nei propositi del legislatore canadese, l'*Online News Act* dovrebbe comportare: un quadro normativo flessibile che promuova la correttezza nelle relazioni commerciali tra piattaforme digitali e testate giornalistiche; una maggiore sostenibilità dell'ecosistema giornalistico canadese, compresa quella delle imprese giornalistiche indipendenti e delle imprese giornalistiche delle comunità indigene e delle minoranze linguistiche ufficiali; un supporto di sostegno ai modelli di *business* innovativi; un panorama sufficientemente diversificato di aziende giornalistiche in grado di offrire servizi a popolazioni diverse in ogni provincia e territorio, comprese le comunità francofone e anglofone, le comunità di colore e altre comunità; il mantenimento dell'indipendenza della stampa.

Nondimeno, già prima della sua formale entrata in vigore l'intervento legislativo ha raccolto dubbi e perplessità da parte degli operatori di settore.

Si dà conto, di seguito, delle criticità segnalate da Kent Walker, *President of Global Affairs* di Google & Alphabet, in un comunicato online del 29.6.2023 (il **Comunicato**) che hanno condotto alla forte decisione di rimuovere i link alle notizie canadesi dai loro prodotti *Search*, *News* e *Discover* e di terminare il servizio *Google News Showcase* in Canada.

A detta della società, l'*Online News Act* sarebbe semplicemente inattuabile in quanto inconciliabile con le modalità con le quali il *web* e i motori di ricerca sono progettati per funzionare.

Più precisamente, si lamenta che i menzionati accordi tra piattaforme digitali e testate

giornalistiche si tradurrebbero nell'imposizione di un prezzo per l'esposizione dei link alle notizie (c.d. "*link tax*"), rendendo così onerosa un'operazione finora gratuita (e che – beninteso – continuerà ad esserlo per gli intermediari ai quali il provvedimento non sarà applicabile). Ciò, secondo Google, non soltanto non consentirà di risolvere i problemi strutturali della trasparenza e dell'affidabilità delle notizie online ma creerebbe un'insostenibile incertezza finanziaria e di prodotto, esponendo la società a una responsabilità finanziaria imponderabile.

Nel Comunicato si dà inoltre conto degli sforzi collaborativi profusi e dei tentativi di dialogo col Governo canadese, anche mediante interventi davanti allo *Standing Committee on Canadian Heritage* e al *Senate Committee on Transport and Communications*, accompagnati dall'invio di raccomandazioni dettagliate. In particolare, proprio nei giorni a ridosso dell'approvazione finale e del *Royal Assent*, la società avrebbe richiesto al Governo maggiore chiarezza sulle aspettative finanziarie per le piattaforme e di elaborare un percorso specifico e praticabile per ottenere l'esenzione di cui alle Sezioni 11-17 dell'*Online News Act*, in virtù dei consolidati programmi di supporto alle notizie e dei numerosi accordi commerciali conclusi con gli editori. Nell'ambito del programma *Google News Showcase*, ad esempio, sarebbero già perfezionati accordi con oltre 150 testate giornalistiche in tutto il Canada. Nel 2022, inoltre, i link alle testate giornalistiche canadesi sarebbero stati più di 3,6 miliardi, senza previsione di costi, per un totale di traffico online dal valore stimato di 250 milioni di dollari. Infine, si segnala l'invio di costanti feedback costruttivi e di analisi dei rischi, accompagnati da proposte di soluzioni alternative quali, su tutte, quella – già testata altrove – di un fondo indipendente per il giornalismo canadese sostenuto dalle piattaforme e dal Governo.

Al netto di alcune aperture, secondo Google, l'entrata in vigore dell'*Online News Act* ha (per ora) soffocato le richieste di Google, mancando di offrire sufficienti rassicurazioni e rendendo tangibile la prospettiva dell'obbligo di pagamento per i link e dell'esposizione a una responsabilità finanziaria non quantificabile. Pertanto, nonostante sia confermato che la nuova normativa non sarà effettiva fino all'adozione dei regolamenti attuativi, in assenza di adeguati temperamenti la medesima società ha dichiarato la sua decisione di rimuovere i link alle notizie canadesi dai prodotti *Search*, *News* e *Discover* e ad interrompere l'erogazione in Canada del servizio *Google News Showcase*.



VALENTINO RAVAGNANI

<https://www.canada.ca/en/canadian-heritage/services/online-news.html>

<https://blog.google/intl/en-ca/company-news/outreach-initiatives/an-update-on-canadas-bill-c-18-and-our-search-and-news-products/>

2023/2(14)DDA

I passi avanti dei lavori sul copyright internazionale in materia di accesso digitale all'istruzione, alla ricerca e al patrimonio culturale nella 43^a riunione del Comitato permanente per il diritto d'autore e i diritti connessi dell'OMPI

Da diversi anni le eccezioni e limitazioni (E&L) al diritto d'autore sono al centro delle discussioni del Comitato permanente per il diritto d'autore e i diritti connessi (SCCR) dell'Organizzazione mondiale della proprietà intellettuale (OMPI). Come noto, i negoziati mirano a trovare un equilibrio tra il diritto d'autore e la promozione dell'accesso alla conoscenza, all'istruzione e alla cultura da parte della collettività, in particolare nell'ambiente *online* e transfrontaliero. L'obiettivo è quello di arrivare alla definizione di uno o più strumenti giuridici internazionali (modello di legge, raccomandazioni congiunte, trattati e/o altre forme) che prevedano eccezioni e limitazioni a favore di biblioteche, archivi, istituti di istruzione, istituti di ricerca e persone con disabilità.

Dal 13 al 17 marzo 2023, si è tenuta a Ginevra la 43^o riunione del SCCR dell'OMPI, durante la quale il Comitato ha compiuto progressi significativi grazie all'adozione di un programma di lavoro sulle eccezioni e le limitazioni basato sulla [proposta del Gruppo Africano](#) (SCCR/43/8). Il programma è sostenuto dalla [Access to Knowledge Coalition](#) (A2K), di cui fanno parte [Comunia](#) e il [Capitolo italiano di Creative Commons](#), insieme a numerose altre associazioni che rappresentano educatori, ricercatori, studenti, biblioteche, archivi, musei, altri fruitori della conoscenza e comunità creative in tutto il mondo. La proposta del Gruppo Africano ha ricevuto un ampio consenso da parte delle delegazioni nazionali che hanno riconosciuto la necessità di muoversi verso un sistema di diritto d'autore equo ed equilibrato che sostenga la creatività e l'interesse pubblico, promuovendo l'accesso digitale all'istruzione e alla ricerca, così come al patrimonio culturale. Durante la riunione, è

stata condivisa la pubblicazione di [Comunia "Nobody puts research in a cage"](#) che ha evidenziato i limiti e le pressioni subite dai ricercatori scientifici durante le attività di ricerca in ambito digitale e transfrontaliero, mostrando la necessità di una misura internazionale in tale contesto.

Il programma del Gruppo Africano prevede che il Comitato discuta le "questioni prioritarie" relative alle tre seguenti fasi:

- promuovere l'adattamento delle eccezioni per garantire che le leggi a livello nazionale consentano le attività di conservazione da parte di biblioteche, archivi e musei, compreso l'uso dei materiali conservati;
- promuovere l'adattamento delle eccezioni all'ambiente online, ad esempio consentendo l'insegnamento, l'apprendimento e la ricerca attraverso strumenti digitali e online;
- rivedere l'attuazione del Trattato di Marrakech e garantire che le persone con altre disabilità (coperte anche dalla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità) possano beneficiare di protezioni simili, in particolare per trarre vantaggio dalle nuove tecnologie.

Il Segretariato dovrebbe ora invitare a condividere ulteriori presentazioni da parte di esperti sulle questioni relative alla scelta della legge applicabile per gli usi transfrontalieri di opere protette dal diritto d'autore, concentrandosi su un approccio basato su casi di studio, come ad esempio l'analisi delle implicazioni di un corso di formazione online con studenti in più Paesi o nel caso in cui i ricercatori siano situati in Paesi diversi.

Inoltre, il piano di lavoro identifica ulteriori ambiti che potrebbero essere affrontati dal Comitato, una volta che le questioni di cui ai punti 1-3 siano state discusse. Il Comitato potrà prendere in considerazione la possibilità di facilitare le future discussioni e gli scambi di opinioni e informazioni riguardanti altre questioni rilevanti, come ad esempio:

- le eccezioni e limitazioni per la ricerca sull'estrazione di testi e dati, tenendo conto dei nuovi sviluppi nel settore;

- le implicazioni transfrontaliere in relazione alle eccezioni e limitazioni sulla conservazione, l'insegnamento e la ricerca;
- la raccomandazione dell'UNESCO sulla scienza aperta (2021) e le sue implicazioni per le leggi e le politiche internazionali sul diritto d'autore; e
- i modelli per la protezione delle eccezioni e limitazioni da clausole contrattuali contrarie, le clausole di protezione, c.d. "safe harbor", per le istituzioni educative, di ricerca e del patrimonio culturale, e le eccezioni alle misure tecnologiche di protezione e alle informazioni sulla gestione dei diritti per proteggere gli usi consentiti dalle limitazioni ed eccezioni.

Si sono riscontrati progressi anche in relazione alle disposizioni sulle eccezioni e limitazioni della [seconda bozza di testo rivisto per il Trattato dell'OMPI sulle emittenti radiofoniche \(SCCR/43/3\)](#). Sebbene la portata e l'ampiezza della bozza del trattato siano state ridotte, è ancora essenziale che siano previste solide eccezioni e limitazioni. Purtroppo, la bozza lascia alle parti contraenti la facoltà di decidere se recepire le eccezioni esistenti nel campo del diritto d'autore e dei diritti connessi. Il testo allo stato attuale non prevede, infatti, limitazioni ed eccezioni obbligatorie, che invece sono da ritenersi fondamentali [per consentire un'immediata e ampia accessibilità ai contenuti radiofonici da parte di insegnanti, giornalisti, scienziati e ricercatori, soprattutto in relazione al ruolo delle emittenti pubbliche finanziate dallo Stato](#). Gli Stati membri, però, devono ancora raggiungere l'accordo su tale seconda bozza di testo, come osservato dal delegato italiano. Quest'ultimo, infatti, ha sottolineato che diverse definizioni già previste dalla Convenzione di Roma potrebbero sollevare problemi di interpretazione se non armonizzate nel testo in discussione.

Infine, il Comitato ha previsto una seconda riunione nel corso del 2023, che si svolgerà per soli tre giorni nella settimana del 6 novembre 2023. Sarà l'occasione per formare i gruppi di lavoro sulle eccezioni e limitazioni e per deliberare sulle prossime tappe specifiche del relativo piano di lavoro. È probabile, inoltre, che il trattato sulle emittenti radiofoniche contenga una nuova disposizione in materia di eccezioni e limitazioni.

In conclusione, i risultati della 43^a riunione del SCCR sono molto positivi per la posizione

sostenuta dalla A2K, poiché rappresentano un passo avanti per l'adozione di uno strumento internazionale che preveda eccezioni e limitazioni in favore di biblioteche, archivi, istituti di istruzione, istituti di ricerca e persone con disabilità.

DEBORAH DE ANGELIS

https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_43/sccr_43_8.pdf

<https://www.a2k-coalition.org/>

<https://communia-association.org/>

<https://creativecommons.it/chapterIT/>

<https://communia-association.org/wp-content/uploads/2023/03/Researchers-on-Copyright.pdf>

https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=597061

<https://digitalcommons.wcl.american.edu/research/84/>

