

PERSONA E MERCATO



Rivista periodica on-line

www.personaemercato.it

Anno 2023 – Numero 3

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; Antonio Albanese; Arianna Alpini; Franco Angeloni; José Luis Argudo Periz; Maria Annunziata Astone; Federico Azzarri; Angelo Barba; Vincenzo Barba; Luca Barchiesi; Andrea Barenghi; Ettore Battelli; Emanuele Bilotti; Lucia Bozzi; Andrea Bucelli; 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; Bianca Gardelli Tedeschi; 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 Maffeis; Anna Malomo; Francesca Manolita; Manuela Mantovani; Pierluigi Mazzamuto; Marisa Meli; Raffaella Messinetti; Francesco Mezzanotte; Roberta Montinaro; Andrea Mora; Arnaldo Morace Pinelli; Paolo Morozzo della Rocca; Raimondo Motroni; 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; Sara Tommasi; 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

Cercare la verità nel diritto. Primi appunti, di Giuseppe Vettori	p. 407
Sessant'anni dalla <i>'pacem in terris'</i> , di Tommaso Dalla Massara	p. 413
Alla ricerca della «verità in pittura» fra autenticazione e accertamento, di Giampaolo Frezza	p. 421
“Utilità sociale e autonomia privata”: l’insegnamento di un Maestro, di Raffaella Rametta	p. 437
Il condominio come parte negoziale: ente, gruppo, consumatore?, di Ernesto Capobianco	p. 450
<i>Leasing</i> nel bilancio e revisione delle categorie del diritto civile, di Andrea Bucelli	p. 461
Telemedicina ed essenza fiduciaria del rapporto di cura, di Roberto Senigaglia	p. 470
Sistemi intelligenti e regole di responsabilità, di Antonino Astone	p. 484

Commenti

Dall'esclusività all'accesso nella <i>sharing economy</i> , di Giulia Bazzoni	p. 509
Il paradigma identitario nella società digitale, di Gaetano Guzzardi	p. 524
L'enforcement “privato” nei mercati finanziari: la “nuova” azione di classe a tutela degli investitori nel prisma della fattispecie societaria, di Attilio Altieri	p. 538
Marketing d'influenza e pubblicità non trasparente: la responsabilità dell'inserzionista, degli <i>influencer</i> e dell' <i>internet service provider</i> , di Antonio Paolo Seminara	p. 548
Invii di e-mail promozionali ai clienti “non paganti”: il <i>soft spam</i> al vaglio della Corte di Cassazione, di Lavinia Vizzoni	p. 567

Osservatorio

Diritto e nuove tecnologie. Rubrica di aggiornamento dell'OGID*	p. 581
---	--------

Saggi

CERCARE LA VERITA' NEL DIRITTO. PRIMI APPUNTI

Di Giuseppe Vettori

| 407

SOMMARIO: 1. *Come e perché.* 2. *La verità nella letteratura e nella pittura astratta* 3. *L'ermeneutica veritativa.* 4. *Verità e diritto: norme e giuristi.* 5. *Azioni dell'uomo e valori universali.*

ABSTRACT. Fare la verità non significa anteporre una premessa ontologica al discorso del giurista. Non vuole evocare assoluti. Si oppone a chi assume la legge come unica manifestazione del diritto. Evoca una ricerca di senso, un'ermeneutica come gesto fondativo. In un ordine scosso da un passaggio d'epoca ove la Scienza giuridica si deve confrontare sempre più con il Potere e la Politica.

Making truth does not mean putting an ontological assumption above the jurist's discourse. It does not evoke absolutes. It opposes those who assume legislation is the sole manifestation of rules. It evokes a search for meaning, a hermeneutics as a foundational gesture. In an order shaken by an epoch transition, Legal Science must increasingly face Power and Politics.



1. Come e perchè.

In molti testi, dal vecchio testamento ad oggi, si parla di una verità da scoprire, da cercare, da fare.

| 408

Ci si è chiesti se si possa parlare di verità nel diritto come in ogni manifestazione artistica ed occorre, naturalmente, distinguere. Partendo da un dato. Il diritto non è solo un insieme di disposizioni, ma un'esperienza profonda della cultura di una comunità, sorretta da continue interazioni tra dimensione giuridica ed espressione artistica¹ che hanno una lunga storia². Diverse sono le ricerche che studiano il diritto nella letteratura nel teatro e in altre arti e le ricerche che riflettono sul diritto insieme alla letteratura, alla musica, alle arti figurative. Nel primo caso l'obbiettivo è ricostruire la visione del diritto circolante in un determinato contesto storico, "interrogando le opere dei giuristi ma anche i romanzi, il teatro, il cinema, studiando il diritto come riflesso in specchi diversi"³. Nel secondo caso, più ambizioso e difficile, si vuol esaminare se nel diritto e nelle arti vi siano "manifestazioni a qualche titolo e in qualche modo compatibili"⁴. Seguendo quest'ultima linea di analisi, è agevole affermare che si può parlare di verità nel diritto e in ogni manifestazione artistica perché esiste un osservatorio comune nella teoria generale dell'interpretazione, come ci ricordano grandi Maestri⁵.

In modo esemplare, Betti afferma che l'interprete "deve sforzarsi di mettere la propria vivente attualità in intima adesione e *armonia* con l'incitamento che gli perviene dall'oggetto, per

¹ O. ROSELLI, *Le ragioni del convegno*, in ID. (a cura di), *Le arti e la dimensione giuridica*, Bologna, 2020, p. 41.

² G. MORBIDELLI, *Apertura dei lavori*, in O. ROSELLI, *Le arti e la dimensione giuridica*, cit., p. 25.

³ P. COSTA, *Il diritto "come la musica", la musica "come" il diritto: il fascino discreto di un'analogia*, in O. ROSELLI, *Le arti e la dimensione giuridica*, cit., p. 229 ss.

⁴ P. COSTA, *op. cit.*, p. 230.

⁵ E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, Milano, 1948, pp. 56 - 70; ID., *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1955, ora in edizione anastatica (ampliata e corretta da G. Grifò), Milano, 1990, p. 3 ss.; F. VASSALLI, *La missione del giurista*, in *Studi giuridici*, Milano, 1960, III/2, p.737 e p. 751 ove si parla dei giuristi come "maestri di ragione e giustizia"; A. FALZEA, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Messina Taormina, 3-8 novembre 1981, Milano, 1982, p.1982; G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Da un dialogo con l'arte, la letteratura, la religione e la musica*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2013, p. 1229 e ID., *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 223 e p. 243.

modo che l'una e l'altro vibrino in perfetto *unisono*". Da qui il raffronto fra interpretazione storica, musicale, drammatica e giuridica. Basata su una preliminare distinzione.

Da un lato fra un'interpretazione *conoscitiva* cioè *ricognitiva* come per la storia; dall'altro fra un'interpretazione che ha una *funzione normativa* rispetto ad un diritto in vigore; dall'altra ancora una funzione *riproduttiva* o *rappresentativa* caratterizzata dalla presenza di un intermediario che si frappone tra "la manifestazione del pensiero di un autore e un pubblico interessato ad "intenderne il senso".

Si pensi ad una "dizione o ad una traduzione in altra lingua, la realizzazione scenica o sonora di un'opera drammatica o musicale". In tutti questi casi affiora nella coscienza degli interpreti "l'antinomia fra esigenza di fedeltà al pensiero originale dell'autore e l'esigenza di spontaneità e di rinnovamento". L'attore, il regista, il direttore o esecutore di uno spartito musicale⁶, oltre alla perizia tecnica, deve "integrare e ricreare la concezione dell'idea originaria". Sino ad un'identificazione "ideale", "una coincidenza, nella quale, ancorché imperfetta [gli altri] possono sempre riconoscere "il doppio filo dell'unica corda" che separa ed unisce, autore e interprete. Basta pensare all'interpretazione musicale o drammatica: "l'inversione dell'*iter creativo* nell'*iter interpretativo* non può riuscire senza l'illuminazione di una commossa sensibilità, di un'inventiva e di un intuito divinatorio". Volto ad una "*sintesi riespressiva* capace di scoprire "una chiave e la giusta chiave, spettacolare, rispettivamente melodica orchestrale al testo del poema drammatico o della composizione musicale"⁷.

In altre parole, in un'opera musicale il direttore dovrà far emergere la chiave orchestrale; in un'opera teatrale l'attore e il regista dovranno ricercare, nel rispettivo ruolo, la chiave spettacolare; in una riproduzione si dovrà scegliere fra una traduzione 'bella e infedele ed una brutta e fedele'; in un testo giuridico chi interpreta andrà in cerca, tramite una opera inventiva (da *invenire* trovare) la chiave normativa per risolvere ogni problema di vita. Insomma il linguaggio artistico, letterario, giuridico, incide sulla vita delle persone e la sua comprensione va cercata e trovata nell'orizzonte del sapere ermeneutico. Con una precisazione. La verità, per il diritto come per ogni altra manifestazione artistica, ha un dato comune. Non si

⁶ S. PUGLIATTI, *L'interpretazione musicale*, 1940, p. 31 ss. in part. 36-38.

⁷ E. BETTI, *Le categorie civilistiche*, cit., p. 50.



tratta di una verità in sé compiuta, preesistente, fissa, ma di un percorso valutativo nell'inesauribile cammino ermeneutico. Ossia di una verità da trovare.

2. La verità nella letteratura e nella pittura astratta

La letteratura avverte il problema. Vittorini nella sua *Conversazione in Sicilia* e Calvino con la sua trilogia (*I nostri antenati*) intrecciano dimensione storica ed esistenziale, interrogandosi sulle potenzialità di un uomo dimezzato, inesistente o comunque stretto fra il boom economico, la conquista della tecnica e la tensione palpabile della guerra fredda. Ancora. Stendhal nell'apertura de *Il Rosso e il Nero*, riporta la sintetica affermazione di Danton: "la verità, l'aspra verità". Con ciò vuol esprimere la sintesi della sua poetica che fa del romanzo uno strumento di ricerca della verità. Un modo per raccontare il suo tempo.

In una lezione riedita di recente si afferma che "il poeta riesce a chiudersi e inabissarsi talmente in sé stesso da scoprirvi [...] e portare al giorno quei nodi di luce che non sono soltanto dell'io ma di tutta la tribù. Quei nodi che tutti i membri della tribù possiedono, ma che non tutti i membri della tribù sanno di possedere o riescono ad individuare". Ciò perché "in quella profondissima zona del suo io è il noi. Un io che, dalla singolarità passa immediatamente alla pluralità. La funzione sociale, civile della poesia sta, o dovrebbe stare, appunto in questo". Attraverso la poesia "scoprire, cercando la mia, la verità degli altri, la verità di tutti, o, per essere più modesti e più precisi, una verità, una delle tante verità possibili che possa valere non soltanto per me, ma anche per tutti quegli altri me stessi, che formano il mio prossimo del quale io non sono che una delle tante cellule viventi". Insomma, per Caproni il poeta è un minatore che "riesce a calarsi più a fondo in quelle che il grande Machado definiva *les Secretas galerias del alma* facendo emergere quei nodi di luce che non sono soltanto dell'io ma di tutta la tribù"⁸.

Nella pittura il riferimento più evidente si ha nella pittura astratta. Ennio Flaiano riferisce una frase attribuita a Mino Maccari: non comprate quadri astratti, fateli da voi. Così nasce, in modo chiaro, un problema ermeneutico (di comprensione) fra l'autore e i suoi interpreti e la massa dei fruitori. La sciabolata, insomma, sollecita e non nega affatto

la ricerca di un linguaggio comune in uno spazio comune⁹.

Il libro di Derrida *Verità in pittura* nasce da un motto di Cezanne contenuto in una lettera del 1905 ad un amico destinatario di una promessa del grande pittore: "Io vi devo la verità in pittura e ve la dirò". Questo dovere di verità attrae Derrida interessato alla specialità irriducibile dell'arte figurativa e del suo linguaggio. Lo scopo del libro è chiaro. Riflettere su che cosa è l'arte, il bello, come nasce l'opera d'arte. Ripensare (o rimuovere) l'eredità delle grandi filosofie dell'arte (da Kant a Hegel a Heidegger). Decifrare quel 'contatto singolare' fra il tratto fonico della parola e il tratto grafico. Osservare il 'duello' fra Heidegger e Shapiro sul dipinto delle scarpe di van Gogh. Con un interrogativo: a che cosa fanno riferimento quelle scarpe e quei lacci nella loro verità in pittura?

Insomma, Derrida si chiede "che cosa deve essere la verità per essere dovuta, cioè per essere resa in pittura". E scrive il libro con il fine di "scardinare ogni idea predeterminata di quella che dovrebbe essere la visione e l'essenza dell'immagine pittorica". Così come il taglio di Lucio Fontana lacera la tela, Derrida "trafigge l'essenza univoca del risultato di un'opera figurativa". Secondo Jay, anche Foucault arriva ad una conclusione simile: "non c'è veridicità nell'occhio, né percezione intuitiva del mondo attraverso l'immediatezza dei sensi". In questo senso, Derrida e Foucault avrebbero avvertito Cezanne che la sua promessa, di dire all'amico la verità in pittura, sarebbe rimasto un debito mai estinto"¹⁰.

Questa affermazione mi sembra inesatta e provo a spiegare il perché.

Nella seconda metà del Novecento mutano i metodi classici delle arti figurative. La tela non è più sufficiente a fissare il reale e pochi gesti infrangono il dogma del quadro finestra¹¹. Burri sovrappone alla tela altri materiali, Pollock toglie il quadro dal cavalletto lo pone sul pavimento per sgocciolare il colore¹². "Non è più l'opera d'arte che mima la realtà, ma è l'opera d'arte che realizza sé stessa nella sua più radicale immanenza, una nuova realtà". Non è più il mondo che trova una raffigurazione nell'opera, ma è l'opera che assorbe

⁹ G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, cit. p. 243.

¹⁰ M. JAY, *Foucault: lo sguardo tra ciò che l'occhio vede e la verità della pittura*, 2005 (in <http://artecarte.it/primo/articolo.php?nn=290>).

¹¹ M. RECALCATI, *Il mistero delle cose. Nove ritratti di artisti*, Milano, 2016, p. 15ss. 45 ss.

¹² P. LEGRENZI, *Regole e caso*, Bologna, 2017, p.12 ss.

⁸ G. CAPRONI, *Sulla Poesia*, Roma, 2023, *passim*. Il testo riproduce una lezione tenuta dall'A. nel 1982.

il mondo, che diviene un nuovo mondo”¹³. Fontana lacera la tela mostrando, senza rappresentarla, una realtà che va oltre. Morandi invita a ritrovare, dopo la tragedia della guerra, ‘il mistero delle cose’¹⁴, della loro forma essenziale. Da cui ripartire.

Paul Klee cambia l’arte figurativa con “inesauribile forza creatrice che ha saputo regolare ed educare con la più metodica delle vite”¹⁵.

Mark Rothko cerca la luce e la trova nel convento di San Marco a Firenze davanti agli affreschi del Beato Angelico. “Gli splendori del Rinascimento non fanno per lui” “troppi colori accesi, fughe prospettiche, dettagli narrativi”. Lì lo sguardo trova finalmente la pace” [...] trova la ‘radicale essenzialità della pittura, trova soprattutto la luce, che sembra uscire dalle pareti e far vibrare lo spazio di ogni cella”. Trova un Maestro che cinquecento anni prima usa una tecnica, simile al *dripping* di Pollock, per dipingere, nella Madonna delle ombre, oltre tre metri di marmi finti con “irruzione di bianco puro”. Con un effetto straordinario: “una pittura pura, non finta”; “un gesto forte, un gesto smisurato e sconosciuto” che fa di San Marco “un vero scrigno di gioielli” di semi di tanta e così diversa, pittura futura”¹⁶.

3. L’ermeneutica veritativa.

Una ricostruzione di pochi anni fa accenna ad una storia recente¹⁷. Secondo questa visione, per taluno “l’ermeneutica è rivelazione della verità, ma tutto si svolge in un atmosfera rarefatta e vaga” parlando di un Essere identificato con Dio, contro lo storicismo marxista¹⁸. Per altri, il progetto veritativo si fonda su un “ontologia dell’attualità”¹⁹. In entrambe le ricostruzioni, si resta in un mondo delle idee lontano dalla realtà. Manca, si osserva, quello che Eco chiama “qualcosa-che-ci-prende-a-calci e ci dice ‘parla!’”²⁰. Tanto che da allora “la filosofia è

molto cambiata a favore del realismo” e si può affermare che “l’interpretazione sia prima di tutto una attività, un fare, che precede i concetti invece che seguirli e applicarli, come voleva Kant”²¹.

Da qui la proposta di Ferraris di un’ermeneutica neorealista che affronta di petto il tema della verità. Muovendo dalla frase di Agostino di voler fare la verità “non solo nel suo cuore, ma anche per iscritto di fronte a molti testimoni”²². Il che significa che “la verità non è solo un possesso interiore, è anche una testimonianza che si rende in pubblico e che ha un valore sociale, ed è soprattutto qualcosa che comporta uno sforzo, una attività, una capacità tecnica”²³. La quale nella filosofia contemporanea assume diverse forme: l’elaborazione di schemi concettuali diversi come “una credenza condivisa” (Pareyson); o “un’espressione sociologica” ma pur sempre estranea alla realtà (*ipoverità*); o l’affermazione di una verità in modo assoluto a prescindere da interpretazione o schemi teorici (*iperverità*); o, ancora, una visione (*mesoverità*) per cui la verità “è il risultato tecnologico del rapporto tra ontologia (quello che c’è) ed epistemologia (quello che sappiamo)”²⁴.

Ebbene solo in quest’ultimo caso (*mesoverità*), si valorizza l’azione e il fare, tanto che “ci può essere realtà senza verità, ma non verità senza realtà, e la verità è per l’appunto quello che si fa, l’insieme delle proposizioni vere che emergono dalla realtà”²⁵. Insomma, la verità implica un’attività positiva di ricerca e di verifica. Non fosse altro perché ‘verificare’ deriva da *veritas facere*, rendere qualcosa vero’. E, dunque, la verità, nella condivisibile prospettiva proposta da Ferraris, richiede un’opera basata sulla tecnologia e non sulla ideologia²⁶.

4. Verità e diritto: norme e giuristi.

Nel rapporto con il diritto, la verità è innanzitutto nelle norme, allorché viene creata. Si pensi alla confessione e al giudicato, forme veritative, appunto, create dal Codice civile e dal Codice di procedura civile. Ma si può andare oltre. Un dovere di verità esiste per legge a carico di tutti i soggetti del processo. La parte non può sostenere il falso e il suo avvocato non lo può avvallare ed anzi è vincolato ad un dovere di verità sancito dall’art.

¹³ M. RECALCATI, *op. cit.*, p.49

¹⁴ M. RECALCATI, *op. cit.*, p. 45 ss.

¹⁵ G. BOTTA, *Paul Klee. Genio e regolatezza*, Roma-Bari, 2022.

¹⁶ ID., *Il gesto e il respiro. Pollock e Rothko*, Torino, 2020, pp. 15-18 e, *ivi*, il richiamo di una pagina di Georges Didi-Huberman.

¹⁷ M. FERRARIS, *Fare la verità: una proposta di un’ermeneutica neorealista*, in *Riv. it. filos. ling.*, 2017, p. 187.

¹⁸ Il riferimento di Ferraris è a L. PAREYSON, *Verità e interpretazione*, Milano, 1971.

¹⁹ Il riferimento di Ferraris è a G. VATTIMO, *Oltre l’interpretazione*, Roma-Bari, 1994.

²⁰ Il riferimento di Ferraris è a U. ECO, *Kant e l’ornitorinco*, Milano, 1997.

²¹ M. FERRARIS, *op. cit.*, pp. 187-188.

²² AGOSTINO, *Le Confessioni*, X, 1.1.

²³ M. FERRARIS, *op. cit.*, p.188.

²⁴ M. FERRARIS, *op. cit.*, pp. 187-190.

²⁵ M. FERRARIS, *op. cit.*, p. 190.

²⁶ M. FERRARIS, *op. cit.*, p. 190.



50 del codice deontologico che ha un preciso significato. Il difensore non deve alterare la verità processuale che si forma attraverso precise norme e scadenze a tutela della parità delle parti e del buon funzionamento del processo, come nel caso del deposito dei documenti o della deduzione delle prove. Il mancato rispetto di tali regole lo espone ad una sanzione disciplinare. Il giudice deve costruire il fatto rilevante nella causa dopo aver ascoltato la narrazione delle parti. E poi decidere. Tutto ciò deve avvenire nel rispetto di norme inderogabili, del dovere di disciplina (art. 54 della Costituzione) e dell'etica professionale. In mancanza la sentenza è viziata e il contegno di chi giudica è censurabile.

La verità non è assicurata solo dal rispetto di norme.

In altre limpide parole, si osserva che la nostra epoca sembra voler intaccare e superare "l'egemonia culturale del nichilismo del 900, per porre nuovamente come tema primario la questione della verità. Senza dogmatiche pretese di possederla. Senza dogmatiche pretese che non esista"²⁷.

Che cosa accade nella dimensione giuridica fra gli anni '50 e '70 del Novecento è noto.

Il saggio di Hart del 1958 consolida la separazione fra diritto e morale con un paradigma che resterà dominante per decenni²⁸. Solo Dworkin, il suo successore sulla cattedra di Oxford, inizia negli anni Settanta, con altrettanto seguito, a porre in discussione quell'impianto formale²⁹, riflettendo su Principi non "definiti da un testo normativo ma da una conformità ad un'ideale di giustizia"³⁰.

L'ermeneutica ha un ruolo fondamentale nei decenni successivi nel fissare alcuni criteri forti.

Il vincolo della legge è un cardine del sistema, ma deve essere riformulato e attualizzato. "il dover essere e l'essere vengono posti sullo stesso piano" perché la norma e il caso concreto non restano immutati ma si fondono e si adattano. Il legislatore e la giurisprudenza lavorano, in modo diverso, ai processi di formazione del diritto, non fosse altro perché la legge deve essere posta ma per avere efficacia ha bisogno di applicazione e, a sua volta, per essere applicata ha bisogno di essere compresa, tramite l'osservazione del contesto sociale, la

ricerca della piena effettività delle fonti e l'orientamento della buona dogmatica³¹.

Certo il nuovo ruolo dell'interprete può condurre ad una deriva soggettivistica che il diritto non può accettare. D'altra parte, il testo non è un limite perché solo con l'interpretazione assume un senso compiuto e dunque non è un freno all'arbitrio. Mentre 'il circolo ermeneutico', per funzionare, esige l'adesione ad un criterio forte e concreto. Da qui l'idea di un percorso veritativo.

La complessità in cui siamo immersi non può essere eliminata o ridotta entro schemi rigidi. All'unità del moderno subentrano, con una forza via via travolgente, la diversità e il molteplice. Il formalismo estremo e lo storicismo che esalta il quotidiano come l'unico mondo possibile sono entrambi da respingere. Dopo l'immersione nei fatti se ne deve prendere la distanza per rimanere vigili custodi di un dovere di verità, appunto, che può radicare stabilmente il dovere essere nell'essere. Si tratta di capire come.

Angelo Falzea³² parla di adattabilità necessaria degli effetti al fatto, Salvatore Pugliatti di un dover essere fuso nel fatto³³. Bobbio e Perelman delle 'verità al plurale' soggette a continue revisioni, grazie alle buone ragioni, senza le quali non resta che la violenza³⁴. Luigi Mengoni disvela come "il significato di un testo normativo non si lascia cogliere compiutamente se non in relazione ad un caso da decidere, e quindi attraverso un processo che non è soltanto di esplicazione del linguaggio della norma, ma anche di trasformazione di essa in una regola concreta di decisione"³⁵. Giuseppe Benedetti ricerca "un'ermeneutica che non conduca inevitabilmente al nihilismo, più o meno intensamente colorato, ma un'ermeneutica aperta a un gesto fondativo. Conformato sulla funzione del diritto civile, sulla sua storia, sulla sua vocazione, sulla missione del giurista che, nel misurarsi con i grandi problemi del nostro tempo, sia all'altezza di quel gesto"³⁶. La retorica esalta il ruolo del

²⁷ A. PUNZI, *Filosofia del diritto* (voce), in *Enc. dir. Agg.* VI, 2002, p. 1173.

²⁸ H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in *Harvard Law Review*, 1958, p. 593.

²⁹ R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Cambridge (Mass.), 1977.

³⁰ G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie.*, il Mulino, Bologna, 2022, pp. 7-10

³¹ G. VETTORI, *Nuova legalità e posdiritto. L'ultimo libro di Giuseppe Zaccaria*, in *Storia Metodo Cultura*, 2023, p. 272.

³² A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. II. Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, p. 62

³³ S. PUGLIATTI, *Per un convegno di diritto cosmico* (1961), in *Scritti giuridici*, VI, Milano, 2012, p. 44.

³⁴ N. BOBBIO, *Prefazione*, in C. PERELMAN e L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*. Torino, 1966, p. XVII.

³⁵ L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica*, in *Jus*, 1988, p. 479.

³⁶ G. BENEDETTI, *Oltre l'incertezza*, cit., p. 75.

convincere e del persuadere, ma il diritto richiede scelte ove la verità non si discute. Si fa.

Nel diritto “essa altro non è che la sua giustizia”³⁷. La quale si realizza, secondo Vincenzo Scalisi³⁸, quando l’interprete è in grado di esprimere “la regola adatta e conveniente, appropriata e congrua al caso della vita, quale scopo ultimo del procedimento ermeneutico e criterio ordinatore di tutto il dovere essere”³⁹ e solo così poter assolvere all’imperativo chiovendiano di “dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire”⁴⁰. Sicché “occorre ancorare saldamente l’intero procedimento ermeneutico a una concezione integrale della giuridicità. Comprensiva oltre che del dato positivo anche del dovere essere portato dai fatti e da quello che scorre nella vita della società”⁴¹.

Solo un esempio. Stiamo vivendo una nuova rivoluzione antropologica. Oggi la vita e le azioni di ogni giorno devono confrontarsi con le macchine, gli algoritmi, la profilazione dei nostri dati personali da parte dei media e delle piattaforme. La ricerca di regole adatte appropriate e convenienti al fatto coinvolge tutte le fonti e i formanti: la legge nazionale, il Regolamento UE 679/2016, la disciplina europea del consumo e della concorrenza. Le corti nazionali e la Corte di Giustizia sono impegnate in due delicate operazioni: assicurare la piena effettività dei rimedi con una sinergia forte fra Regole e Principi di diversa provenienza; potenziare le situazioni soggettive anche attraverso forme di tutela collettiva per ‘diritti individuali omogenei’ o ‘interessi superindividuali verso un bene’ da tutelare in modo nuovo e diverso dal passato. Alla ricerca, in ogni caso di tutele e strumenti nuovi e più adeguati al problema da risolvere⁴².

³⁷ P. HÄBERLE, *Diritto e verità*, Torino, 2000, p. 105.

³⁸ V. SCALISI, *Per una ermeneutica giuridica ‘veritativa’ orientata a giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1249.

³⁹ V. SCALISI, *Per una ermeneutica giuridica, cit.*, p. 1268.

⁴⁰ G. CHIOVENDA, *Dell’azione nascente dal contratto preliminare* (1911), ora in ID., *Saggi di diritto processuale civile* (1894-1937), I, Milano, p. 120.

⁴¹ V. SCALISI, *Per una ermeneutica giuridica, cit.*, p. 1269.

⁴² Sul punto: si v., almeno, P. IAMICELI (a cura di), *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria*, 2020, (in <https://iris.unitn.it/handle/11572/282583>); G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020; D. IMBRUGLIA, *Effettività della tutela e ruolo del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 961; A. PROTO PISANI, *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, in *Il giusto proc. civ.*, 2014, p. 828.

5. Azioni dell’uomo e valori universali

Solo un’ultima notazione.

Occorre un’azione umana per attuare ogni valore universale come la verità.

Il metodo più efficace si deve ancora alla lezione di un Grande fiorentino, svelata da un Grande siciliano come Luigi Russo⁴³. Il quale ribalta la vulgata di Machiavelli come cinico tessitore di fini che giustificano i mezzi, ed esalta, invece, la distinzione tra politica e morale come una perpetua dialettica di due momenti essenziali che, potenziandosi reciprocamente, realizzano il progresso della civiltà.

Machiavelli insegna la virtù tecnica e “identifica la bontà di un’azione con la bontà dei mezzi con cui si sviluppa”. Un’azione è buona se è tecnicamente esatta e coerente con sé medesima. La sua autonomia dal fideismo medievale basato sulla virtù divina, porta Machiavelli a fondare la scienza della politica. Ma l’azione in sé, buona perché adeguata, non può essere sufficiente.

La lezione sulla banalità del male⁴⁴ dopo cinquecento anni ci insegna molte cose. Le atrocità del nazismo furono compiute non da uomini crudeli ma banali appunto, perché “intenti ad obbedire ad ordini infami con la massima serietà nell’azione”. L’età della tecnica esige spesso un simile paradosso. Azioni dettate da logiche di un mercato a volte brutale devono essere eseguite con la massima diligenza siano esse volte a creare mine antiuomo o prodotti tossici offerti all’investitore ignaro. I singoli operatori non sono nemmeno consapevoli della loro responsabilità. E in ciò sta la banalità del male nel tempo del dominio della tecnica: “un’irrazionalità che scaturisce dalla perfetta razionalità di un’organizzazione che cresce al di fuori di ogni orizzonte di senso”⁴⁵.

Da qui la piena validità della conclusione di Luigi Russo.

Savonarola e Machiavelli “l’uno con la passione spirituale e l’altro con il realismo scientifico restano vittima di due astrazioni”. Per un motivo chiaro. Senza etica e politica, cultura e tecnica, realtà effettuale e realtà ideale non si compie opera storica nel mondo.

⁴³ L. RUSSO, *Machiavelli*, Roma-Bari, 1983, p. 214-234 e in part. p. 215.

⁴⁴ H. ARENDT, *La banalità del male*, Milano.

⁴⁵ Sulle “vicissitudini dell’etica nella storia dell’Occidente, v. ora U. GALIMBERTI, *L’etica del viandante*, Milano, 2023, p. 61; ID., *La banalità del male*, in *Supplemento di La Repubblica* del 9 settembre 2023 p. 130.



SESSANT'ANNI DALLA 'PACEM IN TERRIS': IN TEMPO DI GUERRA

Di Tommaso Dalla Massara

| 413

SOMMARIO: 1. *Tempo di guerra, tempo di pace.* – 2. *La radice della forza e il “bene comune”.* – 3. *Giuristi e “giuristi cattolici”.* – 4. *La ragione umana è norma della volontà.* – 5. *Diritti e doveri: la responsabilità.* – 6. *“Veritas” e rigore metodologico.* – 7. *Un discorso nuovo sul “bene comune”?*

ABSTRACT. Il contributo trae occasione dai sessant'anni dell'enciclica *Pacem in terris*, pubblicata da papa Giovanni XXIII nel 1963. Siamo oggi immersi in un tempo di guerra. Cosa è in grado di comunicare quel testo? È una vera e propria fede nelle regole quella che sembra sostenere la visione di Giovanni XXIII: solo le regole arrivano a orientare la forza, quella legittima, cosicché essa si renda realizzativa del “bene comune”. Una radice giusnaturalistica sostiene l'intero edificio dell'enciclica. L'idea di *veritas* orienta l'agire, in primo luogo quello dei “giuristi cattolici”. Ma è venuto il tempo di proporre un discorso nuovo sul “bene comune”: e potrebbe essere un discorso che si concentri sulla gestione delle *res*, andando al di là dell'idolatria del soggetto e dell'infinita intestazione di diritti soggettivi, tra loro in conflitto.

*The paper is written on the occasion of the 60th year of the encyclical *Pacem in terris*, issued by Pope John XXIII in 1963. Nowadays, we are facing times of war. What is the message of that encyclical? It is a real faith in rules that supports Pope John XXIII's vision: only rules can direct force, legitimate force, so that it is aimed to achieve the “common good”. A jusnaturalistic root supports the whole structure of the encyclical. The idea of *veritas* guides action, particularly that of “Catholic jurists”. But now it's time to introduce a new dialogue on the “common good”: and it could be a dialogue that focuses on the management of *res*, transcending the individual's idolatry and the heading of subjective rights, in conflict with each other.*

1. Tempo di guerra, tempo di pace.

Ci siamo trovati immersi, quando forse non ci aspettavamo più che fosse immaginabile, in un tempo di guerra.

414 Ricorrono i sessant'anni dalla *Pacem in terris*, la celebre enciclica di Giovanni XXIII: e la guerra è al centro dell'Europa. A un'ora di volo da noi, soldati che indossano divise di diverso colore si uccidono l'un l'altro.

Non accadeva che l'Europa fosse violentata da una guerra di eserciti nazionali dalla fine del secondo conflitto mondiale; ma, per le modalità di questa guerra, potremmo dire di essere ritornati, piuttosto, alla guerra del 1914-1918.

Da pochi giorni, inoltre, la guerra ha infiammato anche Israele e Palestina.

La drammaticità di questi eventi rende ancor più limpida la valenza spirituale e culturale della *Pacem in terris*, un testo che appare autenticamente in grado di illuminare il tempo che stiamo vivendo.

Papa Angelo Roncalli aveva vissuto la Grande guerra come cappellano militare. *Pax in terra hominibus bonae voluntatis*, si legge in Luca; e forse il giovane cappellano Roncalli aveva pure ascoltato le note di "*Friede, Friede! auf der Erde!*", la toccante invocazione in musica composta da Arnold Schönberg nel 1907.

Prima di morire, quel papa che in precedenza era stato Patriarca di Venezia - luogo ideale di dialogo interculturale - volle scrivere un'enciclica che sapesse parlare al mondo¹.

Se non v'è dubbio che quel testo ancora oggi arrivi a comunicare agli uomini tutti, vero è, però, che esso interpella in modo particolarmente diretto la coscienza di chi lavora ogni giorno con le regole: *in primis*, governanti e giuristi. Sì, perché, se v'è un tratto peculiare nella *Pacem in terris*, è quello di prendere posizione sulle questioni della società universale (oggi, forse, diremmo globale) e, in connessione con ciò, sulle regole che siano chiamate a disciplinarla.

Forte, dunque, si avverte l'intensità delle domande che investono il senso e il contenuto delle regole.

Quando si parla di regole, esse sono da intendersi secondo un significato alto, che appare in grado di travalicare più specifiche qualificazioni: così, si può pensare a regole etiche, sociali, giuridiche e così via. Tuttavia, resta fuori discussione che, specialmente in alcuni tratti,

l'enciclica rende esplicita una riflessione sulle regole giuridiche.

Ricordiamo che nel 1963 si respirava l'aria pesante di una guerra tra le Superpotenze. Era una guerra planetaria, incombente ma fortunatamente mai esplosa in termini di conflitto guerreggiato. Quella guerra veniva percepita dall'umanità come una lacerazione profonda. Va rammentato che giusto due anni prima - era il 1961 - aveva preso avvio la costruzione del muro di Berlino, una cicatrice che ancor oggi è paradigma di una delle ferite più profonde e dolorose che mai abbiano straziato il cuore dell'Europa; fuori dall'Europa, poi, ancora vivida in quegli anni era l'impressione dei fatti di Cuba, come pure assai forti erano le tensioni in atto nel continente latinoamericano.

Oggi la guerra è combattuta, nel fango delle trincee, con lo stridore delle armi.

Ripensiamo all'Ucraina: sembra di rivedere una guerra fatta da tanti militi ignoti.

Ebbene, leggendo il testo della *Pacem in terris*, una parola più di altre colpisce l'attenzione per la sua ricorrenza: è la parola "forza"².

Così, se un intento di fondo si può scorgere nell'enciclica scritta da un papa già malato e per questo ancor più motivato a lasciare un segno indelebile, l'intento sembra quello di allestire un ragionamento sulla radice - la forza, per l'appunto - comune tanto della pace quanto della guerra.

Se pur sempre è la forza a fissare i rapporti, occorre che la forza sia quella delle regole.

Il discorso che si sviluppa lungo le pagine della *Pacem in terris* muove dall'idea secondo cui le regole rappresentano l'unico possibile presidio di pace.

Potremmo addirittura dire che è una vera e propria fede nelle regole a sostenere la speranza sottesa al testo.

Le regole sono chiamate a presidiare rapporti equi; invece, il mondo che si mostra agli occhi di Giovanni XXIII è traboccante di iniquità: la prostrazione delle classi subalterne, la condizione femminile, la situazione del continente africano e molto altro. Tutto ciò è fonte di angoscia. Sono le iniquità a generare violenza e guerra, sicché è necessario che i vecchi equilibri, venutisi a incrinare, lascino il posto a regole nuove, che siano fondate sulla giustizia.

Occorre adesso vedere meglio: donde nasce questa fede nelle regole?

¹ Sulle vicende che condussero alla composizione dell'enciclica, A. MELLONI, *Pacem in terris. Storia dell'ultima enciclica di Papa Giovanni*, Roma - Bari, Laterza, 2012

² Per averne un saggio, basti portare l'attenzione su GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, nn. 2, 3, 27, 28, 72, 76; vale la pena di osservare che, al n. 59, la pace è evocata in quanto "fondata sull'equilibrio delle forze".



2. La radice della forza e il “bene comune”

Come si diceva, siamo nel 1963 e ancora si avverte l'onda emotiva proveniente dal secondo conflitto mondiale. È un'onda intensa quella che si sprigiona lungo l'asse che da Hiroshima, l'apocalisse finale, conduce a Norimberga, il processo delle tante contraddizioni.

L'abisso di Auschwitz aveva generato - come si sa - una reazione vibrante, rappresentata dal tentativo di un nuovo giusnaturalismo; quel giusnaturalismo avrebbe caratterizzato in modo più marcato la prima decade successiva alla fine del secondo conflitto mondiale.

Su scala planetaria, si pensi al nascere dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, già nel 1945³. Entro la dimensione prettamente europea, si ponga mente al Trattato di Roma sull'unificazione giuridico-politica dell'Europa: anche in questo caso, le premesse sono da trovarsi in larga parte nella volontà di superare la frattura provocata dall'immane tragedia della guerra.

Come dicevo, dalla *Pacem in terris* affiora un'attenzione particolare per l'idea di forza. Precisamente, l'idea di forza viene colta nel suo essere punto di giunzione tra la violenza, per un verso, e la regola, per altro verso.

Tornano alla memoria le parole antiche di Pindaro, il quale ammoniva che diritto e violenza rischiano l'indistinzione.

Non v'è dubbio che la regola sia per sua stessa necessità fatta della medesima sostanza della forza, che a essa conferisce vigenza; al contempo, la regola rappresenta l'unico strumento di neutralizzazione della forza, quando questa sia nuda violenza. Siamo dunque a cospetto della drammatica ambiguità stando alla quale il “pharmakon”, che indubitalmente è veleno, risulta però capace di rendere salva la vita⁴.

Un punto merita ora di essere chiarito: dalla *Pacem in terris* si evince che una siffatta fede nelle regole, quelle stesse regole che sono in grado di mantenere l'umanità immune dalla violenza, trova la sua base di appoggio in una visione giusnaturalistica⁵.

Precisamente, l'enciclica fa un richiamo decisivo e insistito all'idea di “bene comune”.

Proprio il “bene comune” rappresenta la “ragion d'essere dei pubblici poteri”⁶; quest'ultimo “nei suoi aspetti essenziali e più profondi non può essere concepito in termini dottrinali e meno ancora determinato nei suoi contenuti storici che avendo riguardo all'uomo, essendo esso un oggetto essenzialmente correlativo alla natura umana”⁷.

Dunque, il “bene comune” è quello che poggia sulla “natura umana”.

Lungo tutto lo sviluppo dell'enciclica, chiara è la correlazione che viene instaurata tra una visione giusnaturalistica, per un verso, e la centralità riservata all'idea di “bene comune”, per altro verso⁸.

3. Giuristi e “giuristi cattolici”

Poco meno di vent'anni separano la fine della seconda guerra dalla pubblicazione della *Pacem in terris*.

Si tratta di anni percorsi da intense riflessioni intorno alla relazione tra il pensiero cristiano, fatto anche delle sue regole, e il fenomeno giuridico (s'intende quello del *ius positum*).

Ricordiamo che l'Unione dei Giuristi Cattolici era stata fondata nel 1948 per impulso di Giuseppe Capogrossi e Francesco Carnelutti: colmata la distanza dalla politica nazionale con la costituzione di un partito cattolico di massa, era finalmente venuto il tempo, per i cattolici, di un impegno diretto nella società e quindi nel mondo del diritto. Quell'impegno prevedeva tanto lo sforzo per un ripensamento generale della relazione tra diritto e giustizia quanto la messa in campo di un quotidiano contributo alla prassi della giustizia, lavorando anzitutto nella trincea delle professioni legali.

Certamente, un punto di passaggio fondamentale, in questa parabola culturale, è da considerarsi il lavoro di Francesco Carnelutti *I*

⁶ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 32.

⁷ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 33.

⁸ In questo senso mi sembrano particolarmente significativi i passaggi contenuti in GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, nn. 4, 7, 34, 35; un passaggio, tratto dal n. 40, merita in specie di essere letto: “Un ordinamento giuridico in armonia con l'ordine morale e rispondente al grado di maturità della comunità politica, di cui è espressione, costituisce, non v'è dubbio, un elemento fondamentale per l'attuazione del bene comune”. Interessanti, nella medesima prospettiva, i nn. 48 e 54 (ove il bene comune è declinato come “bene comune universale”); come pure, al n. 69, è evocata l'esigenza “del bene comune universale, e cioè del bene comune della intera famiglia umana”; si vedano, inoltre, i nn. 70 e 71. Per quanto dicevo all'inizio, sul rilievo assunto dalla “forza”, si veda il n. 72, ove si precisa: “I poteri pubblici, aventi autorità su piano mondiale e dotati di mezzi idonei a perseguire efficacemente gli obiettivi che costituiscono i contenuti concreti del bene comune universale, vanno istituiti di comune accordo e non imposti con la forza”; il ragionamento poi prosegue al n. 73.

³ Evento sul quale sofferma la propria attenzione anche GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 75.

⁴ *Sub voce φάρμακον*, in H.G. LIDDELL - R. SCOTT, *A Greek-English Lexicon*, Oxford, Clarendon Press, 1940, p. 1917.

⁵ Riferimento esplicito al “gius naturale e delle genti” si trova in GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 66, nel contesto di una citazione del predecessore, Pio XII; si veda poi la ripresa del concetto al n. 69.



valori giuridici del messaggio cristiano, edito a Padova nel 1950, per i tipi della CEDAM.

Scrivendo Carnelutti: “gli insegnamenti fondamentali del Cristo evangelico [...] tracciano invece agli uomini le linee direttive per vivere in una società organizzata secondo il diritto, come schiudono agli studiosi del diritto le prime verità, senza le quali il diritto né si può conoscere, né si può praticare”⁹.

Non potrebbe essere resa in modo più limpido la relazione tra diritto e verità.

Più esattamente, si vede qui il circuito unitario che tiene assieme *ius*, *veritas* e *fides*.

D'altra parte, che il fenomeno giuridico debba intendersi come specchio della verità (anche in senso teologico) sarebbe stato affermato in modo ancor più esplicito da Carnelutti nella sua ambiziosa *Teoria generale del diritto*, opera edita a Roma l'anno successivo, per il Foro italiano.

Qui si legge: “non v'è dubbio che l'ordinamento giuridico tende ad imitare e forse meglio a rappresentare l'ordine dell'universo; la stessa parola ordinamento, modellata sulla parola ordine, esprime questa verità. Il rapporto tra ordine e ordinamento si definisce pertanto nel quadro dell'antitesi tra natura ed arte; né si conosce opera d'arte più ardita e imponente dell'ordinamento giuridico, il cui modello non è già un aspetto particolare della natura ma quel suo aspetto complessivo e sommamente meraviglioso, che si esprime con la parola universo”¹⁰.

Mi limito a sottolineare che nel testo della *Pacem in terris* ritorna più volte la parola “verità”, con diretto riferimento alle idee di ordine e di ordinamento.

Insomma, l'ordinamento giuridico tende a “imitare”, se non a “rappresentare”, l'ordine dell'universo: compito del giurista cattolico è pertanto quello di cimentarsi ogni giorno nella realizzazione di questa *imitatio*; la tensione di fondo è, proprio ed esattamente, quella che sostiene una *imitatio Dei*.

Siffatta spinta spirituale – come ho detto – dapprima fu fortemente sostenuta dall'emozione dinnanzi alle macerie del conflitto bellico, ma ben presto generò alcune reazioni di segno contrario.

Così, di fronte all'impegno dei cattolici sul terreno del diritto e – addirittura – in direzione di un “diritto cattolico”, v'era chi osservava che il sorgere di associazioni militanti avrebbe condotto entro un'insuperabile *impasse*. Poteva mai esistere un

sistema giuridico di matrice cattolica alternativo rispetto a quello del *ius positum*?

La contraddizione sarebbe stata evidente: “o essere soltanto cristiani e rinunciare a vivere in una società organizzata o vivere in una società organizzata ed accettare metodi e principi (economico-politico-giuridici) di organizzazione, che tuttavia non è possibile derivare direttamente, senza incoerenza, dagli insegnamenti fondamentali del Cristo evangelico”¹¹.

Con queste parole Bruno Leoni marcava un'alternativa netta - che ha attraversato la storia del cristianesimo - tra due opzioni: i giuristi cattolici sono giuristi di questo ordinamento o lo sono forse di un altro ordinamento?

In una cornice culturale siffatta, la *Pacem in terris* si cimentava nel tentativo di raggiungere un punto di sintesi: l'ordinamento deve perseguire il bene comune – la premessa è, per l'appunto, segnata dall'adesione a un giusnaturalismo di fondo –, però solo un sistema di regole ispirato a giustizia, dunque profondamente rinnovato, risulta in grado di scongiurare il rischio rappresentato dal deflagrare della guerra e della violenza.

Nella prospettiva adottata nella *Pacem in terris* non è contemplata alcuna contrapposizione tra l'ordinamento dei cristiani e quello “secolare”, per dirla con le parole di Leoni. Anzi, per i valori che il sistema delle regole è in grado di veicolare, l'alternativa neppure è da porsi.

Sotto questo profilo, ciò che più conta evidenziare è che l'orizzonte politico indicato – non tanto quello filosofico, che a mio giudizio resta irrisolto e di fatto irrisolvibile al di fuori dell'adesione alla premessa giusnaturalistica – è caratterizzato dalla conciliazione tra i due ordini di regole.

4. La ragione umana è norma della volontà

Da un punto di vista teologico, pare a me che la via indicata da Giovanni XXIII sia quella tracciata da una tradizione plurisecolare; più precisamente, direi che la scelta è di dotare l'intero discorso di un solido fondamento tomistico.

Il diritto è argine alla violenza nella misura in cui esso è *ratio*.

Ecco, dunque, perché la fede è nel diritto e, più in generale, nelle regole. Se, per un verso, occorre tener presente che il *ius* è *ars*, dunque sempre artefatto (prodotto artificiale dell'uomo), per altro

⁹ F. CARNELUTTI, *I valori giuridici del messaggio cristiano*, CEDAM, Padova, 1950, p. 201.

¹⁰ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Foro Italiano, Roma, 1951, p. 78.

¹¹ B. LEONI, *Il cristianesimo e l'idea di diritto*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1949, p. 427.



verso, il diritto risponde a una legge eterna, che è quella di Dio.

A un certo punto, il giusnaturalismo di fondo, che rimane sempre sotteso alla *Pacem in terris*, affiora limpido in superficie. Così, si legge un richiamo esplicito a San Tommaso: “la ragione umana è norma della volontà, di cui misura pure il grado di bontà, per il fatto che deriva dalla legge eterna, che si identifica con la stessa ragione divina [...] È quindi chiaro che la bontà della volontà umana dipende molto più dalla legge eterna che non dalla ragione umana”¹².

Com’è da intendersi, dunque, la fede? La risposta di San Tommaso, contenuta nella *Summa Theologica*, va nel senso che credere è un atto dell’intelletto che, sotto la spinta (*ex imperio*) della volontà mossa da Dio per mezzo della *gratia*, “dà il proprio consenso alla verità divina” (II,11,29).

Dunque, la volontà “aderisce” alla *veritas*, ma, al contempo, non potrebbe esserci fede senza intelletto.

Ecco l’impianto teorico che consente a Giovanni XXIII di affrontare un discorso sulla forza. Come dicevo, questo è uno dei nodi più interessanti, quantomeno dal punto di vista del giurista, della *Pacem in terris*. Nel seguito dell’enciclica si afferma: “L’autorità non è una forza incontrollata: è invece la facoltà di comandare secondo ragione. Trae quindi la virtù di obbligare dall’ordine morale: il quale si fonda in Dio, che ne è il primo principio e l’ultimo fine”¹³. Quindi, nel prosieguo: “lo stesso ordine assoluto degli esseri e dei fini che mostra l’uomo come persona autonoma, vale a dire soggetto di doveri e di diritti inviolabili, radice e termine della sua vita sociale, abbraccia anche lo Stato come società necessaria, rivestita dall’autorità, senza la quale non potrebbe né esistere, né vivere [...] E poiché quell’ordine assoluto, alla luce della sana ragione, e segnatamente della fede cristiana, non può avere altra origine che in un Dio personale, nostro Creatore, ne consegue che la dignità dell’autorità politica è la dignità della sua partecipazione all’autorità di Dio”¹⁴.

Si colloca qui un altro passaggio essenziale nell’itinerario della *Pacem in terris*: viene assicurato un esplicito riconoscimento all’autorità costituita dello Stato.

Come detto, siamo nel 1963 e il Papa sta parlando al mondo, all’Europa e all’Italia.

Ebbene, si afferma che è necessaria l’adesione all’ordine costituito dello Stato; si badi bene, l’adesione è all’ordine dello Stato che risponde a

giustizia. Anche in questo caso, il passaggio va letto anzitutto sul piano politico, piuttosto che su quello filosofico: l’adesione all’ordine dello Stato corrisponde a una scelta imprescindibile in favore della stabilità, sia pure nella cornice di una linea di tensione verso la costruzione di un rinnovato ordine mondiale.

È ulteriormente da ricordare che nei primi anni Sessanta forti tentazioni rivoluzionarie percorrevano l’Occidente: molte delle premesse teoriche per le rivolte sessantottesche erano già state poste; per tacere poi del fatto che fin dal 1955 era aperto il fronte del conflitto in Vietnam, tragica avventura che si sarebbe conclusa solo nel 1975.

Si osservi ora, più da vicino, come nella *Pacem in terris* veniva ripensata la stabilità mondiale.

5. Diritti e doveri: la responsabilità

L’attenzione va rivolta al fondamento ultimo di stabilità che – come detto – nella *Pacem in terris* è da ravvisarsi nell’idea di “bene comune”.

Quell’idea consente di dotare di radici teologiche l’intero ragionamento: la radice, in ultima analisi, sta nella *veritas*.

Proprio su questa base di solidità poggia il principio per cui, se, per un verso, è il riconoscimento dei diritti, inscindibile, per altro verso, è il riconoscimento di altrettanti doveri: “I diritti naturali testé ricordati sono indissolubilmente congiunti, nella stessa persona che ne è il soggetto, con altrettanti rispettivi doveri; e hanno entrambi nella legge naturale, che li conferisce o che li impone, la loro radice, il loro alimento, la loro forza indistruttibile. Il diritto, ad esempio, di ogni essere umano all’esistenza è connesso con il suo dovere di conservarsi in vita; il diritto ad un dignitoso tenore di vita con il dovere di vivere dignitosamente; e il diritto alla libertà nella ricerca del vero è congiunto con il dovere di cercare la verità, in vista di una conoscenza della medesima sempre più vasta e profonda”¹⁵.

In definitiva, l’orizzonte indicato dalla *Pacem in terris* è quello di un mondo fondato sulla responsabilità: vi sono i diritti e, non disgiunti da questi, i doveri, né gli uni sarebbero pensabili senza gli altri.

Ancora una volta, il radicamento nel “bene comune” impone a ciascuno di fare la propria parte, affinché possa pretendere quel che gli spetta.

In un contesto storico-sociale ad alto rischio di destabilizzazione, nuovamente è la chiave politica quella che consente la lettura più proficua del testo

¹² GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 20.

¹³ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 27.

¹⁴ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 27, citando il radiomessaggio natalizio del 1944 di Pio XII.

¹⁵ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 14.



di Giovanni XXIII. L'idea guida è nel senso di un rinnovamento però senza rivoluzioni, di talché il bilanciamento dei diritti e dei doveri sempre indica la strada da perseguire. Condizione per la pace è che vi sia un indissolubile equilibrio fra diritti e doveri, tanto nella società, quanto nei "corpi intermedi", come pure con attenzione al singolo individuo.

Mi pare interessante, a questo punto, osservare una diramazione del discorso che conduce fino al tema - oggetto di vivace dibattito politico in quegli anni - della proprietà privata.

L'opzione di Giovanni XXIII, sul punto, appare univoca: l'enciclica prospetta una precisa collocazione del mondo cattolico entro il perimetro dell'Occidente economico, politico e - inscindibilmente, rispetto a ciò - dell'ordine giuridico liberale.

Anche in questo caso, però, si indica la via di un rinnovamento: quando si parla di proprietà privata, le parole della *Pacem in terris* arrivano a farsi precisamente consonanti con quelle della Costituzione italiana del 1948. Si legge: "scaturisce pure dalla natura dell'uomo il diritto di proprietà privata sui beni anche produttivi: diritto che costituisce un mezzo idoneo all'affermazione della persona umana e all'esercizio della responsabilità in tutti i campi, un elemento di consistenza e di serenità per la vita familiare e di pacifico e ordinato sviluppo nella convivenza. Torna opportuno ricordare che al diritto di proprietà privata è intrinsecamente inerente una funzione sociale"¹⁶.

Insomma, anche il terribile diritto - per rubare l'espressione di Cesare Beccaria, che anni dopo Stefano Rodotà avrebbe reso celebre¹⁷ - veniva ricondotto a un'idea generale di responsabilità; anche la proprietà privata può essere messa a servizio del "bene comune".

Il discorso qui quasi sembra farsi di impegno politico, propositivo, a tratti quasi di tenore tecnico-giuridico. Il tema della proprietà privata, problematico sin dai Padri della Chiesa, è affrontato in relazione diretta con la terra e la sua appropriabilità: "Come è noto, vi sono sulla terra paesi che abbondano di terreni coltivabili e scarseggiano di uomini; in altri paesi invece non vi è proporzione tra le ricchezze naturali e i capitali a disposizione. Ciò pure domanda che i popoli instaurino rapporti di mutua collaborazione, facilitando tra essi la circolazione di capitali, di beni, di uomini"¹⁸.

Netta è la presa di coscienza di problemi che al tempo stavano iniziando a manifestarsi nella loro

drammatica dimensione: il post-colonialismo aveva lasciato senza speranze l'Africa e, più in generale, quello che al tempo s'iniziava a denominare Terzo Mondo; si avvertivano i rischi di una destabilizzazione dell'ordine politico, per effetto delle profonde ineguaglianze del pianeta.

Sempre sulla linea dell'innovazione nella stabilizzazione si colloca la presa di posizione di fronte ai grandi temi di politica internazionale.

Il richiamo al "bene comune" continua a indicare la strada maestra: "Infine è pure da ricordare che anche nella regolazione dei rapporti fra le comunità politiche, l'autorità va esercitata per attuare il bene comune, che costituisce la sua ragione di essere"¹⁹. Quindi, più avanti: "I poteri pubblici, aventi autorità su piano mondiale e dotati di mezzi idonei a perseguire efficacemente gli obiettivi che costituiscono i contenuti concreti del bene comune universale, vanno istituiti di comune accordo e non imposti con la forza"²⁰.

Il confronto, qui, si pone in modo diretto tra la "forza" e il "bene comune", quest'ultimo declinato nei termini del bene comune universale.

Insomma, l'enciclica prefigura un'impostazione diffusiva, nella quale il "bene comune" abbia a pervadere la dimensione globale, coinvolgere gli Stati e poi penetrare, attraverso i "corpi intermedi", fino ai singoli individui.

6. "Veritas" e rigore metodologico

Come si è detto, nella prospettiva della *Pacem in terris*, la fede è nelle regole; sono le regole a rappresentare il più solido argine alla forza, quando questa si esprima come nuda violenza.

In relazione al radicamento delle regole, mi pare utile tornare per un momento sull'idea di *veritas*.

La base epistemica su cui poggia la *Pacem in terris* è - lo abbiamo rilevato - quella proveniente dalla tradizione tomistica. A partire dal secondo Dopoguerra, vivaci erano state le tensioni tra i giuristi che, alla maniera di Francesco Carnelutti, propugnavano un impegno diretto per la realizzazione di un "diritto cattolico" e coloro che, come per esempio Guido Fassò, ritenevano invece essenziale mantenere salda la separazione tra il discorso scientifico (a questo ascrivendosi pure quello giuridico) e il discorso teologico²¹.

Vale soffermarsi, un poco più da vicino, sul punto di frizione tra le due visioni.

¹⁹ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 48.

²⁰ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 72.

²¹ G. FASSÒ, *La giustizia, la carità, e qualche pericolo per i giuristi cristiani*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, I, 1955, p. 419 ss.





Per Fassò, i guasti derivavano fin già dall'uso delle parole. Così, sarebbe bastato por mente agli equivoci generati dal termine "giustizia": evidente era la distanza tra l'accezione di "giustizia" riferibile al discorso teologico e quella che sarebbe stata adeguata, invece, all'interno di un ragionamento giuridico. Una riflessione intorno alla "giustizia" avrebbe teso insidiosi tranelli se i giuristi l'avessero posta in relazione alle Sacre Scritture. L'idea di "giustizia", nella cornice di senso dei Vangeli (come pure delle lettere di San Paolo), si sarebbe dovuta sempre intendere in una prospettiva ultramondana, sicché rispetto a quella prospettiva sarebbe rimasto senz'altro escluso il tema della relazione tra gli uomini e della necessaria *proportio* che governi quei rapporti.

L'equivoco di fondo – ecco il nocciolo – riconduce ancora una volta al ruolo della *veritas*, nonché per questa via al giusnaturalismo sotteso alla tessitura concettuale della *Pacem in terris*.

Ebbene, soltanto nella prospettiva di chi, come Carnelutti, avesse inteso vedere un nesso inscindibile tra cristianesimo e fenomeno giuridico, l'ordinamento giuridico si sarebbe dovuto concepire come *imitatio* della verità del Cristo.

In questo passaggio si rinviene la distanza che ancor oggi, passati sessant'anni dalla *Pacem in terris*, tiene separato – e vorrei dire, non può che lasciare tale – un discorso che abbia a collocarsi sul piano assiologico, *de iure condendo*, rispetto a quello che si sviluppi *de iure condito*. Se sul primo versante l'impegno dei "giuristi cattolici" è necessario e prezioso, proprio nel segno dell'inscindibilità delle due qualifiche ("giuristi" e "cattolici"), quando si tratti di impostare un ragionamento *de iure condito*, allora le premesse giusnaturalistiche rischiano di produrre più guasti che benefici.

In altre parole, un discorso sulle regole – quest'ultime da pensarsi nel significato più largo, come già detto prima - non potrebbe avere pretese di trasferirsi in modo automatico sul piano tecnico-giuridico.

La posizione da cui più non si sarebbe tornati indietro è quella che Bobbio aveva illustrato in modo assai chiaro: "l'accento è stato spostato per così dire dalla verità al rigore, o meglio è stata intesa anche la verità in termini di rigore"; e poi il discorso così seguitava: "la scientificità di un discorso non consiste nella verità, cioè nella corrispondenza della enunciazione ad una realtà obiettiva, ma nel rigore del suo linguaggio, cioè

nella coerenza di un enunciato con tutti gli altri enunciati che fanno sistema con quello"²².

In questo modo Norberto Bobbio, già nel 1950, aveva chiarito che la dignità scientifica da riconoscersi al lavoro dei giuristi si sarebbe potuta misurare prescindendo dall'oggetto dello studio; quella dignità, invece, era da guadagnarsi sul piano metodologico.

Evidente, d'altro canto, è il rischio che il razionalismo di Bobbio riportasse le lancette della scienza giuridica a un tempo antecedente all'abisso della Guerra: com'è noto, il rispetto delle regole fissate dalla Costituzione di Weimar non aveva impedito l'ascesa del nazismo.

Ma già alla metà degli anni Cinquanta la temperie culturale, in Italia e in Europa, aveva cominciato a mutare. Dopo lo slancio giusnaturalistico originato dall'orrore della guerra, il dibattito andava caratterizzandosi per una sempre maggiore apertura nei confronti del pensiero anglosassone, da un lato, nonché verso l'immensa galassia dei marxismi, dall'altro lato; senza soffermarsi qui sul fatto che alcune propagazioni del pensiero marxista avevano avviato un dialogo stretto con il cristianesimo, come poi negli anni Settanta sarebbe apparso in modo quantomai evidente.

7. Un discorso nuovo sul "bene comune"?

Al termine di queste riflessioni, viene da chiedersi se un discorso sul "bene comune" possa dimostrarsi all'altezza delle sfide del contemporaneo.

La rilettura della *Pacem in terris*, nel mezzo di un nuovo e inatteso tempo di guerra, può sospingerci a uno sforzo di riprogettazione.

La dimensione "post" nella quale ci troviamo immersi sembra aver messo in discussione larga parte delle premesse del discorso di sessant'anni fa: il nostro è un tempo "post-ideologico", "post-Muro di Berlino", il quale, sotto il profilo delle regole, ci appare addirittura di "post-diritto"²³.

Eppure, superato anche questo tornante della storia, sono persuaso che una proposta culturale incentrata sull'idea di "bene comune" possa risultare nient'affatto inattuale.

Si tratterebbe però di percorrere un tratto di strada nuovo, che consenta di muovere passi ulteriori rispetto a quelli compiuti sessant'anni fa.

²² N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* (1950), in *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di U. Scarpelli, Comunità, Milano, 1976, 300.

²³ G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Il Mulino, Bologna, 2022.

Merita di essere salvata, al fondo, l'idea che le regole rappresentino il presidio irrinunciabile in grado di preservare l'intera umanità da vecchie e nuove minacce; e, tra le più antiche, v'è la guerra.

Le regole sono ancora il "pharmakon" che può salvaguardare il "bene comune": il discorso è, per un verso, di impegno intellettuale ed etico e, per altro verso, può diventare di vera e propria militanza, per chi senta di lavorare da "giurista cattolico".

Detto ciò, potrebbe bastare oggi il richiamo alla tradizione aristotelico-tomistica?

Non v'è dubbio che meriterebbe di essere rimeditato il pensiero di San Tommaso, in punto di relazione tra pace e giustizia. Però oggi si tratta di definire una nuova relazione tra la forza - quella che è propria del diritto - e l'ordine globale.

Insomma, occorre sviluppare un progetto nuovo e ambizioso.

Un'ipotesi recentemente messa in campo è quella che sollecita un superamento della lunga stagione caratterizzata dalla centralità del soggetto, nonché dall'intestazione di diritti a un'infinita serie di individui²⁴: individui-persone, individui-Stati, individui-imprese e via discorrendo. Si può auspicare il tramonto dell'idolatria del soggetto?

Se così fosse, troverebbe spazio per un pensiero che, prendendo in considerazione l'"uomo tutto intero", conduca a una regolamentazione delle "cose" più equa e inclusiva: ripartiamo da una gestione delle *res*, siano esse ricchezze materiali o immateriali, esauribili o inesauribili.

Certo, occorre bene intendersi quando, nell'evocare questa prospettiva, si parla di "teoria dell'impersonale": non è affatto da buttare a mare il personalismo²⁵, però essenziale è che per la gestione delle cose non si debba necessariamente passare per il conflitto tra diritti soggettivi.

Così, varrebbe la pena riflettere sul fatto che la coscienza di una visione unitaria dell'universo, al di là del totem oggi quasi intoccabile del "soggetto-intestatorio di diritti", appartiene alla tradizione cristiana.

²⁴ Si veda A. SCHIAVONE, *Eguaglianza. Una nuova visione sul filo della storia*, Einaudi, Torino, 2019, in specie p. 271 ss.

²⁵ Lo stesso Schiavone avverte che il superamento di una visione incentrata sull'individuo (veicolo di tante conquiste della modernità, e ciò in forza dell'intestazione di un numero via via crescente di diritti) è da intendersi, piuttosto, come premessa per la realizzazione di un'autentica "complementarietà" tra i due paradigmi, quello dell'impersonale e quello dell'individuo: A. SCHIAVONE, *Eguaglianza*, cit., p. 296. Sicché, tornando a meditare sulle pagine di Montaigne, l'obiettivo ultimo dovrebbe essere semmai quello di "togliere in radice l'opposizione fra soggetto e oggetto": cfr. A. SCHIAVONE, *Eguaglianza*, cit., p. 305.

Perfino nell'enciclica *Pacem in terris* se ne ritrova un'eco, quando si afferma che "il bene comune ha attinenza a tutto l'uomo"²⁶.

Vi sarebbero alcune ragioni in più, a quel punto, per alimentare quella che dappprincipio ho evocato come la fede nelle regole; una fede poggiante sulla ferma convinzione che "nulla è perduto con la pace. Tutto può essere perduto con la guerra"²⁷.

²⁶ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 35.

²⁷ GIOVANNI XXIII, *Pacem in terris*, n. 62, riprendendo il radiomessaggio di Pio XII del 24 agosto del 1939.



ALLA RICERCA DELLA “VERITÀ IN PITTURA” FRA AUTENTICAZIONE E ACCERTAMENTO

Di Giampaolo Frezza

| 421

SOMMARIO: *1. Arte e diritto tra valori, principi e regole. – 2. Facoltà di autentica e libera manifestazione del pensiero. – 3. Accertamento giudiziale dell'autenticità dell'opera d'arte: le chiusure della giurisprudenza. – 4. Una possibile ricostruzione teorica. Recenti critiche. – 5. Aperture della giurisprudenza milanese. Condanna all'archiviazione. Critiche.*

ABSTRACT. *Il lavoro si prefigge lo scopo di indagare se, nell'ordinamento giuridico italiano, esista il c.d. diritto di autentica di un'opera d'arte in capo all'artista e a favore dei suoi eredi. Particolare attenzione sarà poi dedicata all'ammissibilità dell'azione giudiziale di accertamento dell'autenticità dell'opera d'arte.*

The purpose of this study is to investigate, whether, in the Italian legal system, the so-called right of authentication of a work of art exists in the hands of the artist and in favor of his heirs. In addition, special attention is given to the admissibility of judicial actions to verify the artwork's authenticity.



1. Arte e diritto tra valori, principi e regole.

Il mondo dell'arte – in particolare, quella contemporanea – è caratterizzato da una peculiare realtà mercantile¹: i collezionisti investono soldi, spesso

somme esagerate, e pretendono, a ragione, l'autenticità, tramite certificati o *expertise*, del bene acquistato. D'altra parte, se è vero che il "rischio" è insito nell'attività del collezionista², è altrettanto certo che il mondo dell'arte e il suo mercato pretendono certezze e sicurezze³, spesso rivendicate da coloro i quali collezionano certamente per mero gusto estetico, ma anche per i risvolti finanziari di tali operazioni.

Il proprietario dell'opera può ricorrere, allora, all'ente (associazione, fondazione, archivio, ecc.) accreditato sul mercato come il più autorevole a rilasciare le c.d. certificazioni di archiviazione: da tale attività deriva la "sorte" patrimoniale del bene, che, di fatto, avrà un valore adeguato solo se accompagnato da questo documento. In caso di diniego di archiviazione, si avrà l'effetto immediato di una menomazione significativa del valore patrimoniale dell'opera e, nella peggiore delle ipotesi, si potrà persino subire un'azione (penale) volta ad impedirne la circolazione (artt. 7 e 8 della l.n. 1062 del 1971)⁴.

Per quanto riguarda, invece, i rapporti fra arte e nuove tecnologie, v. E. BUFANO, *Blockchain e mercato delle opere di interesse artistico: piattaforme, nuovi beni e vecchie regole*, in *Aedon, Rivista di arte e diritto* on line, 2021, fasc. 2, p. 1 ss., ove accurata indagine; G. MAGRI, *La Blockchain può rendere più sicuro il mercato dell'arte?*, in *Aedon, Rivista di arte e diritto* on line, 2019, fasc. 21; E. DAMIANI, *Cripto-arte e non fungible tokens: i problemi del civilista*, in *Rass. dir. moda e arti*, 2022, p. 352 ss.; A. ALPINI, *Dalla 'platform economy' alla 'clout economy'. La discussa natura giuridica degli NFTs*, *ivi*, p. 365 ss.; G. FREZZA, P. VIRGADAMO, *NFT e arte. Alla ricerca di una disciplina giuridica adeguata orientata al principio di verità*, di prossima pubblicazione in *LawArt*, 2023. Utile appaiono, per un primo inquadramento del problema, la lettura di S. MORABITO, *L'applicabilità della blockchain nel diritto dell'arte*, in www.businesjus.com, 6 e di R. PISELLI, S. SEGNALE, *Blockchain e arte: quali vantaggi agli operatori e utenti*, in *Fchub* del 26 giugno 2018, che può essere letto in https://fchub.it/wp-content/uploads/2018/06/blockchain_e_arte.pdf.

² F. LEMME, *Esiste un collezionismo senza rischi nel campo delle opere d'arte?*, in www.studiolemme.it.

³ G. FREZZA, *Arte e diritto fra autenticazione e accertamento*, cit., 17 ss., a cui si rinvia per gli approfondimenti.

⁴ L. CASTELLI, *La responsabilità delle fondazioni e degli archivi d'artista nell'attività di autenticazione*, cit., 11 ss. e spec. 16, nota a App. Milano, sez. II penale, 3 novembre 2021, n. 7148, (così massimata: "laddove si tratti di stabilire la sussistenza del reato di ricettazione, in caso di vendita di un'opera d'arte contraffatta, il vaglio di attendibilità delle dichiarazioni rese dalla parte civile – una fondazione d'artista – nel processo penale deve essere circondato da molte cautele, in considerazione del fatto che tale ente, che possiede il monopolio sul rilascio dei certificati di autenticità, risulta sovente altresì essere proprietario di opere e quindi inevitabilmente portatore di interessi economici sul mercato, dovendosi in tal modo ipotizzare anche un potenziale in conflitto di interessi"). A commento di tale decisione, l'A. chiarisce opportunamente che "sebbene, infatti, il proprietario possa", a seguito del diniego di archiviazione, "chiedere ad altro esperto di pronunciarsi, non si può trascurare

422

¹ Relazione tenuta al Convegno "La verità in pittura", Dipartimento di Scienze giuridiche, Università di Firenze, 24 marzo 2023.

Ripercorreremo, qui nel testo, alcuni passaggi argomentativi già pubblicati nei vari scritti di recente dedicati a questi argomenti: G. FREZZA, *Arte e diritto fra autenticazione e accertamento*, Napoli, 2019; ID., *Opere d'arte e diritto all'autenticazione*, in *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 1734 ss.; ID., *Cultura, arte e diritto. In ricordo di un maestro*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022, fasc. 16, p. 226 ss.; ID., *L'ammissibilità dell'azione di accertamento dell'autenticità di un'opera d'arte come tutela del contenuto intrinseco del diritto di proprietà*, in *Dir. fam. pers.*, 2022, p. 145 ss.; *Sulla condanna all'archiviazione dell'opera d'arte*, in *Arte e diritto*, 2023, in corso di pubblicazione.

I rapporti fra arte e diritto, studiati dal punto di vista dell'accertamento e dell'autenticità, continuano incessantemente ad interessare la dottrina: il primo lavoro monografico, in un'ottica di comparazione, è riconducibile a A. DONATI, *Law and Art: diritto civile e arte contemporanea*, Milano, 2012. V., inoltre, L. CASTELLI, S. GIUDICI, *Conversazioni in arte e diritto*, Torino, 2021; A. MONTANARI, *La performance artistica: fattispecie, commercializzazione e rimedi*, Torino, 2022; M. FABIANI, *Diritto d'autore e diritti degli artisti, interpreti o esecutori*, Milano, 2004; G. CORRIAS LUCENTE, *La tutela dell'opera d'arte contemporanea*, Roma, 2008; G. NEGRI CLEMENTI (a cura di), *Diritto dell'arte*, I, II, III, Skira Editore, 2013-2015; G. LIBERATI BUCCIANI (a cura di), *L'opera d'arte nel mercato*, Torino, 2019; A. DONATI, *Autenticità Authenticity, Authenticity dell'opera d'arte. Diritto, mercato, prassi virtuose*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 987 ss.; S. CHERTI, *L'acquisto di arte moderna e contemporanea*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 50 ss.; B. MASTROPIETRO, *Mercato dell'arte e autenticità dell'opera: un "quadro" a tinte fosche?*, *ivi*, 2017, p. 556 ss.; P. VIRGADAMO, *La protezione giuridica dell'opera d'arte ai confini del diritto d'autore (e oltre): dalla logica mercantile all'assiologia ordinamentale*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 1478 ss.; M.F. GUARDAMAGNA, *L'azione di accertamento giudiziale dell'autenticità di un'opera. I recenti sviluppi giurisprudenziali*, *ivi*, 2018, 1588 ss.; A. BARENGHI, *Precisazioni sull'attribuzione di opere d'arte*, in <http://www.personaemercato.it/liber-amicorum-per-giuseppe-vettori>, 2022, 269 ss.; ID., *Deviazioni giurisprudenziali in tema di attribuzioni di opere d'arte*, in *Giur. it.*, 2023, p. 1286 ss.; ID., *Attribuzioni contestate di opere d'arte e limiti alla tutela giurisdizionale*, *ibidem*, 2022, p. 57 ss.; ID., *L'attribuzione di opere d'arte. Vero o falso?*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 1093 ss.; ID., *Precisazioni sull'attribuzione di opere d'arte*, in *Arte e diritto*, 2022, 126 ss.; ID., *Considerazioni sulla tutela dell'opera d'arte nel mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, I, p. 433 ss.; E. DAMIANI, *I fratelli de Chirico, l'arte e il diritto*, in *Rass. dir. moda e arti*, 2021, p. 7 ss.; R. DONZELLI, *Sull'azione di accertamento dell'autenticità dell'opera d'arte*, in *Rass. dir. moda e arti*, 2022, 45 ss.; L. CASTELLI, *La responsabilità delle fondazioni e degli archivi d'artista nell'attività di autenticazione*, in *Il diritto degli affari*, 2022, p. 11 ss.; P. VIRGADAMO, *Autenticità dell'opera d'arte e archiviazione: nessun potere di coazione sull'ente certificatore*, in *Giur. it.*, 2022, p. 611 ss.; G. GAROFALO, *Accertamento dell'autenticità di un'opera d'arte e azione di condanna all'archiviazione*, in *Dir. fam. pers.*, 2023, p. 544 ss.

L'unico strumento a disposizione del proprietario sarà, allora, quello di sperare che un giudice civile ne accerti la sua autenticità, ma la giurisprudenza italiana talvolta ritiene inammissibile una simile pretesa.

Per intenderne le ragioni, si rende necessario, qui di seguito, sintetizzare ameno tre questioni: i principi e i valori che caratterizzano, di per sé, tali vicende; la configurazione della c.d. facoltà di autentica in capo all'artista quando è vivo e a favore di chi acquista *iure proprio*, in occasione della morte, il diritto morale d'autore; e, infine, l'ammissibilità dell'azione di accertamento dell'autenticità.

Dal primo punto di vista, è opportuno ribadire che il fenomeno culturale, di cui l'arte e la bellezza sono le espressioni più tangibili, occupa nella Costituzione repubblicana del 1948 un ruolo molto significativo: si tratta degli artt. 9 e 33 Cost.⁵ e, per quanto riguarda il riparto delle competenze, dell'art. 117, commi 2 e 3 Cost. Il coordinamento, sul piano interpretativo e applicativo, delle predette disposizioni normative delinea un'idea di espressione artistica che opera tra la funzione sociale del sistema ordinamentale e le libertà individuali. Con riguardo al primo aspetto, la promozione dell'arte esige la predisposizione delle condizioni necessarie, poste in essere dallo Stato, all'esercizio in concreto delle libertà artistiche (secondo la Corte costituzionale, il valore estetico-culturale è primario nell'ordinamento italiano e lo Stato e gli enti locali devono concorrere alla sua promozione)⁶. Con riferimento al secondo, invece, l'arte si inserisce a pieno titolo nella trama dei diritti fondamentali della persona umana, primi fra tutti, quelli garantiti negli artt. 1, 2, 3, comma 2 e 4, comma 2, Cost.⁷.

Dall'interpretazione di questo complesso di norme, sembra potersi affermare che l'arte è diretta

a informare il sistema ordinamentale nella sua globalità e si lega al valore primario della persona e al suo pieno e integrale sviluppo (art. 2 Cost.)⁸. La consacrazione di tali libertà, fra l'altro, serve a garantire, riguardo ai diritti ad essi collegati, l'effettività della tutela giurisdizionale, nel caso in cui tali interessi siano lesi dalla condotta illecita di soggetti pubblici e privati⁹. Ci riferiamo, in particolare, alla tutela dei diritti d'autore e, soprattutto, a quella apprestata dall'ordinamento a favore del soggetto che possa vantare sulla *res* "opera d'arte" (corporea o meno) un diritto di proprietà. È proprio su quest'ultimo aspetto che si ravvisa in Italia, come in altri ordinamenti giuridici¹⁰, un vuoto di tutela, a cui il giurista deve, attraverso i canoni

⁸ Ancora P. PERLINGIERI e R. MESSINETTI, *op. loc. ult. cit.* Sulla persona come valore centrale nel sistema ordinamentale, v. i diversi contributi raccolti in P. PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005.

⁹ F. POLACCHINI, *op. cit.*, p. 18. L'effettività della tutela dei diritti è un'esigenza latente nel sistema ordinamentale, che trova punti di emersione diversificati, oggetto di attenzione sempre crescente da parte della letteratura: cfr., nei diversi ambiti e tra i più recenti contributi, G. VETTORI, *Controllo giudiziale del contratto ed effettività delle tutele. Una premessa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, I, 2015, p. 151 ss.; ID., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 787 ss.; ID., *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Persone e mercato* (Rivista on line), p. 15 ss.; N. TROCKER, "Civil law" e "Common law" nella formazione del diritto processuale europeo, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, p. 421 ss.; ID., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il giusto processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, p. 1172 ss.; ID., *Dal "giusto processo all'effettività dei rimedi": l'azione nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*", *ivi*, 2007, p. 35 ss.; L.P. COMOGLIO, "Moralizzazione" del processo e ruolo del giudice nell'evoluzione dei modelli processuali europei, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 131 ss.; ID., *L'effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, p. 471 ss.; D. IMBRUGLIA, *Effettività della tutela e ruolo del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 961 ss.; ID., *Effettività della tutela, una casistica*, in *Persone e mercato* (rivista on line), p. 62 ss.; M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, p. 1071 ss.; F. ALCARO, *Una riflessione su "fatto" e "diritto" (ed effettività)*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 773 ss.; AA. VV., *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti*, a cura di L. Corazza, M. Della Morte e S. Giova, Napoli, 2018, *passim*; G.R. FILOGRANO, *Regole limitative della responsabilità civile in tema di vigilanza bancaria ed esigenze di effettività nella tutela del risparmio popolare*, in *Foro nap.*, 2017, p. 389 ss.; M. DE ANGELIS, *L'effettività della tutela della salute ai tempi della crisi*, Napoli, 2016, *passim*; D. SICLARI, *Effettività della tutela dei diritti e sistema integrato dei servizi sociali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, *passim*; I. PRISCO, *Il rilievo d'ufficio della nullità tra certezza del diritto ed effettività della tutela*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 1227 ss.

¹⁰ A. DONATI, *La definizione giuridica delle opere d'arte e le nuove forme di espressione artistica contemporanea*, in *La rivista del consiglio*, 2017-2018, p. 118 ss., ove una comparazione con gli ordinamenti francese e americano; L. PALANDRI, *Giudicare l'arte. Le Corti degli Stati Uniti e la libertà di espressione artistica*, Firenze, 2016, p. 71 ss.

che l'opera che non abbia superato positivamente il vaglio dell'archivio e di cui sia stato, conseguentemente, negato l'inserimento nel catalogo ragionato, subisca istantaneamente una diminuzione di valore e un restringimento del mercato in cui potrà circolare: la prassi delle case d'asta (...) di accettare solo opere che hanno ricevuto il vaglio dell'archivio o della fondazione dell'artista, è oggi consolidata anche nel mercato delle fiere internazionali, mostrando come gli operatori del settore abbiano scelto di reagire alla generale assenza di regole nel mercato dell'arte adottando prassi uniformi".

⁵ A. BARATTA, *Stato sociale e libertà d'arte. Profili filosofici, costituzionali e penali del concetto dell'arte in relazione all'osceno*, Padova, 1966, p. 7.

⁶ Corte cost., 9 marzo 1990, n. 118; Corte cost., 18 dicembre 1985, n. 359; Corte cost., 24 giugno 1986, n. 151; Corte cost., 29 marzo 1985, n. 94.

⁷ P. PERLINGIERI e R. MESSINETTI, *Art. 9*, in *Commentario alla Costituzione italiana*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2001, p. 44; G. BIANCO, voce *Ricerca scientifica (teoria generale e diritto pubblico)*, in *Digesto, Disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, p. 360, con particolare riguardo al coordinamento con l'art. 3 Cost.

dell'interpretazione, dare risposta, la stessa che cercheremo di individuare nel corso di queste riflessioni.

L'opera d'arte, quale prodotto di tale attività, rientra, fra l'altro, nella più ampia nozione di “beni culturali”, come definiti dagli artt. 2 e 20 del codice dei beni culturali (di seguito c.b.c.): si tratta di un concetto che comprende oltre alla *res corporale* anche una dimensione ulteriore che trascende, in sé, la consistenza materiale della *cosa* e che investe l'attitudine a realizzare interessi eterogenei e valori costitutivi di una comunità, di un luogo, di un'epoca¹¹. Può, allora, parlarsi della rilevanza del *corpus mysticum* oltre il *corpus mechanicum*¹², ove gli interessi in gioco assumono, come efficacemente sintetizzato, valore “metaindividuale”¹³ e ciò ha determinato la valorizzazione del profilo dinamico di tali beni, rispetto a quello statico e strutturale su cui, per anni, la dottrina si è adagiata¹⁴: dalla mera conservazione si è passati – a seguito del progresso economico e sociale e della sempre maggiore sinergia fra pubblico e privato – alla loro valorizzazione¹⁵, come momento di completamento del disegno tracciato dalla Costituzione¹⁶.

¹¹ S. RODOTÀ, *Lo statuto giuridico dei beni culturali*, in A.A.V.V., *Annali dell'associazione Ranuccio Bianchi-Bandinelli*, 1994, p. 15. Sull'argomento, in luogo di altri, cfr. T. ALIBRANDI e P.G. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, Milano, 2001, p. 25 ss.; M.P. CHITI, *I beni culturali*, in *Tratt. dir. amm. europ.*, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, *Parte speciale*, I, Milano, 1997, p. 351; G. CERULLI IRELLI, *I beni culturali nell'ordinamento italiano vigente*, in M.P. Chiti (a cura di), *Beni culturali e comunità europea*, Milano, 1994, p. 28 ss.; M. COMPORITI, *Per una diversa lettura dell'art. 1153 c.c. a tutela dei beni culturali*, in A.A.V.V., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di L. Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 420 ss.; M. AINIS e M. FIORILLO, *I beni culturali*, in *Tratt. dir. amm.*, diretto da S. Casese, II, Milano, 2003, p. 1452 ss.

¹² Fra i pubblicisti, fondamentale è il riferimento a M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, p. 24. Sulla circolazione dei beni d'arte, M. COSTANZA, *La circolazione delle opere d'arte: regole civilistiche di scambio*, in M. Costanza (a cura di), *Commercio e circolazione delle opere d'arte*, Padova, 1990, p. 6.

¹³ A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, VIII, 2, Milano, 1995, p. 425, il quale, fra l'altro, pone in evidenza il carattere enfatico di ogni definizione legislativa.

¹⁴ Lo chiarisce bene A. NERVI, *Il comodato di opera d'arte*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, 13, *I contratti del turismo, dello sport e della cultura*, a cura di F. Delfini e F. Morandi, Torino, 2010, p. 539 ss., p. 543.

¹⁵ L. CASINI, *La valorizzazione dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 792 ss.

¹⁶ Ci sembra molto efficace la conclusione cui addivene A. NERVI, *op. cit.*, p. 549, secondo cui “nell'attuale contesto socio-economico e normativo il mondo dei beni culturali conosce una nuova stagione, nella quale – sotto la spinta di vari fattori – assume specifico rilievo la loro valorizzazione, intesa come sviluppo ed ampliamento delle relative potenzialità di godimento e di fruizione. Queste attività non sono più compito esclusivo dell'apparato pubblico, ma richiedono anche il coinvolgimento

L'arte, come in parte si è accennato, è oggi anche un bene rifugio frutto di investimenti molto significativi, onde circola come una forma di ricchezza, ma, dal punto di vista della garanzia della sua dichiarazione di “autenticità”, tale circolazione non appare informata a nessun principio che ne attesti la certezza e la sicurezza¹⁷. Non appaiono, peraltro,

ed il supporto degli operatori privati. Si aprono, quindi, nuove frontiere per l'autonomia negoziale, poiché l'intervento dei privati in questo specifico settore transita attraverso l'elaborazione e la definizione di nuovi schemi negoziali, ovvero la rivisitazione di schemi già esistenti, ma bisognosi di adattamento alle mutate esigenze. Lo studioso del diritto privato e dei fenomeni contrattuali non può, quindi, restare silente di fronte a questo nuovo scenario”.

¹⁷ In termini generali, G. VETTORI, *Circolazione dei beni e ordinamento comunitario*, in *www.personaemercato.it* (19 maggio 2008). Sull'emergere di un principio giuridico connesso alla sua circolazione e alla sua commercializzazione, G. FREZZA, *Arte e diritto fra autenticazione e accertamento*, cit., 28 ss., ove abbiamo argomentato che oggi si assiste ad una crescente e significativa diffusione, ai diversi livelli delle fonti italo-europee, di regole giuridiche create allo scopo di garantire la circolazione della “ricchezza”, nella sua accezione più ampia, secondo parametri di certezza e di sicurezza (ad avviso di Cass. pen., 31 marzo 2000, n. 4084, può parlarsi di un interesse giuridicamente rilevante alla regolarità ed onestà degli scambi nel mercato artistico e dell'antiquariato. V., inoltre, Trib. Lecce, 30 aprile 2009, secondo il quale “è noto che l'originaria normativa repressiva, dal punto di vista penale, delle condotte di contraffazione od alterazione delle opere d'arte era contenuta nella legge 20 novembre 1971, n. 1062 (artt. 3 e 4), poi trasfusa, nella sostanza, nell'art. 127, d.lgs. n. 490 del 1999, e, ancora, nell'art. 178 c.b.c.” (...) “l'oggetto giuridico dei delitti ivi contemplati era rappresentato non soltanto dalla tutela della fede pubblica (Cass. pen., 5 ottobre 1984, n. 8075), ma altresì dal mercato delle opere d'arte, inteso come interesse alla regolarità ed onestà degli scambi nel mercato artistico e dell'antiquariato (Cass. pen., 31 marzo 2000, n. 4084, cit., che parla espressamente di plurioffensività del reato)”: si pensi – tanto per fare alcune esemplificazioni e senza la pretesa della completezza – alle norme comunitarie sull'accertamento e la vigilanza del mercato nella commercializzazione dei prodotti; a quelle, parimenti comunitarie, sull'accertamento nell'accesso all'attività degli enti creditizi; a quelle, di produzione interna, riguardanti il controllo sulle emissioni di monete metalliche. Si abbia riguardo, ancora, alle regole di “sicurezza” create nel quadro delle certificazioni della qualità dei prodotti, in particolare di quelli industriali, e nell'ambito dei mercati finanziari, nonché alla realizzazione di “certezze” tramite il sorgere dei c.d. organismi indipendenti (ampia trattazione e riferimenti in A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e “certezze” private*, Milano, 2010, p. 89 ss.); a quelle sulla tutela del consumo (la tutela del consumatore, secondo quel complesso di norme di derivazione comunitarie confluite nel codice del consumo, è, peraltro, ispirata a creare regole che tutelano il soggetto debole del rapporto contrattuale ma, contemporaneamente, a implementare forme di controllo del mercato e, in esso, quelle relative alla circolazione dei beni di consumo. Cfr., in dottrina, G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2011, p. 35 ss.; I. PRISCO, *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, Napoli, 2012, p. 12 ss.; S. POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016, p. 9 ss.); e, infine, alle regole sulla circolazione della ricchezza immobiliare (G.



adeguate, al tal fine, le regole di cui alla l.n. 106 del 2004 sul c.d. deposito legale, applicabili, al più, alle manifestazioni dell'arte contemporanea che si esprimono per mezzo di una *performance*: tale deposito deve, invero, effettuarsi presso l'Istituto centrale per i beni sonori e audiovisivi e ha ad oggetto documenti sonori e video prodotti totalmente o parzialmente in Italia.

Guardando, invece, alle manifestazioni, come dire, tradizionali dell'arte (quelle cioè, che si sostanziano, ad esempio, in una pittura o in una scultura), con l'intento di garantirne la sicurezza nella circolazione, un'attenta dottrina – richiamando, peraltro, in tale ambito i principi di adeguatezza e ragionevolezza¹⁸ – ricorda la vigenza del sistema introdotto con la l.n. 1062 del 1971. Tale legge “prevede che nei procedimenti penali per i reati di contraffazione, alterazione, riproduzione illegittima a scopo di lucro, commercio, falsa dichiarazione di autenticità della copia, qualora vi sia dubbio sull'autenticità dell'opera, il giudice debba avvalersi dei periti indicati dal Ministero per i beni culturali”: di conseguenza, nella prospettiva qui in analisi, “sarebbe, a tal fine, probabilmente auspicabile una maggiore organizzazione tramite appositi albi dei soggetti idonei a valutare il valore artistico delle opere creative, magari suddivisi per apposite competenze specifiche, con un coinvolgimento attivo della Pubblica Amministrazione in funzione di controllo e coordinamento. Allo stesso modo, anche il desueto registro delle opere protette potrebbe svolgere in realtà una funzione assai utile, almeno in termini di presunzione di artisticità della creazione ivi iscritta. La protezione dell'opera artistica è, infatti, notoriamente giustificata da interessi tanto privati (come il diritto morale dell'artista), quanto pubblici o collettivi (quali quelli relativi alla protezione del patrimonio artistico, dei beni culturali, del controllo del mercato), interessi, questi ultimi, che proprio la produzione artistica contemporanea ha saputo far emergere con forza, sol che si pensi alla recente proposta di considerare le opere di *street art* alla stregua di beni comuni”¹⁹.

Il Registro pubblico generale delle opere protette, però, non è mai stato creato con riguardo alle opere d'arte, onde appare oggi molto problematico parlare di un vero e proprio obbligo di registrazione effettivamente sanzionato²⁰, forse complice la mac-

chinosa procedura, comprensiva di un'onerosa autenticazione disciplinata in sede regolamentare. Ecco perché si auspica che, “a fronte delle problematiche connesse alla conservazione e documentazione delle opere d'arte contemporanea, si potrebbe ipotizzare l'adeguamento di tale registro a finalità di tutela e protezione della produzione artistica contemporanea, effimera e spesso realizzata con materiali che si degradano velocemente”²¹.

Deve, inoltre, considerarsi che l'art. 1, commi 175 e 176, l.n. 124 del 2017 ha introdotto alcune modifiche al c.b.c. con lo scopo di semplificare le procedure relative al controllo della circolazione delle cose antiche che interessano il mercato dell'antiquariato. Al di là delle novità riguardanti le soglie temporali (da cinquanta a settanta anni) e valoriali stabilite come limite oltre il quale è previsto l'obbligo di preventiva autorizzazione all'esportazione delle opere, si introduce, ai fini di certezza e di sicurezza, il registro in formato elettronico con caratteristiche tecniche tali da consentire la consultazione in tempo reale al Soprintendente²².

Un dato appare, allora, incontrovertibile: 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.

Per tali ragioni attenta dottrina richiama, giustamente, le esigenze di tutela della “pubblica fiducia scaturente dalla relazione caratterizzata dallo *status* professionale”²³: a queste esigenze deve, di necessità, ispirarsi chi oggi si prefigga lo scopo di far circolare documenti che certifichino l'autenticità delle opere d'arte. Non si tratta solo di manifestare, con tale attività, liberamente il proprio pensiero e di esercitare le attività connesse con il godimento del

ss., la quale, non a caso, configura quello in esame come un interesse collettivo.

²¹ A. DONATI, *Autenticità Authenticité, Authenticity dell'opera d'arte. Diritto, mercato, prassi virtuose*, cit., p. 987 ss.

²² Tale registro è diviso in due elenchi: il primo è relativo alle cose per le quali occorre la presentazione all'ufficio di esportazione; il secondo è afferente alle cose per le quali l'attestato è rilasciato in modalità informatica senza necessità di presentazione della cosa all'ufficio di esportazione, salva la facoltà del soprintendente di richiedere in ogni momento che taluna delle cose indicate nel secondo elenco gli sia presentata per un esame diretto.

²³ R. CALVO, *Expertise degli strumenti ad arco e affidamento nel prisma della responsabilità senza contratto*, in *Contr. impr.*, 2010, p. 8, nell'ambito dell'autenticità degli strumenti ad arco. Tale saggio tende ad applicare il regime delle obbligazioni di salvaguardia volte a proteggere i terzi, nei rapporti fra quest'ultimo e il “certificatore”: si tratta della teoria del c.d. contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi.

FREZZA, *Circolazione immobiliare e certezza del diritto*, in *Riv. dir. priv.*, 2018, p. 167 ss.).

¹⁸ Su cui, per tutti e di recente, G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015.

¹⁹ P. VIRGADAMO, *La protezione giuridica dell'opera d'arte ai confini del diritto d'autore (e oltre): dalla logica mercantile all'assiologia ordinamentale*, cit., p. 1493.

²⁰ M.V. SESSA, *La tutela degli interessi pubblici e privati nella riproduzione delle opere d'arte*, in *Foro amm.*, 2001, p. 1019

diritto d'autore, ma dello svolgimento di un'attività permeata di valori e di principi superindividuali.

Tale aspetto non sarà affatto secondario nella risoluzione delle problematiche che, proprio in ambito circolatorio, emergono nel mondo dell'arte, come nel paragrafo che segue ci prefiggiamo di trattare.

2. Facoltà di autentica e libera manifestazione del pensiero

Nel nostro ordinamento giuridico è assente un riferimento legislativo tipico sulla c.d. facoltà di autentica e di archiviazione dell'opera d'arte²⁴. La legislazione ordinaria disciplina solo taluni aspetti legati alla tutela di quest'ultima: in particolare, gli artt. 2575 c.c. e ss. si occupano di regolare l'oggetto, l'acquisto, il contenuto, i soggetti, il trasferimento del diritto di utilizzazione ed il ritiro dell'opera dal commercio, ma nulla dicono in ordine al problema delle archiviazioni. Anche la l.n. 633 del 1941 sul diritto d'autore non contiene una disposizione normativa specifica in tal senso; essa, dopo aver definito le opere protette, i soggetti del diritto di autore, il contenuto e la durata di tale diritto, introduce norme particolari riguardanti talune categorie di opere. Gli artt. 144-155 ss. l.n. 633 del 1941, regolano, in particolare, i diritti di autore sulle vendite, successive alla prima, di opere d'arte e manoscritti, i cui contenuti prescindono dalla questione che ci occupa in questa sede²⁵. Né soccorrono, a tal proposito, la legge sulla tutela delle cose d'interesse artistico o storico (l.n. 1080 del 1939)²⁶ ed il d.P.R. n. 19 del 1979, di ratifica ed esecuzione del Testo di

²⁴ Da un punto di vista del diritto comparato, si rinvia all'informazione di A. DONATI, *Autenticità Authenticité, Authenticity dell'opera d'arte. Diritto, mercato, prassi virtuose*, cit., p. 1000, che riporta l'esempio della Francia, ove la l.n. 57-298 dell'11 marzo 1957, recepita nel codice della proprietà intellettuale, ha introdotto una deroga alla caratteristica dell'indisponibilità del diritto morale di autore, consentendo all'artista la facoltà di disporre di tale situazione giuridica soggettiva, potendo egli nominare, per testamento, un ente che gestisca, dopo la sua morte, le varie forme con cui tale diritto morale concretamente si estrinseca, compresa quella di rilasciare certificati di autenticità.

²⁵ Si veda, anche, l'art. 144, comma 1, l.n. 633 del 1941, sostituito ad opera dell'art. 2, comma 2, d. lgs. 13 febbraio 2006, n. 118, che ha recepito la Direttiva 2001/84/CE, il quale prevede, a favore dell'autore, un diritto ad un compenso sul prezzo di ogni vendita successiva alla prima cessione dell'opera. Sul diritto patrimoniale di autore, di recente, P. VIRGADAMO, *La protezione giuridica dell'opera d'arte ai confini del diritto d'autore (e oltre): dalla logica mercantile all'assiologia ordinamentale*, cit., p. 1500, per gli approfondimenti.

²⁶ Approfondimenti in V.M. SESSA, *op. cit.*, p. 2941 ss., ove l'A., dopo aver delineato il concetto tecnico e quello giuridico di opera d'arte, si occupa, fra l'altro, dell'ambito di applicabilità della l.n. 633 del 1941 e della l.n. 1089 del 1939, compresi i limiti temporali di tutela del diritto di autore.

Parigi della Convenzione universale di Berna del 24 luglio 1971²⁷.

Un primo indizio normativo si rinviene nell'art. 64 c.b.c. (d. lgs. 22 gennaio 2004 n. 42, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*), a norma del quale “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”²⁸.

Quello in esame è un effetto legale tipico²⁹, avente ad oggetto l'obbligo, in capo a chi svolge attività di vendita al pubblico, di consegnare i certificati di autenticità delle opere che provengono dall'artista (chiamate, con linguaggio mercantile, le “autentiche su foto”), o quelli che provengono dagli enti certificatori costituiti a tale scopo, e, in man-

²⁷ La Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie ed artistiche è stata firmata il 9 settembre 1886, completata a Parigi il 4 maggio 1896, riveduta a Berlino il 13 novembre 1908, completata a Berna il 20 marzo 1914, riveduta a Roma il 2 giugno 1928, a Bruxelles il 26 giugno 1948, a Stoccolma il 14 luglio 1967 ed infine a Parigi il 24 luglio 1971.

²⁸ Articolo così modificato dal d.lgs. 26 marzo 2008, n. 62. In base ad un condivisibile orientamento giurisprudenziale, la norma in analisi si applica al caso di cui al testo: invero, “secondo il nuovo codice dei beni culturali, le opere di autori viventi e quelle la cui esecuzione non risalga ad oltre cinquanta anni sono escluse dalla disciplina generale sui beni culturali del patrimonio nazionale, ma non dalla disciplina specifica relativa all'autenticazione e alla contraffazione delle opere d'arte”: Trib. Lecce, 20 aprile 2009. Per l'ampia e condivisibile motivazione di quanto appena riportato, si rinvia al testo del provvedimento.

Accurata indagine sull'articolo citato nel testo in B. MASTROPIETRO, *op. cit.*, p. 556 ss., la quale analizza, partitamente, i problemi legati al rilascio dell'autentica direttamente dall'autore (di opere materiali e immateriali) e quelli connessi al rilascio da parte di enti certificati e degli eredi dell'artista. Sulla tutela dei beni culturali v., in termini generali, A. MANSI, *La tutela dei beni culturali e del paesaggio*, Padova, 2004, p. 173 ss., in ordine agli aspetti della commerciabilità di tali beni e a quelli relativi alla contraffazione delle opere d'arte.

²⁹ Cass., 3 luglio 1993, n. 7299, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 410; in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1925; in *Dir. aut.*, 1994, p. 424, con riguardo al medesimo obbligo imposto dall'art. 2 della l.n. 1062 del 1971.

canza, di dichiararne l'autenticità o la probabile attribuzione e provenienza.

L'art. 64 c.b.c. consente, però, una prima "sommatoria" e "descrittiva" classificazione del concetto di "archiviazione": da un lato, la dichiarazione di "accreditamento"³⁰, posta in essere da chi esercita attività di vendita al pubblico, recante tutte le informazioni disponibili sull'autenticità o la probabile attribuzione e la provenienza dell'opera in mancanza di altra documentazione; dall'altro, la documentazione, diversa da quella precedente, attestante la autenticità o almeno la probabile attribuzione e la provenienza delle opere medesime.

Secondo una parte della dottrina, tale regola esprime una sorta di *soft law*, trattandosi di una norma senza sanzione e di scarsa applicazione pratica³¹: questa impostazione, di conseguenza, critica l'idea di chi, invece, molto correttamente, in assenza di una sanzione tipica, la individua in via interpretativa. Si afferma, nella ricerca della normativa applicabile al caso concreto, che "(...) gli obblighi contemplati dall'art. 64 non soltanto" vanno ad integrare quelli "generalmente gravanti sul venditore ex art. 1476 c.c., ma rientrano altresì fra gli obblighi precontrattuali cui – in applicazione del precetto generale di correttezza e buona fede di cui all'art. 1337 c.c. – è soggetto chi offre in vendita, espone ai fini di commercio intermedia la vendita di opere d'arte"³². Da qui, l'ammissibilità del recesso dalle trattative già avviate in caso di rifiuto di consultazione o di visione delle dichiarazioni, se in possesso del venditore. Poiché, inoltre, il compratore è legittimato a pretendere l'esatto adempimento della prestazione dovuta, si ipotizza il rimedio della risolu-

zione del contratto, ex art. 1453 c.c., ovvero quello della diffida ad adempiere, ex art. 1454 c.c.³³, come ben ha statuito la giurisprudenza, secondo cui "costituisce inadempimento di non scarsa importanza il mancato rilascio all'acquirente da parte del venditore di una fotografia dell'opera con retrostante dichiarazione firmata di autenticità e di provenienza della stessa, rilascio previsto come obbligatorio dall'art. 2, l.n. 1062 del 1971 (oggi abrogata e sostituita dall'art. 64 c.b.c., *n.d.r.*), e ciò rileva ai fini della valutazione dell'importanza dell'inadempimento, ex art. 1445 c.c., per la risoluzione del contratto con prestazioni corrispettive"³⁴.

La critica si estende anche al nostro tentativo, di cui si è già detto, di far discendere dall'art. 64 c.b.c. la distinzione fra l'«accreditamento» e l'«autenticazione»³⁵, distinzione che non opera, lo si ripete, sul piano sostanziale, ma su quello meramente descrittivo. In sintesi, proviamo a ribadirlo, il punto è il seguente: altro è disquisire in ordine al contenuto dell'art. 64 c.b.c., altro è analizzare se esista, oppure no, una facoltà di autentica dell'opera d'arte. Al di là delle parole usate, questa, a nostro avviso, è la sostanza della questione.

Ecco perché la norma qui in analisi non consente di rispondere all'interrogativo, fondamentale ai fini della presente indagine, avente ad oggetto la configurazione, o meno, nel nostro ordinamento giuridico della facoltà di autentica, se del caso in esclusiva, in capo a specifici soggetti: sul punto possono individuarsi due orientamenti.

Secondo il primo³⁶, tale facoltà può essere fatta rientrare nell'ambito dell'oggetto del diritto morale di autore e può spettare a quest'ultimo quando è in vita: egli, ex art. 20 l.n. 633 del 1941, 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 sarebbe l'unico legittimato alla dichiarazione di autenticità. Per essere qualificata quale espressione del

³⁰ Secondo la terminologia di 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 dell'autore o del perito, dall'accreditamento, che è di chiunque; ID., *La falsificazione di opere d'arte*, *ibidem*, 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 ss. Parla, invece, di una sorta 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. Secondo altra parte della dottrina, tale certificato sarebbe finalizzato a garantire la "liceità" della provenienza: A. PAPA, *Commento all'art. 64, Testo unico sui beni culturali*, a cura di V. Italia, Milano, 2000, p. 177. Sul commento alla norma si rimanda a A. MILIONE, *Commento all'art. 64*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2006, p. 479, ove indicazioni di dottrina.

³¹ G. RIZZI, *op. cit.*, p. 183 ss.

³² G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni mobili qualificabili come opere d'arte: ricostruzione del regime normativo applicabile alla fattispecie*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, *I contratti del turismo, dello sport e della cultura*, a cura di F. Delfini e F. Morandi, Torino, 2010, p. 589 ss., da noi ripresa in G. FREZZA, *Arte e diritto fra autenticazione e accertamento*, cit., p. 132 ss.

³³ G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 591.

³⁴ Cass., 15 febbraio 1985, n. 1300.

³⁵ Posizione, in realtà, sostenuta da P. CIPOLLA, *La prova del falso d'arte, tra il principio del libero convincimento e l'obbligo di motivazione razionale*, in *Giur. merito*, 2010, 2201, il quale distingue l'autenticazione, propria dell'autore o del perito, dall'accreditamento, che è di chiunque; ID., *La falsificazione di opere d'arte*, *ibidem*, 2013, 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, 2463 ss., e da noi ripresa in G. FREZZA, *Arte e diritto fra autenticazione e accertamento*, cit., 43 ss. Un'efficace sintesi, sul punto, in L. CASTELLI, *La responsabilità delle fondazioni e degli archivi d'artista nell'attività di autenticazione*, cit., 12.

³⁶ Indicazioni in G. FREZZA, *Arte e diritto fra autenticazione e accertamento*, cit., 39 ss.



diritto morale di autore, la facoltà di autentica, nell’ottica di tale impostazione, si dovrebbe trasmettere ai legittimari e alle altre categorie di eredi di cui all’art. 20 l.n. 633 del 1941, quale acquisto *iure proprio* (e non *mortis causa*) in occasione della morte³⁷, sottoposto alla condizione che il chiamato accetti l’eredità³⁸. Nella prassi mercantile, da tale impostazione si fa discendere che il diritto di autenticazione spetterebbe in esclusiva, quando l’autore è morto, alle sole categorie individuate dall’art. 23 l.n. 633 del 1941, in particolare ai soli legittimari (ad esempio, al coniuge superstite e ai figli).

Altra impostazione, invece, è riconducibile alla giurisprudenza di merito, quella secondo cui “l’expertise è un documento contenente un parere autorevole di un esperto in merito all’autenticità e alla 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 sulla 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”³⁹.

Orientamento, quello appena accennato, che ribadisce la concezione secondo cui “rivestendo l’attribuzione di un’opera ad un artista un mero *expertise* a livello mercantile, può essere effettuata da qualunque soggetto accreditato esperto da parte del mercato”⁴⁰. Si tratta, dunque, di una facoltà insita nel diritto alla libera manifestazione del pensiero, di cui all’art. 21, comma 1, Cost.⁴¹.

³⁷ Trib. Milano, 1 luglio 2004.

³⁸ Su cui, per tutti, A. PALAZZO, *Le successioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. Iudica e P. Zatti, I, Milano, 2000, p. 3 ss.; P. PERLINGIERI, *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, p. 90; T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, 761; A. CICU, *Successioni per causa di morte, Parte generale*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, XII, Milano, 1961, p. 70.

³⁹ Trib. Roma, 16 febbraio 2010, in *Dir. fam. pers.*, 2011, p. 1730 ss. 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.

⁴⁰ Trib. Milano, 13 dicembre 2004, sez. spec. *Proprietà intellettuale*.

⁴¹ Che la manifestazione del pensiero debba intendersi quale libertà con contenuti che non possono essere sempre uguali a sé stessi, ma devono essere valutati “(...) caso per caso evitando (...) giudizi pronunciati *ex ante* sulla base di un editto perpetuo”, e, dunque, nel senso del testo: L. PALADIN, *Libertà di pensiero e libertà d’informazione: le problematiche attuali*, in *Quad. cost.*, 1987, p. 12; A. Di GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1988, p. 12; C.

Questa posizione è stata da noi sostenuta in tutti i gli scritti dedicati a tale materia⁴², onde non è esatto indicare, come di recente riferito, che la nostra idea confluisca in quella, severamente criticata negli scritti appena citati, secondo cui “il diritto di auten-

VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008, p. 243 e ss. Lungo tale linea interpretativa, A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, p. 451, parla di “dialettica tra disposizioni costituzionali, disposizioni legislative e contesti”. Adeguata sintesi in C. CARUSO, *Tecniche argomentative della Corte costituzionale e libertà di manifestazione del pensiero*, in C. Valentini (a cura di), *Costituzione e ragionamento giuridico*, Bologna, 2012, p. 169 ss. È utile qui ricordare che autorevole dottrina, più in generale, colloca tale libertà nel sistema dei diritti fondamentali della persona (si tratta della tesi, nota come teoria “individualista”): C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*, in ID., *Diritto costituzionale vivente: Capo dello Stato ed altri saggi*, Milano, 1992, p. 119, secondo il quale “quando si afferma che la nostra Costituzione garantisce il diritto di manifestazione del pensiero in senso individualistico si intende dunque dire che esso è garantito al singolo come tale indipendentemente dalle qualifiche che il singolo possa avere in alcuna comunità e dalla funzioni connesse a tali qualifiche; si vuole dire che esso è garantito perché l’uomo possa unirsi all’altro uomo nel pensiero e col pensiero ed eventualmente insieme operare (...)”; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975, p. 81; A. PACE, in A. Pace, M. Manetti, *Articolo 21*, in G. Branca e A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, Bologna, 2006, p. 97 ss. Sui rapporti fra libera manifestazione del pensiero e dignità umana, v. L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L’istigazione all’odio razziale*, Padova, p. 228 ss. Per l’analisi dell’art. 21 Cost. in relazione al principio di eguaglianza, P. CARETTI, *Manifestazione del pensiero, reati di apologia e di istigazione: un vecchio tema che torna d’attualità in società multietnica*, in AA. VV., *Diritti nuove tecnologie trasformazioni sociali, in Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2003, p. 125 ss. e A. PIZZORUSSO, *Limiti alla libertà di manifestazione del pensiero derivanti da incompatibilità del pensiero espresso con principi costituzionali*, *ivi*, p. 667. Sul sito della Corte costituzionale (https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni-seminari/stu_284.pdf) è, d’altra parte, possibile leggere il documento, curato da G. NICASTRO (maggio 2015) dal titolo *Libertà di manifestazione del pensiero e tutela della personalità nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, ove, si conclude che “la Corte, pur facendosi carico di identificare il fondamento costituzionale dei limiti alla libertà di manifestazione del pensiero, in concreto, poi, con riguardo ai diritti della personalità, abbia fatto ricorso, essenzialmente, al solo generico richiamo all’art. 2 Cost. Tale richiamo, proprio per tale genericità, è idoneo a consentire il riconoscimento di diritti costituzionali sempre ‘nuovi’ e di contenuto imprecisato, il che, quando tale contenuto sia antitetico rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero, si traduce in una, anch’essa sempre ‘nuova’ (e poco prevedibile), limitazione della stessa”. Sull’art. 21 Cost. e sulle diverse opinioni della dottrina, v. la sintesi di F. POLACCHINI, *op. cit.*, pp. 23-30, anche con riferimento alla giurisprudenza della Corte costituzionale e della S.C. di Cassazione.

⁴² G. FREZZA, *Opere d’arte e diritto all’autenticazione*, cit., p. 1739 ss.; e poi ripresa in ID., *Arte e diritto fra autenticazione e accertamento*, cit., p. 54 ss. e in ID., *Cultura, arte e diritto*, cit., p. 226. Aderisce, di recente, alla teoria indicata nel testo L. CASTELLI, *La responsabilità delle fondazioni e degli archivi d’artista nell’attività di autenticazione*, cit., p. 13.



tica 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 autenticità⁴³.

Ciò ribadito, il problema consiste, piuttosto, nella qualificazione giuridica di tale attività.

Secondo una parte della dottrina, il giudizio espresso tramite archiviazione, ad esempio da parte di un ente certificatore, si risolve in una “opinione personale”, come tale soggettiva, inidonea ad assurgere a valore oggettivo. L’“opinione”, in tale ottica, oltre ad essere espressione dell'art. 21 Cost., è anche attuazione dell'art. 33 Cost., là dove la dichiarazione promana dal libero insegnamento. In tal senso, l’“opinione” è necessariamente legata alla dignità scientifica e all'autorevolezza del suo autore.

In base ad altro orientamento, «la c.d. “archiviazione”, in quanto non proveniente dall'autore o da esperto di rilievo nazionale, *a rigore* costituisce “autenticazione” e rientra nella categoria dell'accertamento, il cui valore dipende dai titoli di chi lo predispose: essa costituisce una mera scrittura privata avente contenuto dichiarativo (assertivo) di un fatto non riferibile al dichiarante, come tale ascrivibile alla categoria dei “pareri”»⁴⁴.

⁴³ G. RIZZI, *Fenomenologia della verità in diritto civile e la «verità in pittura»*, in *Persona e mercato*, 2023/2, p. 191. Da tale presupposto, peraltro, l'A. da ultimo citato fa discendere quella che egli definisce una “funzione oracolare” nell'ambito delle dichiarazioni di archiviazione, su cui vedi, *infra* § 4, le nostre ulteriori considerazioni.

⁴⁴ P. CIPOLLA, *La prova del falso d'arte, tra il principio del libero convincimento e l'obbligo di motivazione razionale*, *op. loc. ult. cit.*, ove viene anche chiarita l'importanza che può avere, sul piano probatorio, un'attestazione di autenticità (e le sue caratteristiche): “affinché l'attestazione di una fondazione d'arte sulla autenticità di un'opera (espressa per iscritto o per il tramite di un componente) presenti quella credibilità razionale da rendere superfluo un accertamento di natura peritale occorre che la fondazione sia composta da stretti collaboratori del maestro, la cui attività sia sottoposta alla verifica di esperti nell'opera dell'artista, come tali riconosciuti nel ristretto milieu artistico; che le attestazioni, lungi dal ridursi in apodittici giudizi di autenticità o non autenticità, siano adeguatamente motivate, mediante la comparazione – nella tecnica, nelle forme, e nei materiali utilizzati – con opere certamente riferibili all'autore del lavoro oggetto dell'accertamento; che la fondazione presenti una attendibilità storica, per il fatto di operare nel settore da molti anni e non sia stata coinvolta – direttamente o indirettamente – in false attestazioni sull'autenticità di opere sottoposte al suo vaglio; che non emergano elementi da cui si desumano interessi patrimoniali o di altro tipo delle fondazioni in parola a manipolare la verità delle attribuzioni.

Riteniamo che una qualificazione giuridica univoca dell'attività qui in esame non possa essere appagante, onde appare indispensabile calarla nella peculiarità e della concretezza del fatto a cui esse si riferisce⁴⁵. Al di là del *nomen iuris*, invero, un dato appare incontrovertibile: la qualificazione della manifestazione del pensiero *ex art. 21 Cost.* può rilevare, di per sé, là dove sia estrinsecata nei compiti di uno studioso esperto che scrive un saggio scientifico (da qui, il coordinamento con l'art. 33 Cost.), oppure uno scritto pubblicato nella stampa di opinione o, infine, un'idea manifestata pubblicamente o per mezzo dei c.d. *media* e dei c.d. *social*. In queste ipotesi, si applicheranno i limiti di cui al comma 6 dell'art. 21 Cost.

Il caso è diverso invece – come nella gran parte delle fattispecie concrete – quando la manifestazione del pensiero sia calata in un assetto di interessi contrattuale, là dove il contenuto della dichiarazione esprime certamente il pensiero, ma si tratta non già di un’“opinione” puramente soggettiva, quanto di un “parere” fondato su valutazioni oggettive: altro è, infatti, esprimere la propria idea sulla bellezza dell'opera o sulla sua idoneità ad essere considerata tale (valutazione puramente soggettiva), altro è verificare che la firma del dipinto sia autografa, che la tela corrisponda a quelle di regola utilizzate dall'artista, che il tratto grafico sia ad esso riconducibile, che i colori siano di qualità uguale a quelli di cui si forniva l'artista, ecc. (valutazioni oggettive)⁴⁶.

Questa precisazione può sembrare poco rilevante, ma, in realtà, svelerà la propria pregnanza in relazione a quanto si argomenterà qui di seguito: essendo, infatti, l'opinione “incoercibile” non è data, in astratto, azione contro chi, esprimendo il proprio parere, non riconosca l'autenticità dell'opera non archiviandola: non è pensabile, infatti, una coercizione contro il pensiero e, dunque, deve escludersi la possibilità di adire il giudice per ottenere

Si tratta di requisiti in linea con il principio per cui l'affermazione della responsabilità penale non deve lasciare spazio ad una spiegazione alternativa altrettanto credibile, regola ancor più preziosa in un settore, quello dell'arte, caratterizzato da plurimi profili di opinabilità”.

⁴⁵ Secondo il metodo suggerito da P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 455 ss. e in *Studi in onore* di Giuseppe Grosso, VI, Torino, 1974, p. 397 ss.

⁴⁶ Si può tracciare un parallelismo descrittivo fra quanto argomentato nel testo e l'attività del venditore-gallerista dell'opera, il cui comportamento deve essere sempre informato agli obblighi di diligenza e correttezza (art. 1176 c.c.), onde egli risponde in solido (art. 2055 c.c.) dei danni qualora l'opera venduta si rilevi poi plagiata: Cass., 26 gennaio 2018, n. 2039, in *Riv. dir. ind.*, 2018, II, p. 420. Il principio che emerge dalla lettura di questa sentenza ci consente di affermare che ricade sempre sugli operatori esperti del mercato dell'arte l'obbligo di comportarsi con il dovere di diligenza qualificata *ex art. 1176 c.c.*

un'archiviazione, come dire, "coattiva", quando questo o quell'ente esprimano il loro parere negativo. Il problema si intreccia, in sintesi, con l'esistenza o meno di un diritto all'accertamento giudiziale dell'autenticità dell'opera, su cui si dirà nel paragrafo che segue.

3. Accertamento giudiziale dell'autenticità dell'opera d'arte: le chiusure della giurisprudenza

Siamo così giunti al nocciolo essenziale della questione, ovvero all'analisi della questione avente ad oggetto l'ammissibilità di una domanda di accertamento dell'autenticità di un'opera d'arte⁴⁷: come insegna la casistica, essa può essere prodromica rispetto all'esigenza di tutela di una situazione sostanziale, come quella relativa al risarcimento dei danni per responsabilità extracontrattuale⁴⁸. Altre volte, tale accertamento può costituire il presupposto di una richiesta di tutela volta ad eliminare una situazione di incertezza riguardante il diritto di proprietà (dell'opera d'arte)⁴⁹. Alcune volte, ancora, tale pretesa è proposta *tout court*, a prescindere cioè dal suo necessario collegamento ad un diritto soggettivo, sol perché l'ente certificatore, accreditato dal mercato – onde in grado di influire sulla valutazione economico-patrimoniale dell'opera – ne esclude l'inserimento, nel proprio archivio⁵⁰, oppure erra la sua datazione⁵¹.

Non va, infine, dimenticato che l'accertamento dell'autenticità può costituire il presupposto dell'oggetto di una domanda di risoluzione del contratto di vendita dell'opera (da un lato, per mancanza o difetto di qualità essenziali del bene oggetto della vendita, *ex art. 1497 c.c.*; dall'altro, allo scopo di far accertare la consegna di *aliud pro alio*); oppure di annullamento per errore sulle qualità essenziali dell'opera d'arte, *ex art. 1429 n. 2 c.c.*

Ci occuperemo, nel prosieguo dell'indagine, del solo caso in cui tale pretesa è proposta *tout court*, a

prescindere cioè dalla tutela di una situazione soggettiva che ne faccia da presupposto.

La giurisprudenza appare, sul punto, attestata su due contrapposte posizioni.

Si fa spesso riferimento ad una decisione della Suprema Corte di Cassazione⁵², secondo cui, in tema di giudizio di cognizione, la domanda non può avere ad oggetto – salvi i casi eccezionalmente previsti dalla legge – una mera situazione di fatto, ma deve tendere alla tutela di un diritto che sia già sorto, in presenza di un pregiudizio attuale e non meramente potenziale, onde è inammissibile l'azione volta a conseguire l'autonomo accertamento della paternità di un'opera d'arte. Meno fortunata e poco citata è stata, invece, quella decisione, decisamente importante ai nostri fini, in cui la Cassazione ha ribadito la natura strettamente tecnica dell'accertamento che "solo uno specialista è in grado di compiere", onde l'ammissibilità della relativa azione con nomina del consulente esperto⁵³.

Lo stesso deve dirsi riguardo alla giurisprudenza di merito.

Il Tribunale di Milano, ad esempio, ha ritenuto di recente ammissibile tale azione se fondata su elementi (scientifici e fattuali) incontrovertibili e ha, invece, dichiarato inammissibile la condanna all'inserimento nel catalogo generale di un artista, curato da un ente che svolge un'attività di archiviazione delle opere d'arte, rappresentando quest'ultima una libera manifestazione del pensiero,

⁵² Cass., 30 ottobre 2017, n. 28821, in *Foro it.*, 2018, I, I, c. 167.

⁵³ Cass., 26 maggio 2016, n. 10937. L'importanza dell'esame peritale si rinviene in molte altre decisioni, ove si chiarisce che la CTU è fonte oggettiva di prova, strumento di accertamento di situazioni verificabili solo con il concorso di determinate cognizioni tecniche: App. Milano, 6 gennaio 2010, n. 3; Cass., 22 giugno 2005, n. 13041; Cass., 21 aprile 2005, n. 8297. A favore dell'accertamento tramite perito anche Trib. Roma, 24 maggio 1988, in *Riv. dir. aut.*, 1988, p. 590. Pur se nell'ambito del processo penale, osserva correttamente 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 ss., che "non si può fare a meno dell'indagine sui materiali (telaio, tela, colore) e sulle tecniche (ad es. stesura del colore; combinazione tra pigmenti), quando l'accertamento sulla coerenza stilistica tra l'opera analizzata ed altre opere risulti incerto. In particolare, lo studio dei materiali può risultare utile per la comparazione con quelli sicuramente usati dall'artista; del pari, la datazione per mezzo della fluorescenza (energy dispersive x ray fluorescence) consente di evidenziare sospetti anacronismi. Quanto detto vale anche e soprattutto per l'arte contemporanea che consente una indagine generalmente preclusa a manifestazioni artistiche più remote: la raccolta e valutazione delle informazioni sulla provenienza dell'opera ricavabili da archivi, giornali, fotografie, recensioni, lettere e cataloghi. Dunque, è la difficoltà stessa dell'accertamento del falso, soprattutto nel settore dell'arte contemporanea a confermare la tendenziale indispensabilità, a fini di prova, dell'apporto di varie discipline. Più o meno lo stesso vale per l'indagine sulle opere antiche".

⁴⁷ Il tema è stato trattato da M.F. GUARDAMAGNA, *op. cit.*, p. 1588 ss.

⁴⁸ Cass., 4 maggio 1982, n. 2765, in *Giust. civ.*, II, 1982, p. 1745, con nota di A. Di Majo, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*; e in *Foro it.*, I, 1, 1982, c. 2864, con osservazioni di F. Macario.

⁴⁹ App. Milano, 11 dicembre 2002, in *Dir. aut.*, 2004, p. 224, con nota adesiva di M. Fabiani.

⁵⁰ Trib. Milano, 19 giugno 2006, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Diritti d'autore*, n. 127; Trib. Milano, 18 gennaio 2006, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Diritti d'autore*, n. 74; Trib. Milano, 17 ottobre 2007, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Diritti d'autore*, n. 142.

⁵¹ Trib. Milano, sez. propr. intell., 14 luglio 2012, n. 8626, in *Danno e resp.*, 2014, p. 291.



e, come tale, trattandosi di un'attività incoercibile⁵⁴. Diversa, invece, è la posizione del Tribunale di Roma, che ha emanato numerosi provvedimenti – peraltro in un brevissimo lasso di tempo – con il medesimo “fatto” e le stesse “motivazioni”: in particolare, al rifiuto di archiviazione dell'ente certificatore più accreditato sul mercato è seguita la domanda di accertamento fondata sul presupposto secondo cui il parere è stato reso con imperizia e superficialità e violazione dei più elementari principi di diligenza professionale, domanda dichiarata, però, inammissibile dal giudice⁵⁵.

Il ragionamento alla base di tali decisioni può così sintetizzarsi:

a) il parere rilasciato da qualsivoglia ente certificatore costituisce un'opinione libera (art. 21 Cost.);

b) l'oggetto principale della domanda, in questi casi, è l'accertamento della paternità dell'opera, là dove si versi in presenza di discordanza di pareri, ovvero si versi in ipotesi di incertezza. Da qui, l'emergere dell'interrogativo se esista un potere del giudice di accertare, con carisma di verità, tale autenticità;

c) deve escludersi che tale potere possa essere esercitato mediante il riferimento all'art. 72 legge not., avente ad oggetto l'accertamento dell'autenticità della sottoscrizione, come peraltro già chiarito dalla giurisprudenza del passato;

d) in assenza di dati inoppugnabili, quali la documentazione fotografica dell'artista mentre realizza l'opera, non è possibile accertare se un'opera pittorica sia attribuibile ad un certo autore sulla sola base del tratto ovvero della firma, se non in termini probabilistici;

e) non esiste, dunque, un diritto, giudizialmente tutelabile, all'accertamento dell'autenticità di un'opera⁵⁶. Da questo punto di vista, osserva il Tribunale di Roma, “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 dove 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, ne può riguardare il diritto morale d'autore”, che appartiene ai soggetti indicati dall'art. 20 l. aut.;

f) in tal caso, sempre secondo il giudice romano, la domanda non ha ad oggetto l'accertamento di un diritto, bensì la verifica 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.

Questa giurisprudenza sembrava fino ad oggi consolidata, ma in un recente scritto abbiamo provato ad individuare alcune argomentazioni, in una prospettiva strutturale e funzionale, a favore dell'ammissibilità di una simile pretesa di accertamento⁵⁷.

4. Una possibile ricostruzione teorica. Recenti critiche

Abbiamo ritenuto fondamentale proporre un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'azione di accertamento e del suo oggetto e, riprendendo Wach e Chioyenda, sottolineare come sia necessario, al fine di valutare l'ammissibilità della tutela giurisdizionale richiesta, considerare l'«incertezza pregiudizievole»⁵⁸ nell'ottica secondo la quale il processo non serve «solo alla tutela dei diritti soggettivi, ma prima ancora all'attuazione del sistema ordinamentale». In questa prospettiva, propendiamo per un approccio ermeneutico nel contesto del quale sia possibile tutelare anche «interessi giuridicamente non rilevanti come diritti soggettivi, per i quali non vige la protezione costituzionale dell'art. 24 Cost. se non sotto il profilo funzionale»⁵⁹ e ciò nell'ottica di configurare un'azione di accertamento più aderente alla realtà sociale⁶⁰.

⁵⁷ G. FREZZA, *Arte e diritto fra autenticazione e accertamento*, cit., p. 76 ss.

⁵⁸ G. CHIOYENDA, *Azioni e sentenze di mero accertamento*, in *Riv. dir. proc.*, 1933, I, pp. 31 ss.; ID., *Adolf Wach*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, pp. 366 ss., e in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, Milano, 1993, pp. 263 ss.

⁵⁹ G. FREZZA, *Arte e diritto fra autenticazione e accertamento*, cit., p. 91.

⁶⁰ Secondo F. FERRARI, *Un inquadramento sistematico del diritto all'autenticità dell'opera d'arte: "Arte e diritto fra autenticazione e accertamento" di G. Frezza*, recensione in corso di pubblicazione in www.dirittodellartedellospettacolo.it (messa

⁵⁴ Trib. Milano, sez. spec. impresa, 15 febbraio 2018, n. 4754, in *Dir. fam. pers.*, 2019, p. 660 ss.

⁵⁵ Trib. Roma, 15 maggio 2017, n. 9610, in *Foro it.*, 2017, I, c. 3772; Trib. Roma, 17 aprile 2018, n. 7792; Trib. Roma, 21 giugno 2018, n. 12692.

⁵⁶ Trib. Roma, 15 maggio 2017, in *Foro it.*, 2017, I, 12, c. 3772, con nota di G. Casaburi.

Ci è apparso fondamentale analizzare come si estrinseca lo statuto proprietario sulle opere d'arte: l'art. 832 c.c. definisce, è ben noto, il diritto di proprietà come facoltà di godimento e, separatamente, di disposizione del bene⁶¹. Non si tratta, all'evidenza, di un'endiadi, e, di conseguenza, i due poteri assumono autonomo significato.

gentilmente a disposizione dall'A.), “un fenomeno simile – oggi risolto a livello normativo quantomeno nel settore della proprietà intellettuale – si è peraltro posto in passato nell'ambito della discussione in merito alla possibilità di agire in accertamento negativo addirittura in via cautelare, come invece oggi previsto dall'art. 120 comma 6 bis c.p.i. Proprio con riferimento alle azioni di accertamento negativo, rispetto alle quali il timore è evidentemente quello di evitare la reintroduzione nell'ordinamento delle azioni di iattanza, alla luce della mancanza di una norma *ad hoc*, alcuni processualciviliisti hanno affermato che le azioni in questione non avrebbero ad oggetto il diritto in sé, ma semplicemente una “questione”, vale a dire il singolo profilo concretamente allegato per sostenere l'inesistenza del diritto. Pertanto, nell'ambito di un'azione di accertamento negativo l'oggetto del giudizio riguarderebbe non il diritto in sé, ma mere questioni (E. MERLIN, *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio*, in *Riv. dir. proc.* 1997, pp. 1064 ss. e spec. pp. 1082 ss., la quale, in particolare, motiva la propria posizione facendo riferimento alle elaborazioni dottrinali relative alla natura del giudizio di opposizione all'esecuzione ed ai principi in tema di ripartizione dell'onere probatorio nell'ambito di tali azioni) e il limite vero dell'azione di accertamento sarebbe costituito dal fatto che «non è possibile chiedere al giudice l'accertamento di un fatto nella sua “materialità” disgiunta, cioè, dalla valutazione della sua efficienza giuridica rispetto alla vitalità di una determinata situazione soggettiva» (E. MERLIN, *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio*, cit., pp. 1081-1082). Emerge tuttavia in questa ipotesi la necessità di occuparsi non tanto della possibilità di configurare un accertamento della questione, quanto della portata del giudicato nel caso di specie e questa elaborazione induce inevitabilmente il processualciviliista ad interrogarsi rispetto alla figura, ben nota quantomeno a livello giurisprudenziale, del giudicato implicito (si badi che il giudicato implicito si sostanzia nella pretesa di attribuire ad un *decisum* inespresso degli effetti analoghi a quelli che solitamente discendono da una *decisum* espresso, nonostante non vi sia nessuna disposizione del codice di rito che autorizza a compiere una tale operazione, a differenza del codice del processo amministrativo che – all'art. 9 – contempla la possibilità che la sentenza contenga un capo implicito sulla giurisdizione che, se non dedotto nel giudizio di impugnazione con specifico motivo, è idoneo ad acquisire autorità di cosa giudicata) con tutte le difficoltà che la stessa pone considerato che, quantomeno secondo una certa impostazione, non può predicarsi l'esistenza di un ordine delle questioni all'interno della stessa categoria (Cfr. in merito l'interessante e recente studio monografico di G. FANELLI, *L'ordine delle questioni di rito nel processo civile in primo grado*, Pisa, 2020) (merito-merito nel caso di specie)”.

⁶¹ L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951; N. IRTI, *Proprietà e impresa*, Napoli, 1965; C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà*, in *Cod. civ. Comm.*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1994; A. GAMBARO, *La proprietà*, in *Trattato dei diritti reali*, I, *Proprietà e possesso*, a cura di A. Gambaro e U. Morello, Milano, 2008, p. 295 ss.; F. MACARIO, *Commento all'art. 832 c.c.*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2013, p. 291 ss.

La disposizione normativa, in particolare, non può essere intesa solo come sinonimo del “diritto di alienare” il bene di cui si è proprietari (nel nostro caso, l'opera d'arte), ma consiste, secondo condivisibile impostazione, nel “potere di appropriarsi del valore economico del bene”⁶². Depone verso questa impostazione il dato costituzionale e, di conseguenza, la nozione che si è andata elaborando, nel corso degli ultimi anni, sulla tutela costituzionale del diritto di proprietà⁶³.

⁶² C. ARGIROFFI, *Delle azioni a tutela della proprietà*, in *Codice civile Commentario*, diretto da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2011, p. 24 ss.

⁶³ Di recente, G. CARAPEZZA, G. FREZZA, P. VIRGADAMO, *A 50 anni dalla «Introduzione alla problematica della proprietà» di P. Perlingieri*, Napoli, 2021; P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, in *Raccolta di lezioni*, a cura di P. Perlingieri, n. 1, Università degli Studi di Camerino, Scuola di Perfezionamento in Diritto Civile, Camerino-Napoli, 1971-1972; ID., *Note sulla crisi dello Stato sociale e sul contenuto minimo della proprietà*, in *Legal. e giust.*, 1983, p. 439 ss.; ID., *Proprietà, impresa e funzione sociale*, in *Riv. dir. impr.*, 1989, p. 207 ss.; ID., *Principio «personalista», «funzione sociale della proprietà» e servitù coattiva di passaggio*, nota a Corte cost., 29 aprile 1999, n. 167, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 688 ss.; ID., *Introduzione a H. RITTSTIEG, La proprietà come problema fondamentale. Studio sull'evoluzione del diritto mercantile*, a cura di E. Caterini, *Traduzioni della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino*, 15, Napoli, 2000, p. 9 ss.; ID., *Conclusioni*, in *Proprietà e diritto europeo*. Atti del Convegno, Reggio Calabria, 11-12 ottobre 2013, a cura di G. D'Amico, Napoli, 2013, p. 325 ss.; ID., *«Funzione sociale» della proprietà e sua attualità*, in *Salvatore Pugliatti, I Maestri italiani del diritto civile*, a cura di S. Ciccarello, A. Gorassini e R. Tommasini, Napoli, 2016, p. 187 ss.; ID., *La «funzione sociale» della proprietà nel sistema italo-europeo*, in *Corti salernitane*, 2016, p. 17 ss. Varie, come noto, sono le teorie sul diritto di proprietà, oltre a quella appena riferita. Per quanto in questa sede utile, può sintetizzarsi che accanto all'approccio c.d. “storico” del diritto di proprietà (P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Padova, 1968; ID., *Un altro modo di possedere: l'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza postunitaria*, Milano, 1977; ID., *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne nei diritti reali*, Milano, 1992; F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, in *Studi giuridici*, II, Milano, 1960, p. 359 ss.; ID., *Per una definizione legislativa del diritto di proprietà*, *ivi*, p. 239; S. ROMANO, *Sulla nozione di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 337) e quello c.d. ricostruttivo (S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954; S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1252; ID., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981; P. RESCIGNO, *Lezioni su proprietà e famiglia*, Bologna, 1971; ID., *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 1 ss.), altre dottrine propongono una teoria economica del diritto di proprietà (R. SACCO, *La proprietà, Appunti delle lezioni*, Torino, 1968; v., gli approfondimenti di U. MATTEI, *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, *Diritti reali*, 1, Torino, 2001, p. 6 ss.; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, VIII, 2, Milano, 1995, p. 1 ss.; ID., *La proprietà*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1990, p. 98 ss.

Se, infatti, il codice civile incentra il diritto di proprietà in un variegato catalogo di azioni a sua difesa e forma diverse di tutela⁶⁴, la Costituzione è idonea a delinearne un elemento contenutistico rilevante, da intendersi quale sintesi fra il valore patrimoniale del bene (situazione giuridica patrimoniale) e la realizzazione del valore della persona (situazione giuridica esistenziale).

La proprietà dell'opera d'arte rappresenta l'esempio paradigmatico di una situazione che somma i detti profili esistenziali (si pensi ai profili meramente estetici legati al possesso e al godimento dell'opera stessa) e patrimoniali. Tale situazione giuridica, però, secondo il nostro punto di vista, non può essere intesa solo in modo statico (a cui consegue l'accertamento tramite le azioni tipiche disciplinate dal codice civile), come sembra argomentare la giurisprudenza di merito che occupa la nostra indagine e che qui si critica, quanto piuttosto, in un'accezione dinamica, come potere di disposizione.

Entra qui in gioco l'ente certificatore, a cui si domanda l'archiviazione a seguito della conclusione di un contratto di prestazione intellettuale. L'emanazione di un parere negativo è, come argomentato, espressione della manifestazione del libero pensiero, come tale incoercibile, ovvero sia un'opinione pura e insindacabile. Abbiamo già argomentato che, in realtà, questa "opinione", calandosi in un concreto assetto di interessi di tipo contrattuale, deve necessariamente oggettivizzarsi in un parere reso con diligenza, serietà e buona fede. Al diniego di archiviazione e alla conseguente domanda di accertamento giudiziale dell'autenticità, non può darsi risposta negativa sulla base dell'assunto, proprio della descritta giurisprudenza di merito, secondo cui si accertano diritti e non fatti, qual è la circostanza che l'opera sia autentica o meno, perché in tal modo 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'arte.

Guardando la vicenda in un'ottica economico-mercantile, infine, tale posizione potrebbe qualifi-

carsi come "dominante" e contraria alle regole della concorrenza proprie del sistema italo-europeo delle fonti del diritto⁶⁵.

Una posizione, quella qui sintetizzata, che però – ad onta della giurisprudenza più recente e che analizzeremo nel paragrafo che segue – non ha incontrato l'avallo di parte della dottrina: si osserva – sacrificando (forse) sull'altare del formalismo giuridico le ragioni pratiche di giustizia sostanziale – che "il profilo dell'autenticità dell'opera non pare affatto costituire un aspetto o il modo d'essere del diritto, bensì – cosa molto diversa – una qualità in concreto del bene", onde l'inammissibilità dell'azione⁶⁶.

In senso contrario può, tuttavia, osservarsi che la valutazione della qualità in concreto espressa dal bene rileva ai fini della nozione e della disciplina applicabile riguardo allo statuto proprietario; da qui, come di recente ben chiarito, l'osservazione secondo cui "la proprietà 'è' in relazione al bene (anche futuro); la sua ampiezza e i suoi limiti non possono che essere riferiti al bene che ne costituisce l'oggetto"⁶⁷. Il che equivale a dire, con autorevole dottrina, che "la pluralità di figure proprietarie (...) si giustifica o sotto il profilo del soggetto o sotto il profilo dell'oggetto" e che "il termine di riferimento oggettivo della situazione giuridica proprietà, incide indubbiamente sulla disciplina applicabile"⁶⁸ e, vale

⁶⁵ Sul piano teorico, secondo R. MONGILLO, *Opere dell'ingegno, idee ispiratrici e diritto d'autore*, Napoli, 2012, p. 78, l'interesse comune alla fruizione delle idee, della cultura e dell'arte è quello di evitare che si creino disincentivanti "monopoli": "la non tutelabilità dell'idea in sé (...) potrebbe apparire, *prima facie*, addirittura contraria allo scopo di incentivare la produzione di nuove opere". Sulle regole, di produzione comunitaria, della concorrenza, contrarie alla creazione di situazioni di monopolio, v., in luogo di altri, A. PAPPALARDO, *Il diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Torino, 2018; AA. VV., *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, a cura di A. Catricalà, G. Cassano e R. Clarizia, Torino, 2018; C. FRATEA, *Il private enforcement del diritto della concorrenza nell'Unione europea*, Napoli, 2015.

⁶⁶ R. DONZELLI, *Sull'azione di accertamento dell'autenticità dell'opera d'arte*, in *Rass. dir. moda e arti*, 2022, p. 45 ss., che riprende, a ben vedere, le argomentazioni di parte della giurisprudenza citata *supra* nel § 3. Non diversamente anche A. BARENGHI, *Deviazioni giurisprudenziali in tema di attribuzioni di opere d'arte*, *op. loc. ult. cit.*, secondo il quale "una simile domanda, infatti, riguarderebbe l'accertamento di un fatto considerato nella sua realtà storica, il cui accertamento non appare funzionale all'indagine sulla sussistenza di un diritto già sorto e di un pregiudizio che possa considerarsi già attuale e non solo potenziale"; e, ancora, "il processo può essere utilizzato solo a tutela di diritti sostanziali". La posizione era stata variamente espressa, da tale A., nelle varie opere citate *supra* in nt. n. 1.

⁶⁷ G. GAROFALO, *Accertamento dell'autenticità di un'opera d'arte e azione di condanna all'archiviazione*, cit., 2023, p. 557.

⁶⁸ P. PERLINGIERI, *Note sulla crisi dello Stato sociale e sul contenuto minimo della proprietà*, in *Legal. e giust.*, 1983, p. 439 ss.; ID., *Proprietà, impresa e funzione sociale*, in *Riv. dir. impr.*,

⁶⁴ Si tratta di azioni aventi ad oggetto il mero accertamento del diritto di proprietà e tendono ad "eliminare ogni incertezza sulla legittimità del potere di fatto e di diritto sul bene o meglio nella dichiarazione di una rispondenza dello stato di fatto allo stato di diritto" (L. COLANTUONI, *Le azioni petitorie*, in *Trattato dei diritti reali*, diretto da A. Gambaro e U. Morello, I, *Proprietà e possesso*, Milano, 2008, p. 983). Il nostro ordinamento prevede varieguate figure di azioni di mero accertamento: si pensi a quella di cui all'art. 949 c.c. e all'azione di regolamento dei confini, onde l'interrogativo, in dottrina, sull'ammissibilità di una figura generale di accertamento, atipica (L. COLANTUONI, *op. cit.*, p. 984).



la pena ribadirlo, sulla scelta del “giusto rimedio civile” applicabile⁶⁹.

Ciò che non va confusa è, all’evidenza, la nozione di *res* con quella di bene. La codificazione del 1942, infatti, segna il superamento della concezione naturalistica della nozione di “cosa”, e, al tempo stesso, grazie al contributo della migliore dottrina civilistica, si è giunti a formulare una chiara distinzione fra la cosa e il bene. La prima è concepita come nozione pregiuridica e neutra, mentre il secondo è l’esito della qualificazione giuridica⁷⁰ ed è inteso quale sintesi, compiuta dall’ordinamento, fra l’utilità espressa dalla cosa (elemento oggettivo) e l’interesse apprezzato dall’ordinamento a tutela della situazione giuridica soggettiva di riferimento (elemento soggettivo)⁷¹.

Enfatizzare uno solo dei due fattori detti, allo scopo di assicurare l’unitarietà della nozione teorica di bene, è un approccio formalistico, statico e parziale. Alla identificazione del bene quale interesse, a cui consegue la qualificazione della situazione di “apprensione” dello stesso, deve accompagnarsi anche la valutazione dell’utilità espressa dalla cosa, che, nel caso di un’opera d’arte, è ad un tempo esistenziale e patrimoniale. Non sembra che si possa disconoscere l’importanza del coelemento “utilità” dalla nozione di bene, come sembra invece argomentare la dottrina qui criticata.

Addivene alle medesime conclusioni indicate dalla dottrina qui criticata, senza nulla aggiungere

1989, p. 207 ss.; ID., *Principio «personalista», «funzione sociale della proprietà» e servitù coattiva di passaggio*, nota a Corte cost., 29 aprile 1999, n. 167, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 688 ss.; ID., *Introduzione* a H. RITTSTIEG, *La proprietà come problema fondamentale. Studio sull’evoluzione del diritto mercantile*, a cura di E. Caterini, *Traduzioni della Scuola di specializzazione in diritto civile dell’Università di Camerino*, 15, Napoli, 2000, p. 9 ss.; ID., *Conclusioni*, in *Proprietà e diritto europeo*. Atti del Convegno, Reggio Calabria, 11-12 ottobre 2013, a cura di G. D’Amico, Napoli, 2013, p. 325 ss.; ID., «*Funzione sociale della proprietà e sua attualità*», in Salvatore Pugliatti, *I Maestri italiani del diritto civile*, a cura di S. Ciccarello, A. Gorassini e R. Tommasini, Napoli, 2016, p. 187 ss.; ID., *La «funzione sociale» della proprietà nel sistema italo-europeo*, in *Corti salernitane*, 2016, p. 17 ss.

⁶⁹ P. PERLINGIERI, *Il “giusto rimedio” nel diritto civile*, in *Il giusto proc. civ.*, 2011, p. 1 ss., il quale argomenta in termini di variabilità e flessibilità dell’apparato rimediale, oltre la tipicità delle azioni e del riparto giurisdizionale

⁷⁰ R. NICOLÒ, *L’adempimento dell’obbligo altrui*, Milano, 1936, rist. Camerino, 1978, p. 78; P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, I, *La compravendita di cosa futura*, Napoli, 1962, p. 45.

⁷¹ È la nota dottrina di S. PUGLIATTI, *Immobili e pertinenze nel progetto del secondo libro del codice civile*, in ID., *Beni immobili e beni mobili*, Milano, 1967, p. 192; ID., *Riflessione in tema di “universitas”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 992. Aderisce, G. CARAPEZZA FIGLIA, *Oggettivizzazione e godimento delle risorse idriche. Contributo a una teoria dei beni comuni*, Napoli, 2008, p. 8-29, ove puntuale e esaustiva trattazione.

sul piano argomentativo, altra dottrina, muovendo però da una constatazione, si passi l’espressione, “nichilista” della nozione di “verità”⁷².

Un nichilismo che rilevarebbe sul piano processuale, ove il “dato esterno è sempre filtrato dalla rilevanza in astratto dei fatti addotti e dalla allegazione in concreto operata dalle parti”; su quello dell’interpretazione del contratto, ove “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”; e, infine, sul quello negoziale, ove, si osserva, “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”. Da qui, la conclusione secondo cui “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”⁷³.

Ciò premesso, dopo un’analisi dettagliata delle questioni rilevanti nei rapporti fra accertamento (verità), arte e diritto, tale dottrina critica severamente la nostra teoria e quella della Corte d’Appello di Milano, di cui si dirà nel paragrafo che segue, le cui argomentazioni sono definite “rozze”, per escludere 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”.

Da qui, la sintesi, esposta con grande enfasi, che confluisce nella metaforica immagine racchiusa nell’espressione: “le ceneri di verità”. Letteralmente si scrive che: “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 status di protezione come tale”.

La si chiami, filosoficamente, “verità” o, giuridicamente, “accertamento”; si utilizzino anche altri termini (falsità dell’opera; autenticazione; accertamento, ecc.), è innegabile che, al di là delle parole, il problema sussista, come, infatti, dimostrato dalla copiosissima giurisprudenza in tema di risoluzione

⁷² G. RIZZI, *op. cit.*, p. 169 ss.

⁷³ G. RIZZI, *op. cit.*, p. 171 ss., p. 175 ss., p. 179 ss.

del contratto a seguito di consegna di *aliud pro alio* e annullamento per errore sulle qualità essenziali dell'opera d'arte⁷⁴, oltre a quella qui in commento (in cui, invece, il problema dell'accertamento rileva, come dire, *tout court*).

5. Aperture della giurisprudenza milanese

Sul tema, di recente, è intervenuta la Corte d'Appello di Milano, con due provvedimenti decisamente innovativi, le cui decisioni si collocano sulle posizioni interpretative da noi sostenute.

Si ritiene, a ragione, che la contestazione dell'autenticità dell'opera d'arte, conseguente al mancato rilascio del relativo certificato da parte dell'ente che si accredita sul mercato per tale finalità, comporta uno stato di incertezza in relazione all'effettiva portata del diritto di proprietà, compromettendo significativamente la facoltà del proprietario di vendere l'opera come autentica ad un prezzo di mercato corrispondente alle sue effettive caratteristiche, nonché di farla circolare nei rapporti con i terzi, tramite esposizioni d'arte, come opera attribuibile a quell'artista. Si deve, pertanto, ritenere

sussistente l'interesse ad agire; interesse attuale e concreto ad eliminare ogni incertezza circa l'esatto contenuto del suo diritto di proprietà, il cui esercizio risulterebbe, altrimenti, pregiudicato dalle contestazioni⁷⁵.

L'irragionevole diniego all'archiviazione determina però, in una prima decisione, la mancata condanna dell'ente all'emissione, come dire, "coattiva" del certificato di archiviazione, perché tale attività è ritenuta, pur sempre, "libera manifestazione del pensiero"⁷⁶.

In un più recente provvedimento, invece, la Corte d'Appello di Milano si spinge oltre⁷⁷ e ritiene che i cataloghi gestiti dagli enti morali, nelle diverse edizioni aggiornate, rendono fruibile alla collettività l'attività svolta dall'ente morale a tutela degli interessi collegati all'integrale produzione dell'artista; sì che all'accertamento giudiziale – che consente di far rientrare l'opera nella produzione artistica dell'autore e concorre a rappresentarne l'immagine artistica e professionale – deve seguire la condanna all'inserimento nell'archivio in autonoma sezione del catalogo, onde escludere la violazione della libertà di manifestazione del pensiero. In tal modo, l'ente certificatore (nella specie, una fondazione) resta sempre libera di dare conto, in apposita nota di commento, della sua valutazione conclusiva, diversa da quella dell'autorità giudiziaria, in ordine alla paternità dell'opera – purché le diverse valutazioni risultino di pari rilevanza grafica – così che il giudizio espresso dall'ente morale, possa rimanere distinto, anche nella percezione dei fruitori del catalogo, da quello frutto dell'accertamento intervenuto in sede giudiziaria.

Sul piano formale, tale ultima conclusione cui addivene la Corte d'Appello di Milano può apparire, in linea di primo approccio, coerente: poiché l'autenticità è elemento intrinseco del diritto di proprietà, il suo accertamento dovrebbe essere destinato ad avere una valenza, come dire, *erga omnes*, onde anche nei confronti dell'ente certificatore (che nega l'archiviazione) e dei terzi. Sempre sul piano formale, di conseguenza, la conseguenza, almeno in

⁷⁴ Si sono occupati del tema, non a caso, R. SACCO, *L'errore sulla paternità dell'opera*, nota ad App. Roma, 23 novembre 1948, in *Riv. dir. comm.*, 1948, II, p. 192 ss.; E. GABRIELLI, *Vendita d'opera d'arte, violazione dell'impegno traslativo e nullità del contratto per illiceità del suo oggetto*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 467; ID., *La consegna di cosa diversa*, Napoli, 1987, p. 40 ss.; R. CALVO, *In tema di errore sull'autenticità dell'opera d'arte*, commento a Cass., 2 febbraio 1988, n. 985, in *Corr. giur.*, 1988, p. 445; ID., *Vendita e responsabilità per i vizi materiali*, I, *Dai fondamenti storico-comparativi alla disciplina codicistica sulle garanzie*, Napoli, 2007, p. 383 ss.; L. CASTELLI, *Vendita d'opera d'arte contraffatta, responsabilità e prescrizione*, in *Resp. civ. prev.*, 2022, p. 1476 ss. e, in relazione all'*aliud pro alio*, ID., *Prescrizione e impedimenti di fatto*, Milano, 2018. In giurisprudenza, fra le tante, Cass., 25 gennaio 2018, n. 1889, nel caso di mancata autenticità di un arazzo di Alighiero Boetti, maestro fra i più accreditati dell'arte povera; Cass., 23 marzo 2017, n. 7557; Cass., 8 giugno 2011, n. 12527; Cass., 1 luglio 2008, n. 17995; Cass., 26 gennaio 1997, n. 392; Cass., 11 marzo 20174, n. 639; Cass., 14 ottobre 1960, n. 23737, in *Foro it.*, 1960, I, c. 1914; Cass., 21 aprile 1956, n. 1220, in *Rep. Foro it.*, 1956, voce *Vendita*, n. 1956, e, per esteso, M. FABIANI, *I contratti di utilizzazione delle opere dell'ingegno*, Milano, 2001, p. 49 ss., ha elevato l'elemento dell'autenticità a connotato essenziale di identificazione e qualificazione, precisando poi, con successiva pronuncia (Cass., 11 marzo 1974, n. 639, in *Rep. Foro it.*, 1974, voce *Vendita*, n. 78), che l'autenticità assurge a connotato di identificazione del bene. Interessante è, inoltre, la casistica sintetizzata da R. CALVO, *La consegna di alia res*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, *I contratti del turismo, dello sport e della cultura*, a cura di F. Delfini e F. Morandi, Torino, 2010, p. 596-598, afferente al caso Carracci (Cass., 3 luglio 1993, n. 7299, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 410) e a quello degli "affreschi" (Cass., 16 gennaio 2006, n. 686, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 1744 ss.).

⁷⁵ App. Milano 4 maggio 2020 n. 1054, in *Dir. fam. pers.*, 2022, p. 145 ss., con nota di G. FREZZA, *L'ammissibilità dell'azione di accertamento dell'autenticità di un'opera d'arte come tutela del contenuto intrinseco del diritto di proprietà*; App. Milano 28 giugno 2022 n. 2262, 2023, in *Dir. fam. pers.*, 2023, p. 534-544, con nota parzialmente critica di G. GAROFALO, *Accertamento dell'autenticità di un'opera d'arte e azione di condanna all'archiviazione*, *ibidem*, 544 ss., e in *Giur. it.*, 2023, p. 1286, con nota critica di A. BARENGHI, *Deviazioni giurisprudenziali in tema di attribuzioni di opere d'arte*, il quale definisce "erratico" questo orientamento.

⁷⁶ App. Milano 4 maggio 2020 n. 1054, cit.

⁷⁷ App. Milano 28 giugno 2022 n. 2262, cit.

astratto, poteva essere quella avente ad oggetto la condanna all'archiviazione *tout court*.

Si è, invece, ritenuto sufficiente l'inserimento dell'opera in autonoma sezione dell'archivio, sul presupposto che, in punto di bilanciamento di valori, tale attività non collida con la libera manifestazione del pensiero. Occorre però valutare se questa conclusione possa dirsi adeguata alla peculiarità del caso concreto.

I vantaggi di una simile impostazione appaiono evidenti, ad esempio, nel caso in cui l'ente certificatore intenda pubblicare l'intero catalogo della produzione dell'artista, ad esempio, a fini culturali e scientifici: in tale ipotesi, la determinazione dell'autorità giudiziaria sarà destinata a svolgere una funzione pratica rilevante, perché nella medesima pubblicazione il lettore potrà avere una visione completa delle opere appartenenti alla produzione di quell'artista, comprese quelle accertate giudizialmente.

Ma, a fronte di ciò, occorre evidenziare quali siano gli svantaggi riconducibili ad una simile impostazione. Come già correttamente rilevato in dottrina⁷⁸, gli archivi degli enti certificatori non hanno, di per sé, una valenza pubblica, onde non sono consultabili *sic et simpliciter*. La prassi insegna che talvolta tali enti siano chiamati a fornire informazioni sulla veridicità di un certificato di archiviazione da loro reso (ma, si badi, anche tali informazioni rappresenterebbero "libera manifestazione del pensiero", onde, come la pratica insegna, l'ente potrebbe non renderle note), ma certamente non mettono a disposizione, con pubblico accesso, i dati dell'archivio. Da qui, in sintesi, la rilevanza delle informazioni ivi contenute, come dire, *inter partes*.

A questi fini, non a caso, la decisione qui in commento ha accolto la domanda di pubblicazione della sentenza che accerta l'autenticità dell'opera d'arte sulla stampa nazionale, giacché rendendo nota alla collettività la decisione dell'autorità giudiziaria, costituisce misura necessaria a contribuire al ripristino del diritto leso.

Tutto ciò posto, può allora concludersi che il rimedio alla condanna all'archiviazione nelle modalità indicate dalla Corte d'appello di Milano nel provvedimento qui in commento potrebbe, allora, apparire sproporzionato, forse anche irragionevole e poco adeguato, con effetti pratici negativi, come l'esperienza insegna: esso potrebbe invero, scoraggiare tali enti allo svolgimento di simili attività di certificazione (si pensi alla *Andy Warhol Foundation*, che, come noto, ha smesso di archiviare le opere del geniale artista per evitare le numerose controversie sull'autenticità, molte delle quali attivate tramite arbitrato).

⁷⁸ G. GAROFALO, *op. cit.*, p. 568, il quale correttamente conclude affermando che "la piena efficacia della condanna potrebbe allora aversi nei limitati casi nei quali ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni: a) la pronuncia sia stata resa nei confronti dell'archivio gestito dai soggetti titolari del diritto morale d'autore (potendo essi come visto riprodurre senza limiti le immagini dell'opere); b) questo sia l'ente maggiormente accreditato sul mercato (il che non è affatto una conseguenza automatica); c) lo stesso decida di rendere noto il catalogo curandone la pubblicazione. Epperò, anche al ricorrere di tutti e tre i dati fattuali, l'ultimo adempimento menzionato, in assenza di una disciplina di stampo pubblicitario che potrebbe, in astratto, regolare la tenuta e la divulgazione dei cataloghi, rimane comunque rimesso alla libera scelta dell'ente stesso".



“UTILITÀ SOCIALE E AUTONOMIA PRIVATA”: L’INSEGNAMENTO DI UN MAESTRO *

Di Raffaella Rametta

| 437

SOMMARIO: 1. *Il problema: autonomia privata e legge nel quadro del Green Deal europeo.* - 2. *Momenti di dottrina e scelte giurisprudenziali: il contributo di Mario Nuzzo.* - 3. *Segue. Le radici.* - 4. *Ambito di rilevanza del potere di autonomia dei privati nel nuovo testo dell’art. 41 Cost.: conseguenze operative.* - 5. *Segue. Determinazione del concetto di sviluppo sostenibile: i principi ESRS.* - 6. *Sussidiarietà e autoregolamentazione: la mission delle Fondazioni di origine bancaria tra utilità sociale e sviluppo economico sostenibile.*

ABSTRACT. Alla luce delle premesse metodologiche delineate nell’opera di Mario Nuzzo “Utilità sociale e autonomia privata” del 1975, il saggio indaga il problema del rapporto tra autonomia privata e legge nella recente evoluzione legislativa segnata dal Green Deal europeo e dalle modifiche degli artt. 9 e 41 Cost. Di fronte alla complessa regolamentazione “net-zero”, la distinzione tra il potere di autonomia privata e il contratto, come atto nel quale si esprime il potere di autonomia, orienta l’analisi della rimodulazione dell’area dell’autonomia privata nel nuovo testo dell’art. 41 Cost. e delle sue conseguenze operative sul piano del giudizio di legittimità costituzionale degli interventi legislativi nel settore privato e nel quadro dei parametri di valutazione degli atti di autonomia privata. Mutato l’assetto dei rapporti pubblico-privato, nel recente quadro legislativo del piano d’azione dell’UE per la finanza sostenibile, si assiste a un graduale ampliamento degli spazi di regolamentazione dei privati nella specificazione del concetto di sviluppo sostenibile. Sul piano della realizzazione degli interessi di rilievo generale in esso riassunti, le formule utilità sociale e sviluppo economico sostenibile individuano l’essenza della missione propria delle fondazioni di origine bancaria, soggetti dell’organizzazione delle libertà sociali, nel quadro costituzionale della sussidiarietà orizzontale.

In light of the methodological premises outlined in Mario Nuzzo's 1975 work “Utilità sociale e autonomia privata”, the essay explores the relationship between the private autonomy and the law in the recent legislative evolution marked by the European Green Deal and the amendments to Articles 9 and 41 Const. In relation to the challenging “net-zero” regulation, the distinction between the private autonomy and the contract - as the act in which the former is expressed - drives the analysis of the area of private autonomy, as reshaped in the new text of Art. 41 Const., and its applicative consequences, both in the context of judgment on the constitutional legitimacy of legislative interventions in the private sector and in the framework of the parameters for evaluating contracts. Following the changes occurred in the public-private relationship, the recent legislative framework of the EU action plan on sustainable finance marks a gradual widening of the spaces for private regulation in the specification of the sustainable development concept. In terms of realization of the general interests summarized in such concept, the social utility and sustainable economic development identify the essence of the mission pursued by the foundations of banking origin, as subjects of the organization of social freedoms, within the constitutional framework of horizontal subsidiarity.

1. Il problema: autonomia privata e legge nel quadro del Green Deal europeo.

438

Il *nomen* giuridico *sviluppo sostenibile* è radicato, come noto, nel modello di integrazione tra esigenze di sviluppo e ambiente tracciato nel Rapporto “Brundtland” del 1987¹. Nello stesso anno, Mario Nuzzo, in occasione della Prolusione al corso di Istituzioni di diritto privato della Facoltà giuridica teramana, esponeva le linee di un metodo «coerente con i risultati di efficiente tutela della persona e di equilibrato sviluppo delle attività economiche»².

Nell’esperienza presente, segnata dalla «interconnessione tra livelli ordinamentali»³, il principio di *sviluppo sostenibile* è formalizzato:

a) a livello interno, a seguito della «prima revisione costituzionale ai “Principi fondamentali”» e della «prima modifica alle disposizioni sulla cosiddetta “costituzione economica”» attuate con l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1⁴,

- nell’art. 9, comma 3, Cost., che riconosce, nell’ambito dei principi fondamentali⁵, il principio di tutela dell’ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi «anche nell’interesse delle future generazioni»⁶. Dandosi così svolgimento ad orientamen-

* Il testo rappresenta l’elaborazione della relazione “Utilità sociale e autonomia privata” svolta il 31 marzo 2023 al Convegno “Autonomia contrattuale. Contenuto, funzione e rimedi nell’Opera di Mario Nuzzo”, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università LUISS “Guido Carli”.

¹ Report of the World Commission on Environment and Development: Our common future, United Nations, 1987. La definizione data al concetto di «sviluppo sostenibile» è stata allora la seguente: «sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs». Cfr. Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (cd. Dichiarazione di Stoccolma), 1972, che nel Preambolo, par. 6, dispone: «to defend and improve the human environment for present and future generations has become an imperative goal for mankind—a goal to be pursued together with, and in harmony with, the established and fundamental goals of peace and of worldwide economic and social development».

² M. NUZZO, *Momenti di dottrina e scelte giurisprudenziali*, Napoli, 1987, 21, ora in appendice al volume Id., *Autonomia contrattuale. Contenuto, funzione, rimedi*, Torino, 2021, 231 ss.

³ P. CURZIO, Relazione sull’amministrazione della giustizia nell’anno 2022, 2023, 217.

⁴ Cfr. la Relazione ai Disegni di legge costituzionale n. 83, 212, 938, 1203, 1532, 1627, 1632 e 2160-A, comunicata alla Presidenza il 25 maggio 2021. Nella dottrina, v. G. ALPA, *Note sulla riforma della Costituzione per la tutela dell’ambiente e degli animali*, in *Contr. impr.*, 2022, 2, 361 ss.

⁵ Cioè su un piano diverso rispetto alla collocazione della tutela dell’ambiente e dell’ecosistema nel quadro del riparto delle competenze tra Stato e regioni di cui all’art. 117, comma 2, Cost., introdotto con la riforma del Titolo V della parte seconda della Costituzione (l. cost. n. 3/2001).

⁶ Come espressamente rileva la Relazione ai Disegni di legge costituzionale, cit., tale formula «riprende, nella sostanza, il concetto di *sviluppo sostenibile*». Nella dottrina, cfr. A.

ti già affermati in via interpretativa dalla Corte Costituzionale⁷ e dalla Corte di Cassazione⁸, anche in forza dell’obbligo di interpretazione conforme al diritto dell’UE (entro i cc.dd. “controlimiti”)⁹; e

- nell’art. 41 Cost., che al comma 2 stabilisce che l’iniziativa economica privata non possa svolgersi in danno alla salute e all’ambiente (limiti che si aggiungono a quelli, già vigenti, del non contrasto con l’utilità sociale, e della sicurezza, libertà e dignità umana)¹⁰; intendendosi così «dare sostanza al nuovo dettato dell’art. 9» ed «elevando al rango costituzionale principi già previsti dalle norme ordinarie»¹¹ (es. art. 3-*quater* del codice dell’ambiente). Al comma 3, la stessa disposizione riserva alla legge la possibilità di indirizzare e coordinare l’attività economica, pubblica e privata, a fini non solo sociali, ma anche ambientali;

b) a livello UE,

- nel Preambolo e nel Titolo I e V del Trattato UE,

- nel Titolo II del Trattato sul funzionamento dell’UE, nonché

- nel Capo IV della Carta dei diritti fondamentali dell’UE¹².

Nel quadro dell’impegno dell’UE a perseguire, anche in relazione all’accordo di Parigi¹³, gli obiet-

D’ALOIA, *Generazioni Future* (diritto costituzionale), in *Enc. dir.*, *Annali*, IX, Milano, 2016, 311 ss.

⁷ Per la prospettiva, ricavata dai precetti costituzionali di cui agli artt. 9, comma 2, e 32 Cost., che configura l’ambiente come un «“valore” costituzionalmente protetto» e «unitario» capace di «incorporare una pluralità di interessi e utilità collettive, anche di natura intergenerazionale», v. Corte Cost., 24 aprile 2020, n. 71; Corte Cost., 10 aprile 2020, n. 63; Corte Cost., 16 luglio 2019, n. 179; Corte Cost., 23 gennaio 2009, n. 12; Corte Cost., 14 novembre 2007, n. 378; Corte Cost., 26 luglio 2002, n. 407; Corte Cost., 6 marzo 2001, n. 46; Corte Cost., 27 dicembre 1996, n. 419; Corte Cost., 19 luglio 1996, n. 259; Corte Cost., 30 luglio 1993, n. 365; Corte Cost., 30 dicembre 1987, n. 641; Corte Cost., 28 maggio 1987, n. 210; Corte Cost., 22 giugno 1983, n. 184.

⁸ Cfr. Cass., 10 ottobre 2008, n. 25010; Cass., 3 febbraio 1998, n. 1087; Cass., 19 giugno 1996, n. 5650.

⁹ Cfr., con specifico riferimento all’art. 41 Cost., Corte Cost., 23 novembre 2021, n. 218.

¹⁰ Sul rapporto tra l’iniziativa economica privata tutelata dall’art. 41 Cost. e altri diritti costituzionalmente rilevanti, anche con riferimento alla tutela dell’ambiente e della salute, cfr. nella recente giurisprudenza Corte Cost., 23 novembre 2021, n. 218; Corte Cost., 23 marzo 2018, n. 58; Corte Cost., 15 dicembre 2016, n. 267; Corte Cost., 9 maggio 2013, n. 85.

¹¹ Così la Relazione ai Disegni di legge costituzionale, cit.

¹² Art. 37. Sul ruolo della Carta di Nizza nella sfera delle libertà economiche (art. 16), v. G. VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 1, 123 ss.; nel quadro normativo precedente al Trattato di Lisbona, Id., *Carta europea e diritti dei privati (diritti e doveri nel nuovo sistema delle fonti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 5, 10669 ss.

¹³ Adottato il 12 dicembre 2015 nell’ambito della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici e ratifica-



tivi dell’Agenda 2030 delle Nazioni Unite¹⁴, tale principio definisce la nuova Strategia di crescita economica *sostenibile e inclusiva - Green Deal* europeo¹⁵ -, avviata dalla Commissione nel 2019 e volta a «trasformare l’UE in una società giusta e prospera, dotata di un’economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva che nel 2050 non genererà emissioni nette di gas a effetto serra e in cui la crescita economica sarà dissociata dall’uso delle risorse».

In attuazione del *Green Deal*, la prima legge UE sul clima¹⁶ - recepita dal report dell’IPCC “*Global Warming of 1.5°C*” del 2018¹⁷ la necessità di «intensificare rapidamente l’azione per il clima e di continuare la transizione verso un’economia climaticamente neutra» per far fronte alla «minaccia esistenziale» causata dai cambiamenti climatici -, ha trasformato l’obiettivo di ridurre le emissioni nette di gas a effetto serra nell’UE di almeno il 55% (rispetto ai livelli del 1990) entro il 2030 in un obiettivo vincolante per l’UE e gli Stati membri¹⁸.

Conseguentemente, il pacchetto di proposte *Fit for 55%*¹⁹, nel quale s’innesta il successivo piano *RePowerEU*²⁰, ha definito i «cambiamenti trasformativi necessari nella sfera economica, sociale e industriale», introducendo una serie di misure che

to dall’UE il 5 ottobre 2016, l’accordo di Parigi è diretto a «rafforzare la risposta mondiale alla minaccia posta dai cambiamenti climatici, nel contesto dello sviluppo sostenibile e degli sforzi volti a eliminare la povertà, in particolare: a) mantenendo l’aumento della temperatura media mondiale ben al di sotto di 2 °C rispetto ai livelli preindustriali e proseguendo l’azione volta a limitare tale aumento a 1,5 °C rispetto ai livelli preindustriali, riconoscendo che ciò potrebbe ridurre in modo significativo i rischi e gli effetti dei cambiamenti climatici; b) aumentando la capacità di adattamento agli effetti negativi dei cambiamenti climatici e promuovendo la resilienza climatica e lo sviluppo a basse emissioni di gas a effetto serra, con modalità che non minaccino la produzione alimentare; c) rendendo i flussi finanziari coerenti con un percorso che conduca a uno sviluppo a basse emissioni di gas a effetto serra e resiliente al clima» (art. 2).

¹⁴ Adottata dall’Assemblea Generale il 25 settembre 2015. Cfr. la Comunicazione della Commissione “Il futuro sostenibile dell’Europa: prossime tappe. L’azione europea a favore della sostenibilità”, COM (2016) 739 final, che prevede la «piena integrazione degli OSS nel quadro strategico europeo e nelle attuali priorità della Commissione».

¹⁵ COM (2019) 640 final.

¹⁶ Reg. (UE) 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 2021 che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (CE) n. 401/2009 e il regolamento (UE) 2018/1999 («Normativa europea sul clima»). Cfr. il Piano per l’obiettivo climatico 2030 COM (2020) 562 final e la nuova Strategia dell’UE di adattamento ai cambiamenti climatici COM (2021) 82 final.

¹⁷ Cfr., da ultimo, Intergovernmental Panel on Climate Change, *Climate Change 2023*.

¹⁸ Artt. 1 e 4.

¹⁹ COM (2021) 550 final.

²⁰ COM (2022) 230 final.

orientano *tutti* i settori strategici verso il conseguimento dell’obiettivo della *neutralità* climatica entro il 2050 (cd. *transizione verde*)²¹: efficienza energetica²², principio *trasversale a ogni livello in tutti i settori* (energia, edilizia, trasporti, industria, agricoltura, finanza); energie rinnovabili²³; uso del suolo, cambiamento d’uso del suolo e silvicoltura²⁴; tassazione dell’energia²⁵; condivisione degli sforzi (cd. *effort sharing*)²⁶; sistema di scambio di quote di emissioni (cd. *emissions trading system* – EU ETS)²⁷; meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere (cd. *carbon border adjustment mechanism* - CBAM)²⁸; combustibili alternativi nel tra-

²¹ Considerando 25 Reg. (UE) 2021/1119, cit.

²² Cfr. Dir. (UE) 2023/1791 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 settembre 2023, che introduce un quadro di misure per promuovere l’efficienza energetica contribuendo all’attuazione al principio “efficienza energetica al primo posto”, sancito dall’art. 2, comma 1, n. 18, del Reg. (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio dell’11 dicembre 2018 sulla *governance* dell’Unione dell’energia e dell’azione per il clima.

²³ Cfr. la Proposta di Direttiva COM (2021) 557 final, che aumenta la quota vincolante di rinnovabili nel consumo finale di energia dell’UE al 42,5% (dal 32% precedentemente fissato) entro il 2030, con l’obiettivo di raggiungere il 45%, introducendo o rafforzando gli obiettivi annuali vincolanti in materia di rinnovabili in vari settori dell’economia (es. trasporti, edifici, industria, riscaldamento e raffrescamento, ecc.).

²⁴ Cfr. il Reg. (UE) 2023/839 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 aprile 2023, diretto a garantire che il settore (LULUCF) apporti un contributo sostenibile e prevedibile a lungo termine all’obiettivo della neutralità climatica dell’UE, fissando obiettivi vincolanti per l’aumento degli assorbimenti netti di gas a effetto serra per ciascuno Stato membro nel settore nel periodo 2026-2030, con l’obiettivo di 310 milioni di tonnellate di CO₂ equivalente di assorbimenti netti per l’Unione nel suo insieme nel 2030.

²⁵ Cfr. la Proposta di Direttiva del Consiglio COM (2021) 563 final, diretta ad allineare al conseguimento degli obiettivi di neutralità climatica la tassazione dei prodotti energetici e dell’elettricità.

²⁶ Cfr. il Reg. (UE) 2023/857 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 aprile 2023 che, per i settori non ETS, fissa nuovi limiti nazionali vincolanti, espressi in assegnazioni annuali di emissioni, che porteranno progressivamente all’obiettivo di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra di ciascuno Stato membro per il 2030 (il -40% rispetto ai livelli del 2005).

²⁷ Cfr. la Dir. (UE) 2023/958 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 maggio 2023, la Dir. (UE) 2023/959 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 maggio 2023, e il Reg. (UE) 2023/957, del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 maggio 2023, volti ad adeguare il sistema di scambio di quote di emissioni di gas a effetto serra (EU *emissions trading system* – EU ETS) all’obiettivo di riduzione delle emissioni nette di gas a effetto serra per il 2030 in tutti i settori dell’economia (introducendo un nuovo sistema di scambio di quote di emissioni per i settori dell’edilizia, del trasporto stradale e ulteriori settori industriali, eliminando gradualmente l’assegnazione gratuita delle quote nel settore del trasporto aereo, e includendo le attività di trasporto marittimo nel sistema ETS).

²⁸ Cfr. il Reg. (UE) 2023/956 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 maggio 2023, volto a prevenire il rischio di



sporto aereo e marittimo²⁹; infrastrutture per i combustibili alternativi³⁰, e veicoli a zero emissioni³¹.

Si assiste così a un incessante moltiplicarsi di norme, *strategie* e *piani nazionali di adattamento* che secondo un approccio *olistico* sono diretti a garantire, nel quadro di *governance* dell’UE per l’energia e il clima³², il «*conseguimento collettivo degli obiettivi comuni*» fissati dal *Green Deal* conformemente all’impegno dell’UE di attuare l’accordo di Parigi e l’Agenda 2030 delle Nazioni Unite per uno sviluppo sostenibile.

Segnatamente, il nuovo piano industriale “*per l’era net-zero*” accelera la *transizione verso un’economia e una società sostenibili a zero emissioni nette*³³; il piano d’azione “*per l’economia circolare*” definisce un quadro per i prodotti *sostenibili*³⁴; il piano d’azione “*per l’economia sociale*” supporta il contributo dei soggetti dell’economia sociale alla *transizione verde e digitale*³⁵; la strategia “*farm to fork*” guida la transizione verso sistemi alimentari *sostenibili*³⁶; la strategia “*biodiversità 2030*” predispone un *piano di ripristino della natura*³⁷; il piano d’azione “*produzione biologica*” delinea la *transizione verso un’agricoltura e acquacoltura più sostenibili*³⁸; la nuova strategia “*foreste 2030*” promuove la crescita di foreste *sane, diversificate e resilienti* che favoriscano una bioeconomia forestale *sostenibile*³⁹; la strategia europea per i dati supporta la creazione di uno spazio comune europeo di dati a *sostegno delle azioni prioritarie del Green Deal*⁴⁰;

rilocalizzazione delle emissioni di carbonio nei settori a rischio (es. cemento, ferro, acciaio, alluminio, concimi ecc.), garantendo un prezzo del carbonio equivalente per le importazioni e per i prodotti interni, e sostenendo la riduzione delle emissioni di gas a effetto serra nei Paesi terzi.

²⁹ Cfr. la Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio COM (2021) 561 final (*RefuelEU Aviation*), e il Reg. (UE) 2023/1805 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 settembre 2023 (*FuelEU Maritime*), volti a promuovere la produzione e la diffusione di combustibili alternativi sostenibili nel trasporto aereo e marittimo.

³⁰ Cfr. il Reg. (UE) 2023/1804 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 settembre 2023, volto a fissare obiettivi minimi obbligatori per la realizzazione di infrastrutture di ricarica e rifornimento accessibili al pubblico per i veicoli stradali.

³¹ Cfr. il Reg. (UE) 2023/851 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 aprile 2023, volto a fissare requisiti più stringenti in materia di riduzione delle emissioni di CO₂ per autovetture nuove e per i veicoli commerciali leggeri nuovi dal 2030.

³² Reg. (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio dell’11 dicembre 2018.

³³ COM (2023) 62 final, che rimodula la nuova strategia industriale per l’Europa COM (2020) 102 final e il relativo aggiornamento COM (2021) 350 final.

³⁴ COM (2020) 98 final.

³⁵ COM (2021) 778 final.

³⁶ COM (2020) 381 final.

³⁷ COM (2020) 380 final.

³⁸ COM (2021) 141 final.

³⁹ COM (2021) 572 final.

⁴⁰ COM (2020) 66 final.

le strategie per l’integrazione del sistema energetico⁴¹, l’idrogeno⁴², e l’eolico *offshore*⁴³ promuovono la *decarbonizzazione dell’economia* attraverso tecnologie più *sostenibili in tutti gli ecosistemi industriali* connessi alla *transizione energetica*; la strategia “*sostanze chimiche sostenibili*” stimola la *transizione verso sostanze chimiche sostenibili in tutti i settori*⁴⁴; la strategia “*ondata di ristrutturazioni*” dà impulso alla creazione di un ambiente costruito *sostenibile*⁴⁵; la strategia “*mobilità sostenibile e intelligente*” mira a *trasformare* il settore dei trasporti in un sistema *per le generazioni future*⁴⁶; il piano d’azione “*inquinamento zero*” *trasforma* modelli imprenditoriali e di consumo, e *orienta* gli investimenti⁴⁷.

Fino alla “*Strategy for Financing the Transition to a Sustainable Economy*”, che integra la regolamentazione con un quadro della finanza *sostenibile* volto ad allineare i flussi finanziari *privati* agli obiettivi del *Green Deal*⁴⁸, attraverso:

- la tassonomia delle *attività economiche ecosostenibili*⁴⁹, alla quale è direttamente collegato il cd. vincolo “DNSH” (*do not significant harm*), introdotto dal dispositivo per la ripresa e la resilienza⁵⁰;

⁴¹ COM (2020) 299 final.

⁴² COM (2020) 301 final.

⁴³ COM (2020) 741 final.

⁴⁴ COM (2020) 667 final.

⁴⁵ COM (2020) 662 final.

⁴⁶ COM (2020) 789 final.

⁴⁷ COM (2021) 400 final.

⁴⁸ COM (2021) 390 final; cfr. il primo piano d’azione della Commissione per finanziare la crescita sostenibile COM (2018) 97 final.

⁴⁹ Reg. (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020 relativo all’istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088 (Regolamento Tassonomia); cfr. Reg. del. (UE) 2021/2139, 2021/2178, e 2022/1214, e da ultimo C/2023/3851 final.

⁵⁰ Ai sensi dell’art. 5, comma 2, del Reg. (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, il dispositivo finanzia *unicamente* le misure che rispettano il principio «non arrecare un danno significativo». Ai sensi dell’art. 18, comma 4, lett. d ed e, del medesimo Reg., i piani nazionali per la ripresa e la resilienza garantiscono che nessuna misura per l’attuazione delle riforme e degli investimenti in esso inclusi arrechi un danno significativo agli obiettivi ambientali ai sensi dell’art. 17 del Reg. (UE) 2020/852 (principio «non arrecare un danno significativo» - DNSH), e indicano se almeno il 37% delle risorse complessive del piano sono in grado di contribuire alla transizione verde, compresa la biodiversità, o ad affrontare le sfide che ne conseguono (cd. *tagging* climatico). Cfr., al riguardo, RgS., circ. 30 dicembre 2021, n. 32 “PNRR – Guida operativa per il rispetto del principio di non arrecare danno significativo all’ambiente (DNSH)”, e il relativo aggiornamento circ. 13 ottobre 2022, n. 33.



- gli obblighi informativi sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari⁵¹;
 - la rendicontazione societaria di sostenibilità⁵²;
- e
- gli obblighi di *governance* societaria sostenibili⁵³.

In «*tutti i settori dell'economia e della società*»⁵⁴ si delinea, dunque, una «*nuova conformazione dettata da un interesse pubblico volto ad uno sviluppo sostenibile e ai limiti ambientali*»⁵⁵, che indirizza a

⁵¹ Reg. (UE) 2019/2088 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari (*Sustainable Finance Disclosure Regulation – SFDR*), Reg. del. (UE) 2022/1288 e 2023/363; Reg. (UE) 2019/2089 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 relativo ai cc.dd. *benchmark* climatici; Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio COM (2021) 391 final sulle obbligazioni verdi europee; Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio COM (2023) 314 final sulla trasparenza dei rating ESG.

⁵² Dir. (UE) 2022/2464 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 (*Corporate Sustainability Reporting Directive – CSRD*). Cfr. la Dir. 2014/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2014, e la Comunicazione della Commissione “Orientamenti sulla comunicazione di informazioni di carattere non finanziario: Integrazione concernente la comunicazione di informazioni relative al clima” (2019/C 209/01).

⁵³ Cfr. la Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio COM (2022) 71 final (*Corporate Sustainability Due Diligence Directive – CSDD*). Cfr. M. LIBERTINI, *Gestione “sostenibile” delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale*, in *Contr. impr.*, 2023, 54 ss.; ID. *Sulla proposta di Direttiva UE su “Dovere di diligenza e responsabilità delle imprese”*, in *Riv. soc.*, 2021, 325 ss.; M. RABITTI, *Due diligence sulla sostenibilità e digitalizzazione della catena del valore: l'apporto di blockchain e smart contracts*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2023, 2, 166 ss.

⁵⁴ In questi termini, ad es., v. considerando 25 Reg. (UE) 2021/1119, cit.

⁵⁵ Così G. VETTORI, *Verso una società sostenibile*, in *Pers. merc.*, 2021, 3, 466. Cfr. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, in *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, 16, e ID., *Concetto giuridico di mercato e doveri di solidarietà*, *ivi*, 112, 114 ss., il quale, nella prospettiva che limita il rilievo dell'art. 41, 1° comma, Cost. al rapporto tra lo Stato e il singolo, qualifica i doveri, negativi e positivi, indicati nel 2° e 3° comma dell'art. 41 Cost., come «*criteri di conformazione*» che «*traducono il dovere di solidarietà nel campo proprio della libertà d'iniziativa economica*». Nella diversa prospettiva della funzionalizzazione degli istituti del diritto civile alla luce dei principi fondamentali del sistema fondato sul valore della persona, P. PERLINGIERI, *Persona, ambiente sviluppo*, in M. Pennasilico (a cura di), *Contratto e ambiente*, Napoli, 2016, 321 ss., spec. 326, rileva che l'utilità sociale e la *triade* sicurezza-libertà-dignità, cui fa riferimento l'art. 41 Cost., «*conformano*» l'iniziativa economica privata, osservando che oggi il principio di sussidiarietà (art. 118, comma 4, Cost.) giustifica il superamento della lettura del contratto come «*esclusivo strumento per regolare interessi individuali ed egoistici delle parti*»; ID., *I diritti umani come base dello sviluppo sostenibile. Aspetti giuridici e sociologici*, in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, 71 ss. In questa prospettiva, M. PENNASILICO, *Economia circolare e diritto: ripensare la “so-*

fini di interesse *generale*, orientati alle sfide “*net-zero*”, l'area degli «*strumenti tradizionalmente riservati al perseguimento di interessi propri dei privati*»⁵⁶, rinnovando con forza l'esigenza di una riflessione sulla ripartizione fondamentale delle competenze tra autonomia privata e legge.

2. Momenti di dottrina e scelte giurisprudenziali: il contributo di Mario Nuzzo.

Il problema, in verità, non è affatto nuovo. Nella seconda metà dello scorso secolo, il tema del rapporto tra autonomia privata e legge segna intensamente l'elaborazione teorica della dottrina italiana⁵⁷

stenibilità”, in *Pers. merc.*, 2021, 4, 711 ss., spec. 721, osserva che «*la “sostenibilità ecosociale” assurge a parametro del controllo di meritevolezza degli atti negoziali, in quanto idonei a realizzare una funzione “ecologico-sociale”*», così giustificando la proposta del cd. “contratto ecologico”, inteso dall'A. nei termini di un «*“dispositivo di alleanza” (tra privati o tra privato e pubblici poteri) preordinato a regolare il concorso di una pluralità di interessi solidali e convergenti intorno al godimento inclusivo delle risorse naturali: un accordo rivolto a costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici ecosostenibili, ossia a impatto positivo sull'ambiente*»; ID., *Ambiente e mercato*, in M. Pennasilico (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014, 166 ss.; ID., *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in *Giust. civ.* 2017, 809 ss.; ID., *Dal “controllo” alla “conformazione” dei contratti: itinerari della meritevolezza*, in *Contr. impr.*, 2020, 2, 851 ss. Cfr., in senso critico, S. PAGLIANTINI, *Sul c.d. contratto ecologico*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 2, 337 ss., il quale valorizza la lettura del contratto come autoregolamento di privati interessi.

⁵⁶ M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, ora in Collana Ristampe della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, Napoli, 2011, 61.

⁵⁷ Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, 227 ss.; R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 904 ss.; M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 391 ss.; P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Justitia*, 1957, 3 ss.; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, 7 ss.; S. PUGLIATTI, voce *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 366; U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, I, Milano, 1955, 85 ss.; G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 258 ss.; L. MENGONI, *Programmazione e diritto*, in *Justitia*, 1966, 103 ss.; G. MINERVINI, *Nuovi mezzi di intervento pubblico nell'economia*, in *Rass. ec.*, 1966, 455 ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1970, spec. 13 ss., 31 ss., 76 ss., 91 ss.; G. BENEDETTI, *Prelazione e riscatto nell'alienazione di fondi rustici*, in *Riv. not.*, 1974, 893 ss.; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, 1 ss. Nella dottrina francese, già dagli inizi del secolo scorso, cfr. G. MORIN, *La loi et le contrat. La décadence de leur souveraineté*, Paris, 1927, 113; L. JOSSERAND, *La publicisation du contrat*, in *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'Etudes en l'honneur d'Edouard Lambert*, III, Paris, 1938, 153; M. VASSEUR, *Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects*



di fronte alla difficoltà di governare, «*inquadrando nella coerenza del sistema*», il fenomeno della emersione sul piano normativo di nuovi limiti, che «*sempre più profondamente incidono sull'ambito del potere di autonomia dei privati*»⁵⁸, con una graduazione indefinita di tecniche e strumenti diversi in vista della tutela di «*interessi di grado superiore la cui realizzazione è assunta come fine proprio dallo Stato*»⁵⁹: dalle condizioni generali di contratto alla sostituzione automatica di clausole e all'integrazione del contratto, fino al quadro costituzionale che disciplina gli interventi dello Stato nell'attività economica privata⁶⁰ e alle norme della legislazione speciale che vi danno attuazione.

La complessità dello scenario genera una tensione, in quegli anni diffusamente avvertita come inconciliabile, tra interessi *individuali* alla cui realizzazione è in sé strumentale l'atto di autonomia privata, e gli interessi *generali* tutelati da quei limiti che, nella visione tradizionale, non possono che configurare delle anomalie del sistema⁶¹.

Al suo interno, tale visione si articola in una pluralità di posizioni, spesso opposte nei risultati⁶², le

juridiques de l'economie concertée et contractuelle, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1964, 8 ss.

⁵⁸ M. NUZZO, *Utilità sociale*, cit., 7.

⁵⁹ Così M. NUZZO, *op. ult. cit.*, 201.

⁶⁰ Sul tema, nella elaborazione successiva all'opera *Utilità sociale e autonomia privata*, v. F. GALGANO, *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, I, *La costituzione economica*, Padova, 1977, 511; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, *passim*; ID., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 85 ss.; G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in AA.VV., *La costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Milano, 1990, 41 ss.; G. ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 35 ss.; L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, 1 ss.; ID., *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, in G. Vettori (a cura di), *Persona e Mercato. Lezioni*, Padova, 1996, 34 ss.; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, loc. cit.; ID., *Iniziativa privata e concorrenza (verso la nuova costituzione economica)*, in *Giur. it.*, 1997, 1022 ss.; S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, 6ª ed., Bari-Roma, 2021, 17 ss. e 389 ss.

⁶¹ Cfr. F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1973, 25 ss., 54.

⁶² Dalla tesi, nata nella dottrina pubblicistica, della funzionalizzazione dell'iniziativa economica privata (cfr. C. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma, 1935, 57; G. BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1955, 79; G. MIRABELLI, *Causa, oggetto, funzione, interesse*, in *Arch. Giur.*, 1950, 99), alla tesi, prevalente nella dottrina civilistica, che esclude l'applicabilità dell'art. 41 Cost. all'autonomia negoziale restringendone l'operatività nell'ambito dell'impresa, anche in funzione dell'esigenza di non estendere all'autonomia privata quel complesso di limiti, e in particolare il principio del non contrasto con l'utilità sociale, correlati alla funzionalizzazione dell'autonomia privata (cfr. U.

quali tuttavia condividono, sul piano delle premesse, un presupposto ideologico essenziale: e cioè l'*illusione*⁶³, ormai del tutto svincolata dai suoi fondamenti storici e culturali, che il contenuto del contratto sia riservato alla competenza dispositiva dell'autonomia privata⁶⁴, situazione in sé preesistente all'ordinamento che può solo riconoscerla e tuttarla⁶⁵.

I limiti dell'impostazione tradizionale sul piano dei problemi pratici posti dai mutamenti della realtà normativa⁶⁶ orientano, nell'opera "*Utilità sociale e autonomia privata*", il rilievo che la crisi sia, nella sua essenza reale, «*di strumenti concettuali e di metodo*»⁶⁷: influenzando con ciò la necessità di un «*adeguamento delle strutture tradizionali alle nuove realtà che la vita economica e sociale nella sua costante e rapida evoluzione continuamente presenta e che spesso, per la loro stessa fluidità e per l'incertezza dei principi che già nella realtà materiale le governano sembrano frantumare l'unità e la coerenza del sistema*»⁶⁸.

Il senso di questi rilievi e l'esigenza, ad essi correlata, di revisione delle premesse metodologiche ricevute dalla tradizione, traggono fondamento nella complessità del contesto storico, segnato da grandi

NATOLI, *op. loc. cit.*; L. FERRI, *op. cit.*, 315; G. B. FERRI, *op. cit.*, 174 ss.; P. RESCIGNO, *op. cit.*, 12 ss.; per l'inapplicabilità in via diretta delle norme costituzionali, S. RODOTÀ, *op. cit.*, 45 ss.; L. MENGONI, *Programmazione*, cit., p. 103).

⁶³ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1963, 550 ss., 660 ss.

⁶⁴ Cfr. per tutti A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 56.

⁶⁵ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Filippo Vassalli, 2ª ed., Torino, 1960, 45, 83 ss., 85 ss., 101 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, 147. In questa prospettiva, le norme che realizzano l'intervento dello Stato nel regolamento contrattuale sono riportate sul piano degli effetti (cfr. A. CATAUDELLA, *op. cit.*, 148 ss.; F. MESSINEO, *op. cit.*, 54), ritenendosi che l'intervento statale degradi il negozio ad atto (cfr. G. B. FERRI, *op. cit.*, 180 ss., 250 ss., 333 ss.).

⁶⁶ Innanzitutto, il problema dell'applicabilità della disciplina generale dei contratti al negozio rispetto al quale si sia realizzato l'intervento dello Stato (es., sostituzione legale di clausole): cfr., sul punto, M. NUZZO, *Utilità sociale*, cit., 125, spec. 161 ss.

⁶⁷ M. NUZZO, *op. ult. cit.*, 11 e 14 ss.; ID., *Momenti di dottrina*, cit., 20. Sull'esigenza di controllo della validità dei concetti tradizionali di fronte alla mutata realtà economica, v. T. ASCARELLI, *Ordinamento giuridico e processo economico*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, 63 ss.; S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, Prolusione letta a Macerata il 18 dicembre 1966, ora in *Le prolusioni dei civilisti*, III, Napoli, 2012, 3091 ss.; N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica*, Prolusione letta a Bari il 16 marzo 1968, *ivi*, 3135 ss.; G. B. FERRI, *Antiformalismo, democrazia, codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, 372 ss.; N. IRTI, *Inquietudini della dottrina civilistica*, in *Studi in ricordo di Alberto Auricchio*, II, Napoli, 1983, 719.

⁶⁸ Così M. NUZZO, *Utilità sociale*, cit., 22, nt. 32.





fermenti che hanno avuto riflessi importanti nella società, nella cultura e nel pensiero dei giuristi, influenzando il passaggio a un nuovo e diverso modo di intendere il compito e la responsabilità del giurista⁶⁹. Cade l'idea tradizionale, secondo cui compito del giurista è analizzare il dato normativo nella sua purezza, ricomponendo le norme alla luce di uno schema logico rigoroso e unificante che mira innanzitutto a controllare l'«armonica geometria dei concetti»⁷⁰; inizia, al contempo, un processo irreversibile di «destrutturazione» del sistema, già emergente con chiarezza nella generazione dei Maestri della prima metà del '900⁷¹, e destinato a segnare l'evoluzione successiva.

In una prospettiva libera da condizionamenti ideologici e schemi concettuali, costruita in chiave tecnica sulla distinzione tra il *potere* di autonomia e l'*atto* in cui questo si esprime⁷², emergono due esigenze fondamentali:

- *da un lato*, l'esigenza di individuare la «fonte», e cioè l'ambito entro il quale il potere può considerarsi attribuito ai privati, «sulla base della disciplina positiva»⁷³;

- *dall'altro*, l'esigenza di tener conto degli interessi «di volta in volta rilevanti sul piano dell'ordinamento», deducendoli «non solo dal con-

*tenuto precettivo della norma ma anche del continuo processo evolutivo di concretizzazione al quale partecipa in modo determinante la giurisprudenza»*⁷⁴; così individuando le diverse relazioni tra i principi fondamentali fissati negli articoli 2 e 3 della Costituzione «in vista del fine fondamentale della tutela e dello sviluppo della persona» e il complesso di norme in tema di rapporti economici che all'interno della Costituzione ne assicurano lo svolgimento⁷⁵.

3. Segue. Le radici

I risultati così fissati sono resi possibili da due premesse fondamentali, tra loro intimamente collegate. Colta la reale portata innovatrice della rilevanza diretta delle norme costituzionali nella regolazione dei rapporti tra privati⁷⁶, nell'opera «*Utilità sociale e autonomia privata*» si afferma innanzitutto l'immediato rilievo costituzionale dell'autonomia privata nell'ambito della tutela della libertà dell'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.)⁷⁷.

In questa prospettiva, si rilegge poi il problema dei limiti in cui la situazione giuridica di *potere* è garantita (art. 41, comma 2, Cost.), alla luce della «complementarità», nell'art. 2 Cost., tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà, i quali limitano i primi in funzione della tutela di interessi della collettività⁷⁸.

In particolare, richiamate⁷⁹ fondamentali soluzioni tecniche delineate nelle *Dottrine generali del diritto civile*⁸⁰, il rilievo è che, al di là della tradizionale lettura dell'art. 41 Cost. come affermazione

⁶⁹ Cfr. P. GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno e postmoderno*, Milano, 2021, 81 ss.; P. PERLINGIERI, *Stagioni del diritto civile*, Napoli, 2021, 59 ss.

⁷⁰ M. NUZZO, *Sulla rilevanza d'ufficio del difetto di forma convenzionale*, in *Giust. civ.*, 1980, I, 2240.

⁷¹ N. IRTI, *Presentazione* al volume Id. (a cura di), *La polemica sui concetti giuridici*, Milano, 2004, VI, osserva: «nei primi decenni del secolo ventesimo, la superba certezza del positivismo cade in crisi. Ne è colpito ogni ordine del sapere: dalle scienze naturali alle morali, dalla storia alla sociologia». Cfr. F. FERRARA sr., *Potere del legislatore e funzione del giudice*, Prolusione letta a Messina nel 1911, ora in *Le prolusioni dei civilisti*, II, Napoli, 2012, 563 ss.; V. POLACCO, *La scuola di diritto civile nell'ora presente*, Prolusione al corso di diritto civile, letta il 17 dicembre 1918, *ivi*, 1673 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Il diritto civile nell'ora presente e le idee di Vittorio Polacco*, Prolusione letta a Padova il 12 gennaio 1933, *ivi*, 2061 ss.; S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. scienza giur.*, 1950, 49 ss.; T. ASCARELLI, *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, in Id., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, 55 ss.

⁷² F. SANTORO PASSARELLI, *Atto giuridico*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 203 ss. La distinzione, favorendo la separazione tra l'operazione economica e il negozio risultante dalla valutazione operata dall'ordinamento, influenza l'individuazione di criteri valutativi della liceità delle operazioni complesse risultanti dal collegamento avendo riguardo alla funzione complessiva dell'operazione: M. NUZZO, *Utilità sociale*, cit., 134 ss. Cfr. Id., voce *Negozio giuridico: IV) Negozio illecito*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990, 7 ss.; Id., *Contratti collegati e operazioni complesse*, in *I collegamenti negoziali e le forme di tutela*, Milano, 2007, 43 ss., anche in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, Napoli, 2008, 1227 ss.

⁷³ M. NUZZO, *Utilità sociale*, cit., 17 e 19.

⁷⁴ M. NUZZO, *op. ult. cit.*, 22.

⁷⁵ M. NUZZO, *op. ult. cit.*, 63 ss.

⁷⁶ Sul dibattito problema del rilievo costituzionale dell'autonomia privata, v. M. NUZZO, *op. ult. cit.*, 26 ss., 37 ss.

⁷⁷ M. NUZZO, *op. ult. cit.*, 37. Cfr. U. NATOLI, *op. cit.*, 85 ss.; P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali*, cit., 95 ss.; Id., *Il diritto civile*, cit., 139 ss.; A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale. Profili preliminari*, Milano, 1971, 35 ss., 67 ss. Nella giurisprudenza, v. Corte Cost., 6 marzo 1974, n. 53; Corte Cost., 28 marzo 1968, n. 16; Corte Cost., 10 giugno 1966, n. 65; Corte Cost., 23 aprile 1965, n. 30; Corte Cost., 12 novembre 1964, n. 87; Corte Cost., 27 febbraio 1962, n. 7.

⁷⁸ M. NUZZO, *op. ult. cit.*, 48 ss.; G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 13 ss.

⁷⁹ M. NUZZO, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁰ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Napoli, 1966, 76 ss., attribuisce al principio di solidarietà, ricavato dalle disposizioni codicistiche di portata generale che ne sono espressione (artt. 840 c. 2, 833, 1175, ecc.), il rilievo di «limite generale ed interno del contenuto del diritto soggettivo», che «arriva fin dove comincia la sfera d'azione della solidarietà», cosicché gli atti ad essa contrari costituiscono «un eccesso dal diritto»; cfr., nella prospettiva dell'abuso del diritto, P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 206 ss.

del principio di libertà dell’attività economica, «*il reale significato della norma va ricercato nella previsione di limiti particolarmente incisivi*», i quali modificano «*dall’interno*» lo stesso contenuto del potere di autonomia⁸¹.

In questa chiave, la norma costituzionale integra il diritto di libertà dell’iniziativa economica privata con il dovere della non contrarietà all’utilità sociale, che «*si pone come limite immanente a quel diritto*»; risolvendo così il conflitto tra interesse generale e interesse privato «*nel momento stesso della determinazione del contenuto del diritto, mediante il disconoscimento dei poteri in eccesso rispetto alla situazione soggettiva riconosciuta*»⁸².

La ricostruzione delineata e le radici che ne costituiscono il fondamento tecnico non hanno rilievo solo teorico. Sul piano operativo, il concetto di *utilità sociale* (art. 41, comma 2, Cost.) ha due punti di incidenza:

a) innanzitutto, sul piano del controllo della legittimità dei limiti al potere di autonomia privata posti dal legislatore ordinario, esso consente alla Corte Costituzionale «*di valutare, in relazione alle situazioni in concreto disciplinate, la congruenza fra la norma sottoposta al suo esame e l’interesse costituzionalmente tutelato*»⁸³, cosicché gli interventi del legislatore devono ritenersi consentiti solo nella misura in cui realizzino il «*miglior equilibrio*»⁸⁴ tra interessi individuali e gli interessi generali individuati a livello costituzionale;

b) inoltre, sul piano del controllo di validità dell’atto, il concetto di *utilità sociale* consente al giudice ordinario di «*valutare il contrasto fra la concreta funzione di quel negozio e l’interesse sociale prevalente, per accertare, a quella stregua, se l’atto possa considerarsi compreso nella sfera di potere attribuito ai privati*»⁸⁵; cosicché quando gli

⁸¹ M. NUZZO, *op. ult. cit.*, 28 ss.; cfr. R. NICOLÒ, *op. cit.*, 944.

⁸² M. NUZZO, *op. ult. cit.*, 49 ss.

⁸³ M. NUZZO, *op. ult. cit.*, 83.

⁸⁴ Così M. NUZZO, *op. ult. cit.*, 70. Sui criteri di ragionevolezza e proporzionalità del bilanciamento tra la libertà di iniziativa economica tutelata dall’art. 41 Cost. e altri diritti costituzionalmente rilevanti v., nella recente giurisprudenza, Corte Cost., 23 novembre 2021, n. 218; Corte Cost., 23 marzo 2018, n. 58. Nella dottrina, cfr. P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 84 ss.; ID., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 335 ss.; E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 23 ss.; G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell’interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 716 ss.

⁸⁵ M. NUZZO, *op. ult. cit.*, 83; cfr. G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, 124; G. B. FERRI, *op. cit.*, 73; ID., *Meritevolezza dell’interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, 2, 92 ss. Per l’impostazione tradizionale, che individua la causa della illiceità nella divergenza tra l’interesse in concreto perseguito e la «tipica funzione di interesse sociale» alla quale il negozio è destinato, v. E. BETTI, *op. cit.*, 394 ss.

interessi individuali in concreto perseguiti con l’operazione economica contrastano con la tutela degli interessi generali riassunti nel concetto di *utilità sociale*, si realizza l’abuso e la conseguente *irrelevanza* della regola pattizia che realizza un *eccesso* rispetto al *potere* di autonomia attribuito ai privati⁸⁶.

4. Ambito di rilevanza del potere di autonomia privata nel nuovo testo dell’art. 41 Cost.: conseguenze operative

Le indicazioni metodologiche che si sono delineate, definendo i meccanismi logici che nello scenario normativo degli anni settanta governano il complesso assetto delle relazioni tra norme costituzionali, fonti di grado subordinato e interessi individuali, rinnovano la loro attualità nel quadro costituzionale recentemente modificato dalla formalizzazione, nell’ambito dei principi fondamentali, della tutela dell’ambiente, *anche nell’interesse delle future generazioni* (artt. 9 e 41 Cost.).

⁸⁶ M. NUZZO, *op. ult. cit.*, 135; cfr. G. PALERMO, *op. cit.*, 94 ss. Nella dottrina classica, per la prospettiva dell’abuso della libertà contrattuale v. già F. FERRARA sr., *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1902, 3. Tale impostazione ha trovato attuazione negli orientamenti della giurisprudenza della Corte di Cassazione per cui il *potere* di autonomia privata, come tale, ha limiti che vanno controllati sulla base di parametri diversi da quelli stabiliti per il controllo del contratto come *atto* dall’art. 1418 c.c., trovando il loro fondamento: da un lato, nel divieto di contrasto con i valori costituzionali riassunti nella formula *utilità sociale* (cfr. Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2023, n. 5657; Cass., Sez. Un., 17 febbraio 2017, n. 4222; Cass., 28 aprile 2017, n. 10506; nella elaborazione dottrinale recente v. G. LENER, *La meritevolezza degli interessi nella recente elaborazione giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 3, 615 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, 3^a ed., Milano, 2019, 412 ss.; E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 5, 651 ss.; M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 6, 789 ss.). Dall’altro, nel divieto di abuso del diritto, la cui essenza è individuata in un’alterazione della funzione obbiettiva dell’atto rispetto al *potere* di autonomia (cfr. Cass. civ., 30 settembre 2021, n. 26541; Cass., Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140; Cass., 18 settembre 2009, n. 20106; nell’elaborazione della dottrina recente, v. M. NUZZO, *Innovazione e tradizione nella disciplina dei contratti*, in *Nuovo dir. civ.*, 2016, I, 50 ss.; R. SACCO, *Abuso del diritto*, in *Digesto Sez. civ.*, Agg., VII, Torino, 2012, 1 ss.; F. ADDIS, *Sull’excursus giurisprudenziale del “caso Renault”*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, 4, 245 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell’interpretazione del contratto?)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 3, 20139 ss.; S. PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, *passim*; G. VETTORI, *L’abuso del diritto*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, 166 ss.; P. RESCIGNO, *L’abuso del diritto*, Bologna, 1998, *passim*; D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, Agg., II, Milano, 1998, 1 ss.; F. D. BUSNELLI – E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, Milano, 1998, 28 ss.).



Alla luce di tali indicazioni, appare innanzitutto chiaro che il concetto di *sviluppo sostenibile* concorra in chiave solidaristica⁸⁷, e cioè in vista del fine della tutela e dello sviluppo *della persona*⁸⁸, a delimitare dall'interno l'area di tutela del *potere* di autonomia privata. Sulla base della disciplina vigente, il contenuto del *potere* dei privati va infatti determinato in relazione al principio fondamentale di libertà dell'iniziativa economica privata e a quello della «consustanziale limitazione»⁸⁹ posta dal divieto di contrasto con i valori fissati nel nuovo testo dell'art. 41, comma 2, Cost. e nel complesso dei principi fondamentali dell'UE che sostanziano la sfera di ordine pubblico⁹⁰.

Nel quadro del diritto dell'UE, la stessa *complementarità* tra libertà economiche e limiti emerge nell'art. 16 della Carta dei diritti, all'interno del quale - lo si è autorevolmente evidenziato - il precetto della *libertà* di esercitare un'attività economica, di operare in un mercato concorrenziale e di concludere contratti, si completa con la *doverosità* «che emerge dal diritto comunitario applicato dalla Corte Giustizia, la quale individua nella dignità della persona e nei diritti fondamentali un limite certo di tale libertà»⁹¹.

Sul piano applicativo, la conseguenza è che il concetto di *sviluppo sostenibile* definisce innanzitutto il parametro per il giudizio di legittimità costituzionale - condotto in riferimento ai parametri *interni* e *sovranazionali*⁹² - delle leggi che in vista di

quest'obiettivo limitano l'autonomia dei privati, al fine di stabilire se la norma «sia effettivamente congruente al valore costituzionalmente tutelato», cioè corrisponda «ad un'oggettiva necessità di assicurare[ne] l'attuazione»⁹³.

Il che, del resto, trae conferma in orientamenti consolidati nella giurisprudenza costituzionale⁹⁴ secondo i quali, nel quadro della garanzia prevista dall'art. 41 Cost., la complessa operazione di bilanciamento tra libera iniziativa economica e i limiti al suo esercizio trova un «limite insuperabile», identificato dalla stessa Corte Costituzionale «nell'arbitrarietà e nell'incongruenza - e quindi nell'irragionevolezza -, delle misure restrittive» adottate.

Se così è, da ciò consegue il limite alla discrezionalità del legislatore. Segnatamente, nel nuovo quadro costituzionale, non è configurabile una lesione dell'autonomia privata allorché l'apposizione di limiti di interesse generale al suo esercizio corrisponda alla tutela di valori fondamentali riassunti nel concetto di *sviluppo sostenibile* purché, alla stregua dei criteri precisati dalla Corte Costituzionale:

- a) l'individuazione dello sviluppo sostenibile «non appaia arbitraria»;
- b) gli interventi del legislatore non perseguano tale obiettivo «mediante misure palesemente incongrue» rispetto alle finalità; e,
- c) «in ogni caso, l'intervento legislativo non sia tale da condizionare le scelte imprenditoriali [e cioè l'autonomia dei privati] in grado così elevato da indurre sostanzialmente la funzionalizzazione dell'attività economica, sacrificandone le opzioni di fondo o restringendone in rigidi confini lo spazio e l'oggetto delle stesse scelte organizzative»⁹⁵; così, in sostanza, gravemente comprimendo nel suo nucleo essenziale quella «libera valutazione» e «autodeterminazione» dei privati garantita dal primo comma dell'art. 41 Cost.⁹⁶.

Presupposti, con ogni evidenza, necessari ad assicurare una tutela «sistemica» di tutti gli interessi costituzionali in gioco, evitando «l'illimitata espan-

⁸⁷ In questo senso, G. VETTORI, *Verso una società sostenibile*, cit., 465, rileva che «il riferimento alle generazioni future e ai loro interessi è l'occasione più stringente per ripensare il linguaggio del diritto e dei diritti da fissare in una sintesi con i doveri di solidarietà espressa dall'art. 2 della Costituzione, costruita sull'idea di effettività di azioni e tutele che devono incorporare le esigenze del tempo e la responsabilità verso gli altri».

⁸⁸ P. PERLINGIERI, *Persona, ambiente e sviluppo*, cit., 322 ss., osserva che «lo sviluppo è "sostenibile" quando garantisce il pieno e libero sviluppo della persona umana», cosicché «l'ambiente ... non va studiato come fenomeno a sé, definito soltanto sotto il profilo naturalistico. L'ambiente è vita da proteggere al fine di consentire il pieno e libero sviluppo della persona umana»; ID., *I diritti umani*, cit., 73.

⁸⁹ Così M. NUZZO, *Utilità sociale*, cit., 61.

⁹⁰ Sul rilievo delle norme costituzionali per la definizione del sistema di interessi dal quale è ricavabile il concetto di ordine pubblico alla stregua di una valutazione svolta con riferimento all'intero sistema, v. M. NUZZO, *op. ult. cit.*, 62, 71 ss., e ID., voce *Negoziio illecito*, cit., 3 ss.; cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit., 62 ss., 77 ss., 142 ss., e ID., *Persona, ambiente e sviluppo*, cit., 328 ss., dove si precisa che «va evitato ... di esaltare il profilo meramente ecologico, discorrendo di "ordine pubblico ecologico"», in quanto esiste un unitario ordine pubblico ricavabile dal sistema.

⁹¹ G. VETTORI, *I principi comuni*, cit., 23.

⁹² Corte Costituzionale, *L'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, 2021, *passim*. Cfr. Corte Cost., 5 febbraio

2020, n. 11; Corte Cost., 21 marzo 2019, n. 63; Corte Cost., 21 febbraio 2019, n. 20; Corte Cost., 14 dicembre 2017, n. 269.

⁹³ M. NUZZO, *Utilità sociale*, cit., 161, e ID., *Limiti dell'autonomia contrattuale e disciplina costituzionale dei rapporti economici*, in G. Vettori (a cura di), *Persona e Mercato*, cit., 62.

⁹⁴ Corte Cost., 23 novembre 2021, n. 218. Cfr. Corte Cost., 15 dicembre 2016, n. 267; Corte Cost., 31 marzo 2015, n. 56; Corte Cost., 8 luglio 2010, n. 247; Corte Cost., 29 aprile 2010, n. 152; Corte Cost., 29 maggio 2009, n. 167; Corte Cost., 19 dicembre 1990, n. 548.

⁹⁵ Cfr. Corte Cost., n. 56 del 2015; Corte Cost., n. 548 del 1990; Corte Cost., n. 218 del 2021.

⁹⁶ Corte Cost., n. 78 del 1958.

sione» e cioè la «prevalenza assoluta» di uno dei valori coinvolti, che diverrebbe «tiranno» nei confronti di altri valori costituzionalmente riconosciuti e protetti⁹⁷.

Sul piano del giudizio di validità dell'atto, poi, il concetto di *sviluppo sostenibile* formalizzato nel quadro dei valori costituzionali interni e sovranazionali, rileva quale limite *negativo*⁹⁸ al fine di valutare la compatibilità degli interessi individuali perseguiti dai privati con la tutela degli interessi di *grado superiore* riassunti in quel concetto, accertando, in base ai nuovi parametri di valutazione degli atti di autonomia privata⁹⁹ orientati alla cd. *transizione climatica*, se l'assetto di interessi realizzato dalle parti possa considerarsi espressione del *potere* di autonomia ad esse attribuito.

5. Segue. Determinazione del concetto di sviluppo sostenibile: i principi ESRS

Nello scenario del *Green Deal*, l'ampliamento dei limiti *interni* del potere di autonomia privata ripropone il tema della determinazione degli interessi di *grado superiore* riassunti nel concetto di *sviluppo sostenibile*¹⁰⁰, penetrato negli artt. 9 e 41, comma 2,

⁹⁷ Corte Cost., 28 novembre 2012, n. 264; Corte Cost., n. 85 del 2013; Corte Cost., 24 marzo 2016, n. 63; Corte Cost., n. 58 del 2018.

⁹⁸ Nella prospettiva fondata sul rilievo costituzionale dell'autonomia privata e sulla lettura del contratto come strumento di realizzazione di interessi individuali, M. NUZZO, *Utilità sociale*, cit., spec. 26 ss., 97 ss., 157 ss., 196, osserva che «non è imposto alle parti il perseguire, nell'esercizio del loro potere di autonomia, anche interessi di carattere generale. Ciò non esclude, peraltro la possibilità di coordinamento, operato dal legislatore, fra interessi diversi. Nella specie, le parti potranno realizzare il proprio interesse particolare solo attraverso la utilizzazione di uno schema configurato in modo da assicurare anche la realizzazione dell'interesse assunto come proprio dall'ordinamento sociale». Nella prospettiva che limita la rilevanza dell'art. 41, 1° comma, Cost. al rapporto tra lo Stato e il singolo, per la lettura dell'utilità sociale come un limite dell'iniziativa economica cfr. N. IRTI, *Persona e mercato*, in Id., *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 100, il quale osserva che «l'art. 41 ha rifiutato la "concezione funzionale dell'impresa"»; Id., *Concetto giuridico di mercato*, cit., 112 ss., dove si rileva: «è certo che l'art. 41, 2° e 3° comma, demanda alla legge ordinaria una funzione conformatrice, onde la libertà d'iniziativa economica è, nei limiti di garanzia dell'istituto, quale la legge la precisa e determina». V. anche G. OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 6, spec. 847, dove si osserva che «il rispetto dell'utilità sociale condiziona tutto il mercato e tutte le attività di mercato. Se il contratto, anche "d'impresa", non è tenuto a perseguire l'utilità sociale, deve essere ad essa conforme, non solo nella sua produttività, ma più in genere nel suo risultato economico».

⁹⁹ Cfr. M. NUZZO, voce *Negoziato illecito*, cit., 3 ss.

¹⁰⁰ Sul problema della concretizzazione, in regole applicative, della clausola generale dello sviluppo sostenibile formalizzata

Cost.; interessi che – lo si è già rilevato - concorrono a individuare l'area in cui opera la garanzia costituzionale del potere di autonomia privata e, correlativamente, l'ambito di legittimità degli interventi legislativi nel settore privato.

Il problema¹⁰¹ rievoca l'irrisolta tensione tra l'attribuire al legislatore un «illimitato e arbitrario potere» di concretizzazione degli interessi fondamentali nell'area dei rapporti economici¹⁰², e l'assegnarne l'individuazione a «valutazioni essenzialmente relative, rimesse alla sensibilità dell'interprete»¹⁰³.

Secondo l'indicazione contenuta nell'opera «*Utilità sociale e autonomia privata*», l'interprete ha il compito di sciogliere le complessità «all'interno dell'ordinamento, tenendo conto della gerarchia delle fonti da questo fissata»¹⁰⁴: scelta definita in funzione di un'avvertita esigenza di «strumenti dotati di particolari virtù di espansione e di adattamento» necessari a governare la «variabilità delle situazioni economiche»¹⁰⁵; ritenendosi, al contempo, che un «accettabile livello di certezza del diritto» sia «essenziale per il corretto svolgimento di attività economiche che si fondano su un calcolo di costi e benefici all'interno del quale la ragionevole previsione dei rischi connessi ad un contenzioso

nel Trattato di Lisbona, v. G. VETTORI, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi*, in *Contr. impr.*, 2011, 4-5, spec. 915.

¹⁰¹ Sul problema delle clausole generali, v. G. VETTORI, *Buona fede, abuso ed inesigibilità del credito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 1, spec. 186 ss.; Id., *Regole e principi. Un decalogo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1, 124 ss.; M. NUZZO, *Il problema della prevedibilità delle decisioni: calcolo giuridico secondo i precedenti*, in A. Carleo (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, 142; Id., *Principi generali e regole operative: la concretizzazione delle norme a contenuto indeterminato nel dialogo tra le corti*, in F. Ricci (a cura di), *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, Milano, 2018, 89 ss.; N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 11 ss.

¹⁰² M. NUZZO, *Utilità sociale*, cit., 53 e ivi richiamato l'indirizzo di pensiero secondo il quale assegnare al legislatore la determinazione del limite alla propria attività significa che «qualsiasi menomazione apportata alla libertà di iniziativa economica privata, purché fondata sull'affermazione dell'esistenza di un interesse sociale la cui determinazione spetterebbe allo stesso legislatore ordinario, sarebbe in concreto consentita». Cfr. G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, 1955, 373; A. BARRESI – B. COMUNALE, *Libertà di iniziativa economica e utilità sociale: il problema della c.d. funzionalizzazione dell'impresa privata*, in *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, Bologna, 1969, 221.

¹⁰³ M. NUZZO, *op. ult. cit.*, 60.

¹⁰⁴ M. NUZZO, *op. ult. cit.*, spec. 60 e 81 ss.: in questa prospettiva, socialmente utile è «ciò che risulta dalla obiettiva valutazione di interessi individuati come fondamentali dall'ordine giuridico, quali risultano dalla sintesi dei principi fondamentali del sistema».

¹⁰⁵ M. NUZZO, *op. ult. cit.*, 83.





giudiziario assume rilievo progressivamente crescente»¹⁰⁶.

Con ogni evidenza, queste esigenze traggono conferma nelle più recenti evoluzioni, segnate da due profondi mutamenti del sistema ordinamentale:

- la ridefinizione delle competenze tra autonomia dei privati e autorità dello Stato, formalizzata, a livello interno, nel principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale (art. 118, comma 4, Cost.)¹⁰⁷. Fenomeno che, in un sistema di fonti normative multilivello sempre più articolato¹⁰⁸, influenza, in funzione di una crescente esigenza di duttilità¹⁰⁹, un ampliamento degli spazi di regolamentazione dei privati anche sul piano della specificazione degli interessi generali riassunti nella formula *sviluppo sostenibile*.

¹⁰⁶ M. NUZZO, *Momenti di dottrina*, cit., 18; cfr. ID., *Il problema della prevedibilità delle decisioni*, cit., 146. Sulla esigenza di prevedibilità della soluzione delle controversie e, in termini economici, di “calcolabilità del diritto”, cfr. la Relazione sull’amministrazione della giustizia nell’anno 2021 del Primo Presidente della Corte di Cassazione, P. CURZIO, 2022, spec. 32 e 163; nella dottrina, v. N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, loc. cit.

¹⁰⁷ Cfr. M. NUZZO, *Prefazione*, in M. Nuzzo (a cura di) *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, I, Torino, 2014, XV, e ivi richiamato A. PUNZI, *Prefazione*, in G. Benedetti, *Oggettività esistenziale dell’interpretazione*, Torino, 2014, XVI, il quale rileva una «inarrestabile transizione da un diritto che si produceva in forma gerarchica a un diritto che viene scritto e riscritto da soggetti diversi, legislatore, giudice, autorità indipendenti, dottrina, privati». Sul tema, v. F. FELICE, *Welfare society: dal paternalismo di Stato alla sussidiarietà orizzontale*, Soveria Mannelli, 2007, *passim*; N. IRTI, *Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, in ID., *Diritto senza verità*, Bari-Roma, 2011, 117; ID., *Il diritto della transizione*, in *L’ordine giuridico del mercato*, cit., 145 ss., 152; P. PERLINGIERI, *La sussidiarietà nel diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 687 ss.; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 51 ss.; G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, ivi, 7 ss.; D. DE FELICE, *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, Napoli, 2008, 10 ss.

¹⁰⁸ P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Bari-Roma, 2020, 93 ss. Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale: secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Napoli, 4^a ed., 2020, 265 ss.; N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008; ID., *Fonti del diritto e autonomia dei privati (Spunti di riflessione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 727 ss.; V. ROPPO, *Il contratto, e le fonti del diritto*, in *Contr. impr.*, 2001, 3, 1085.

¹⁰⁹ M. NUZZO, *Il principio di sussidiarietà negli accordi pubblico-privato*, in P. Urbani (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto urbanistico*, Torino, 2013, 29, evidenza come «l’ampliamento dell’area di rilevanza del potere di autonomia dei privati sia un dato che si sta affermando in tutti gli ordinamenti basati sull’economia di mercato, costituendo strumento necessario per governare sistemi straordinariamente complessi tali da richiedere meccanismi molto sofisticati, capaci di assecondare i cambiamenti e di gestire una realtà non più compatibile con la rigidità e la lentezza che è propria degli schemi formali a cui siamo abituati».

Ne sono un esempio evidente, nel quadro del piano d’azione UE per la finanza sostenibile¹¹⁰, i principi obbligatori di rendicontazione di sostenibilità (*European Sustainability Reporting Standards - ESRS*)¹¹¹, introdotti dalla Direttiva (UE) 2022/2464 (*Corporate Sustainability Reporting Directive - CSRD*), la quale ne affida l’elaborazione al Gruppo consultivo europeo sull’informativa finanziaria, associazione senza scopo di lucro istituita ai sensi del diritto belga; così contribuendo ad ampliare il sistema di regole che sono *private nella fonte* ma, nella sostanza, *integrative del sistema complessivo dell’ordinamento*¹¹². In particolare, in vista di un’armonizzazione della rendicontazione di sostenibilità nell’UE commisurata all’obiettivo di neutralità climatica entro il 2050¹¹³ e volta a contribuire a un processo di convergenza dei principi di rendicontazione di sostenibilità a livello *globale*¹¹⁴, la Direttiva prevede che *tutte* le imprese di grandi dimensioni e le PMI quotate (ad eccezione delle microimprese) includono, nella relazione sulla gestione, *informazioni necessarie alla comprensione dell’impatto dell’impresa sulle questioni di sostenibilità*, nonché *informazioni necessarie alla comprensione del modo in cui le questioni di sostenibilità influiscono sull’andamento dell’impresa, sui suoi risultati e sulla sua situazione*;

- il mutato riparto di competenze tra legislazione e giurisdizione¹¹⁵ assegna all’interprete la valutazione comparativa e il bilanciamento degli interessi in gioco al fine di assicurare l’*effettiva*¹¹⁶ attuazione dell’interesse protetto. La *regola giurisprudenziale* assurge, dunque, a parametro di riferimento nel sindacato di legittimità delle norme di legge¹¹⁷, affidandosi alla controllabilità e prevedibilità della de-

¹¹⁰ COM (2018) 97 final; COM (2021) 188 final.

¹¹¹ Cfr. M. LIBERTINI, *Gestione “sostenibile” delle imprese*, loc. cit.

¹¹² M. NUZZO, *Prefazione*, cit., XVII.

¹¹³ Considerando 38 Dir. (UE) 2022/2464. Cfr. la Comunicazione della Commissione “Orientamenti sulla comunicazione di informazioni di carattere non finanziario: Integrazione concernente la comunicazione di informazioni relative al clima”, 2019/C 209/01.

¹¹⁴ Cfr. Considerando 43 Dir. (UE) 2022/2464.

¹¹⁵ Cfr. P. GROSSI, *L’invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in ID., *L’invenzione del diritto*, Bari-Roma, 114 ss.; ID., *Oltre la legalità*, cit., 112; M. NUZZO, *Innovazione e tradizione*, cit., 56 ss. G. ALPA, *Giudici e legislatori*, in *Contr. impr.*, 2017, 1, 11 ss.

¹¹⁶ Sulla dimensione della effettività della tutela nella giurisprudenza, v. la Relazione sull’amministrazione della giustizia nell’anno 2021, cit., 163 ss. Nella dottrina, G. VETTORI, *Controllo giudiziale del contratto ed effettività delle tutele. Una premessa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 1, 151 ss.

¹¹⁷ P. CURZIO, Relazione sull’amministrazione della giustizia nell’anno 2022, cit., 240 ss.; cfr. Corte Cost., 14 ottobre 2020, n. 212.

cisione l’ineludibile ruolo di «*fattore di salvaguardia della certezza del diritto*»¹¹⁸.

6. Sussidiarietà e autoregolamentazione: la *mission* delle Fondazioni di origine bancaria tra utilità sociale e sviluppo economico sostenibile.

L’evoluzione dei fondamenti che governano il rapporto tra pubblico e privato, ponendo su nuove basi la sintesi tra interessi individuali e interessi generali, rafforza l’esigenza di una rilettura del sistema anche sul piano della *realizzazione* degli interessi generali riassunti nel concetto di *sviluppo sostenibile*.

Nell’attuale quadro costituzionale, infatti, il potere di autonomia contrattuale, tutelato nel quadro dell’art. 41 Cost. quale *uno* degli strumenti attraverso i quali si esplica l’iniziativa economica privata¹¹⁹, si combina con il potere di *autoregolazione* dei privati nell’area degli interessi di rilievo generale, tutelato nel quadro dell’art. 118, comma 4, Cost.¹²⁰. Tale disposizione, secondo la lettura indicata dalla Corte Costituzionale¹²¹, definisce un principio organizzativo in forza del quale per la regolazione di interessi privati, seppure di rilevanza generale, la competenza originaria e primaria spetta ai soggetti privati, cosicché «*si è ... voluto superare l’idea per cui solo l’azione del sistema pubblico è intrinsecamente idonea allo svolgimento di attività di interesse generale*»¹²².

Si realizza, dunque, una novità qualitativamente rilevante rispetto alla premessa fondamentale che, nell’opera “*Utilità sociale e autonomia privata*”, vincola la ricostruzione dell’area dell’autonomia privata: l’«*assunzione tra i fini dello Stato della tutela di interessi [l’utilità sociale] che, nella valutazione operata dal legislatore, non possono realiz-*

zarsi da soli attraverso l’esercizio del potere di autonomia»¹²³.

Mutato l’assetto costituzionale dei rapporti pubblico-privato¹²⁴, gli interessi generali riassunti nell’*utilità sociale* e nello *sviluppo economico sostenibile* configurano oggi la finalità di una missione che le Fondazioni di origine bancaria (FOB) - nel quadro dei soggetti dell’organizzazione delle «*libertà sociali*»¹²⁵, di recente rinnovato dalla riforma del Terzo settore¹²⁶ - per legge¹²⁷ e nel rispetto delle norme di autodisciplina¹²⁸ perseguono in un’ampia area di settori¹²⁹, attraverso strategie d’intervento e tecniche di investimento correlato alla missione¹³⁰ progressivamente innovatesi in parallelo al processo di dismissione delle partecipazioni di controllo nel capitale delle società conferitarie¹³¹.

¹²³ M. NUZZO, *Utilità sociale*, cit., 92. Tale premessa, basata sulla disciplina allora vigente, è accompagnata dal rilievo, ad essa intimamente collegato, che «*il risultato è sempre mutabile con l’evolversi dell’ordinamento*»: ID., *Momenti di dottrina*, cit., 25. Nella stessa prospettiva, G. BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, in V. Scalisi (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano 2004, 1229, rileva la necessità di «*adeguare le proprie categorie concettuali-sistematiche all’evoluzione normativa della società*».

¹²⁴ Cfr. B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato*, Bologna, 2020, 211 ss.

¹²⁵ Corte Cost., n. 300 e 301 del 2003; Corte Cost., 12 marzo 1998, n. 50.

¹²⁶ Cfr. A. FUSARO, *Gli enti del Terzo settore: profili civilistici*, Milano, 2022, *passim*; M. TAMPONI, *Persone giuridiche. Artt. 11-35*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2018, *passim*; ID., *La governance degli enti del terzo settore dopo la riforma: i soci e l’assemblea*, in *Luiss Law Review*, 2021, 2, 85 ss.; R. COSTI, *Le linee portanti dell’ordinamento del terzo settore*, in *Analisi giur. economia*, 2018, 1, 11 ss.; M. GORGONI (a cura di), *Il codice del Terzo settore*, Pisa, 2018, *passim*; G. PONZANELLI, *Terzo settore: la legge delega di riforma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 5, 726 ss.; M. V. DE GIORGI, *Terzo settore. Verso la riforma*, in *Studium iuris*, 2016, 12, 1446 ss.; sia inoltre consentito un rinvio a R. RAMETTA, *Profili civilistici della disciplina degli enti del Terzo settore*, Roma, 2018, *passim*.

¹²⁷ Art. 2 d.lgs. 17 maggio 1999, n. 153.

¹²⁸ Carta delle Fondazioni del 4 aprile 2012; Protocollo d’intesa Aciri-MEF del 22 aprile 2015.

¹²⁹ Art. 1, comma 1, lett. c-bis e d, d.lgs. n. 153/1999.

¹³⁰ In relazione ai quali l’investimento del patrimonio, oltre che generare la redditività necessaria per lo svolgimento delle attività istituzionali, rappresenta lo strumento diretto a sostegno delle iniziative correlate alle finalità istituzionali (es. *housing sociale*, ecc.). In prospettiva storica cfr., nel sistema statunitense, D.C. HAMMACK – H.K. ANHEIER, *American Foundations: Their Roles and Contributions to Society*, in D.C. Hammack – H.K. Anheier (eds.), *American Foundations: roles and contributions*, Brookings Institution Press, 2010, 11, dove si osserva: «*some of the earliest program-related investments were intended to help young craftsmen and farmers establish themselves, to demonstrate the practicability of higher standards in housing design and construction, or to subsidize office and meeting space for charitable organizations*».

¹³¹ Iniziato nel 1994 con la direttiva “Dini” e la legge n. 474/1994 e ulteriormente sostenuto dal Protocollo Aciri-Mef del 2015. Cfr. più ampiamente M. NUZZO, *Art. 1, L. 461/98. Il sistema delle Fondazioni tra autonomia privata e norme di inter-*

¹¹⁸ Così P. CURZIO, *Relazione sull’amministrazione della giustizia nell’anno 2020, 2021*, 159. Cfr., nella prospettiva critica circa il decidere secondo valori privi di fattispecie, N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 4-5, 917 ss.; ID., *Un diritto incalcolabile*, cit., 11 ss.

¹¹⁹ M. NUZZO, *Limiti dell’autonomia contrattuale*, loc. cit.

¹²⁰ In questo senso, M. NUZZO, *Prefazione*, cit., XVI; cfr. R. CARLEO, *La sussidiarietà nel linguaggio dei giuristi*, in M. Nuzzo (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, cit., I, 9 ss., dove si osserva che si tratta di «*figure in cui si esprime sempre una libertà dei privati ma secondo diverse configurazioni giuridiche e dunque con regole diverse, e che perciò vanno tenute distinte al fine di una corretta comprensione dell’ambito operativo del principio di sussidiarietà*».

¹²¹ Corte Cost., 29 settembre 2003, n. 300 e n. 301.

¹²² Corte Cost., 26 giugno 2020, n. 131.





In un quadro caratterizzato a livello *globale* da incessanti trasformazioni dei modelli d'intervento delle fondazioni¹³², non più sussumibili entro le rigide categorie elaborate dagli studi classici¹³³, tale processo ha gradualmente connotato l'identità delle FOB quali enti *catalizzatori* di risorse¹³⁴: soggetti che, in forza del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale, *autonomamente* individuano le modalità di intervento ritenute più idonee per il perseguimento delle proprie finalità statutarie, *dando rilievo alla valenza sociale, economica e ambientale delle iniziative*, e integrando nella gestione patrimoniale criteri atti a *escludere investimenti in contrasto con la tutela dei diritti umani, l'ambiente e la protezione del patrimonio storico artistico culturale*, a tal fine *ispirandosi* a principi elaborati da organismi nazionali e sovranazionali¹³⁵, oggi nello scenario dei *SDGs*.

Il senso di queste evoluzioni, solo sinteticamente rappresentate, non è solo teorico. Come chiarito dalla stessa Corte Costituzionale, una visione sistematica incardinata nel «*posto costituzionale*» che è proprio delle FOB¹³⁶, esclude la possibilità di identificarne gli scopi «*socialmente rilevanti*» con le «*funzioni pubbliche*», assegnando ad esse «*un'azione autonoma*» rispetto a quella demandata ai pubblici poteri¹³⁷, proprio perché fondata nel

principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale. Tale principio definisce quindi *nuove* premesse, operando come «*limite all'intervento pubblico nelle aree che possono essere efficacemente disciplinate dai privati*»¹³⁸, cioè attraverso una *efficiente ed equilibrata* sistemazione degli interessi in gioco, coesistente all'autonomia dei privati nel quadro della sussidiarietà.

Nel contesto normativo attuale, tali criteri collocano con chiarezza le coordinate del dibattito sul ruolo delle FOB e la relativa disciplina¹³⁹ nell'ambito del potere di *autoregolazione* dei privati tutelato dall'art. 118, comma 4, Cost.; in coerenza, del resto, con l'essenza reale del contributo che le fondazioni sono destinate ad apportare alla società civile¹⁴⁰.

vento, in M. Nuzzo (a cura di), *Le fondazioni bancarie: commento alla legge 23 dicembre 1998 n. 461, al decreto legislativo 17 maggio 1999 n. 153 e all'atto di indirizzo del Ministero del Tesoro del 5 agosto 1999*, Napoli, 2000, 15 ss.; ID., *Il "senso etico" della Carta delle Fondazioni Bancarie*, in *Prospettiva*, 2013, 72 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Conclusioni. Fondazioni bancarie: una grande riforma da consolidare*, in G. Pastori e G. Zagrebelsky (a cura di), *Fondazioni bancarie: una grande riforma da consolidare*, Bologna, 2011, 231 ss.

¹³² D.C. HAMMACK - H.K. ANHEIER, *A versatile American Institution: the changing ideals and realities of philanthropic foundations*, Washington D.C., 2013, 155. Cfr., più di recente, A. K. WILLIAMSON - D. LEAT, *Playing piggy(bank) in the middle: Philanthropic foundations' roles as intermediaries*, in *Australian journal of public administration*, 2021, 80 (4), 965 ss.

¹³³ Cfr., per tutti, F. EMERSON ANDREWS, *Philanthropic foundations*, Philadelphia, 1956, 150, dove si rileva: «*foundations can be divided into those which give grants to other organizations or individuals, and those which operate their own programs*».

¹³⁴ G. BARBETTA, *Le fondazioni di origine bancaria: dalla nascita per caso all'esercizio dell'innovazione sociale*, in Turati, G. Piacenza, M. Segre (a cura di), *Patrimoni & scopi. Per un'analisi economica delle fondazioni*, Torino, 2008, 1 ss.

¹³⁵ Carta delle Fondazioni, cit., sub 1.4, 1.5, e 1.10. Cfr. M. NUZZO, *Il "senso etico" della Carta*, loc. cit.; L. FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, *Carta delle fondazioni e ordinamento del terzo settore*, in M. Nuzzo (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, cit., I, 191 ss.

¹³⁶ G. ZAGREBELSKY, *op. loc. cit.*

¹³⁷ Corte Cost., n. 300 e 301 del 2003. In questo senso, già nel quadro normativo precedente la formalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, comma 4, Cost., M. NUZZO, *Art. 1, L. 461/98*, cit., 17 ss., il quale, sulla base di una lettura della disciplina introdotta dalla legge delega e dal d. lgs.

n. 153/1999 attenta al tenore testuale delle norme e alle diverse finalità sottese al complessivo sistema normativo, evidenzia le contraddizioni interne all'opinione volta ad assegnare alle Fondazioni ruoli sostitutivi delle iniziative dello Stato in settori di utilità sociale, così attribuendo a quegli scopi natura "sostanzialmente pubblica" e, per questa via, favorendo letture della nuova disciplina volte a privilegiare controlli e interventi dell'Autorità e soluzioni limitative dell'autonomia organizzativa e gestionale delle Fondazioni.

¹³⁸ M. NUZZO, *Il principio di sussidiarietà negli accordi pubblico-privato*, cit., 27.

¹³⁹ Come osserva G. ZAGREBELSKY, *op. loc. cit.*, «*dove società, politica, economia e finanza si incontrano, la rete degli interessi è sempre in movimento e questo movimento insidia gli assetti istituzionali, esposti alla variazione degli equilibri che, de facto, si stabiliscono tra i soggetti interessati*». Nel dibattito attuale, con specifico riferimento alla *governance*, v. G. BOESSO - F. CERBIONI - A. MENINI - A. PARBONETTI, *Philanthropy by Decree. Exploring the Governance and Philanthropic Strategies of Foundations of Banking Origins*, in *Nonprofit Management & Leadership*, 2015, 25, 197 ss.

¹⁴⁰ Cfr., con specifico riferimento alle Fondazioni di origine bancaria, G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 237, dove si rileva si è di fronte a soggetti giuridici privati «*facenti parte di una trama di relazioni nella quale si esprime l'autonomia auto-organizzatrice della società*». Nel sistema statunitense, D.C. HAMMACK - H.K. ANHEIER, *op. cit.*, 156, osservano: «*yet irrespective of the achievements or failures of individual foundations, their greatest and lasting contribution may well have been to reinforce the notion of self-organization of American society*».

IL CONDOMINIO COME PARTE NEGOZIALE: ENTE, GRUPPO, CONSUMATORE?*

| 450 Di Ernesto Capobianco

SOMMARIO: 1. *Natura giuridica del condominio e tentativi definitivi.* – 2. *L'impatto della riforma e le ricadute in termini qualificatori.* – 3. *Tesi individualistica, collettivista ed intermedia.* – 4. *La posizione della giurisprudenza: "ente di gestione". La posizione dell'ABF* – 5. *Criticità della qualificazione del condominio quale "terzo" rispetto ai condomini.* – 6. *Sulla applicabilità della disciplina consumeristica al condominio.* – 7. *L'orientamento della Corte di Giustizia. Rilievi conclusivi.*

ABSTRACT. Lo scritto si pone l'obiettivo di ricostruire lo stato dell'arte sulla natura giuridica del condominio a distanza di poco più di dieci anni dalla legge di riforma. Se la giurisprudenza di legittimità, nel solco della tendenza alla "entificazione" del condominio, ha coniato l'ambigua espressione definitoria di "ente di gestione", sprovvisto però di una personalità distinta da quella dei condòmini, la Corte di Giustizia, nel pronunciarsi positivamente sull'astratta applicabilità della tutela consumeristica anche al condominio, gli assegna, senza troppe remore, la qualifica di persona giuridica. La varietà e la complessità del modo di atteggiarsi delle forme di titolarità condominiale suggerisce una certa prudenza nell'ammettere un'autonoma soggettività del condominio; così come nell'ammettere indiscriminatamente la possibilità di qualificare il condominio come consumatore quando esso sia parte di un rapporto contrattuale con un professionista.

The aim achieved with this research paper is to discuss and analyse the legal nature of the communal areas of a property (or condominium in northern American nomenclature) a decade of the Italian reform on. In this respect, a vital role is played by the case law, both Italian and European. The former is epitomised by the Italian Supreme Court ('Corte di Cassazione') whose judges have been shaping for a while a controversial definition. Based on this interpretation, the communal property is construed as a private management body (or 'ente di gestione', in Italian jargon). By contrast, the Court of Justice of the European Union (CJEU) has categorised the communal property as a separate persona (or 'persona giuridica' in the Italian legal terminology). Therefore, the Luxembourg Court holds that the communal property shall fall within the stereotypical consumer legislative framework existing in the EU. Despite this, the underlying idea of this research paper is that the outcome of CJEU interpretation, somehow cursory and sloppy, is even economical with the truth. Yet, multifarious and complex forms of condominium or communal property may suggest that a certain degree of caution is required before granting to this kind of property an autonomy as a proper separate persona. Likewise, the paper raises a similar concern about how superficially it is implied by the EU highest judicial body that the condominium can be categorised as a consumer, therefore party to a contractual relationship with a professional.



1. Natura giuridica del condominio e tentativi definitivi.

Il condominio vive ormai da anni un'evidente crisi di identità, e la sua definizione risulta "compresa" tra le opinioni di chi propugna il riconoscimento allo stesso della piena e completa soggettività e di chi, al contrario, nel solco della tradizione, insiste nella sua qualificazione alla stregua di un mero ente di gestione, sprovvisto di soggettività.

La discussione è accesa e un certo disorientamento coglie gli interpreti. Non a caso, gli scrittori parlano della «*vexatissima quaestio* della soggettività del condominio»¹, o della «matassa della natura giuridica del condominio che non potrebbe essere più ingarbugliata»² e dell'«*innegabile indetermina-*

tezza della natura del condominio»³, o ancora del condominio come «*personaggio in cerca di autore*»⁴.

A distanza di appena dieci anni da una legge che è stata concepita come una riforma organica del condominio (l. 11 dicembre 2012, n. 220)⁵, si deve constatare quanto poco le scelte del legislatore siano state capaci di orientare decisamente le opinioni degli interpreti⁶ e di porsi efficacemente in dialogo con le posizioni della giurisprudenza; né il legislatore ha voluto prendere posizioni nette su alcuni nodi cruciali della disciplina.

Anzi, la legge di riforma ha contribuito ad acuire il dibattito sul tema con l'introduzione nel codice

* Lo scritto riproduce, con l'aggiunta delle note bibliografiche, il testo della relazione all'incontro di studi su "Appartenenza, godimento e gestione di parti dell'edificio condominiale destinate all'uso comune: la disciplina condominiale al crocevia tra antichi dogmi e nuove sfide" tenutosi in Bari il 17 febbraio 2023 su iniziativa congiunta dell'Associazione Notai Accademia, Sisdic Puglia, Scuola Pugliese di Notariato "Vincenzo Stifano", Ordine Avvocati di Bari, Camera Civile di Bari, Tribunale Arbitrale Specializzato di Bari e Confedilizia.

¹ G. DE CRISTOFARO, *Diritto dei consumatori e rapporti contrattuali del condominio: la soluzione della Corte di Giustizia UE*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 4, 845.

² S. SCAPELLATO, *Per la Corte di Giustizia UE la tutela del consumatore può estendersi al condominio*, in *Giur. it.*, 2021, 1593. Sulla natura giuridica del condominio si vedano U. GUIDI, *Il condominio nel nuovo codice civile*, Milano, 1942, 12 ss.; G. SCADUTO, *Del condominio negli edifici*, in *Comm. c.c. D'Amelio e Finzi*, Firenze, 1942, 899 ss.; G. BRANCA, *Comunione. Condominio negli edifici*, in *Comm. c.c. a cura di Scialoja e Branca*, III, Bologna-Roma, 1954, 400 ss.; L. SALIS, *Il condominio negli edifici*, Torino, 1956, 5 ss.; D. PERETTI GRIVA, *Il condominio delle case divise in parti*, Torino, 1960, 35 ss.; F.A. MARINA e G. GIACOBBE, *Condominio negli edifici*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 817 ss.; S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, 168 ss.; M. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967, rist., Napoli, 2019, 268 ss.; A. VISCO, *Le case in condominio: trattato teorico-pratico*, Milano, 1964, 19 ss.; M. FRAGALI, *La comunione*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu e Messineo*, Milano, 1973, 133 ss.; R. CORONA, *Contributo alla teoria del condominio negli edifici*, Milano, 1974, *passim*; ID., *Proprietà e maggioranza nel condominio negli edifici*, Torino, 2001, 25 ss.; M. BASILE, *Regime condominiale ed esigenze abitative*, Milano, 1979, 16 ss.; ID., *Condominio negli edifici*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1982, 2 ss.; F. GIRINO e G. BAROLI, *Condominio negli edifici*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., III, Torino, 1988, 404 ss.; G. TERZAGO, *Il condominio. Trattato teorico-pratico*, Milano, 1988, 12 ss.; R. TRIOLA, *Manuale del condominio*, Milano, 1995, 1 ss.; ID., *Beni proprietà e diritti reali*, III, *Il condominio*, in *Tratt. dir. priv. Bessone*, VII, Torino, 2002, 5 ss.; M. DOGLIOTTI, *I diritti reali*, 7, *Comunione e condominio*, in *Trattato dir. civ. Sacco*, Milanofiori-Assago, 2006, 153 ss.; ID. e A. FIGONE, *Condominio negli edifici*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I, Agg., Torino, 2003, 341 ss.; A. DE RENZIS, A. FERRARI, A. NICOLETTI e R. REDIVO, *Trattato del condominio*, Padova,

2008, 5 ss.; M. CAVALLARO, *Il condominio negli edifici*, in *Comm. c.c. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2009, 1 ss.; P. LISI, *sub art. 1117 c.c.*, in *Commentario del Codice civile, Della proprietà, artt. 1117-1172*, III, a cura di A. Iannarelli e F. Macario, Torino, 2013, 151 ss.; F. LAZZARELLI, *sub art. 1117 c.c.*, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Aggiornamento, a cura di G. Perlingieri e G. Carapezza Figlia, Napoli, 2016, 401 ss.; A. CERULO, *Il condominio in generale*, in *Il nuovo condominio*, a cura di R. Triola, Torino, 2017, 1 ss.; A. BUCCELLI, *Abitazione e condominio. Contributo allo studio dei diritti e degli interessi in comunione*, Napoli, 2018, 1 ss.; C. GHIONNI, *Proprietà esclusiva, condominio e destinazioni d'uso*, Napoli, 2020, 81 ss.; F.G. VITERBO, *Variabilità e relatività dei rapporti condominiali. Proprietà, persone, "gruppo"*, Napoli, 2021, 11 ss.

³ S. SCAPELLATO, *op. loc. ult. cit.*

⁴ G. SPOTO, *Il condominio non è un consumatore ma ha le stesse tutele*, in *Corr. giur.*, 2020, 909. Riferisce delle incertezze dell'interprete E. MINERVINI, *Condominio e consumatore*, in *A dieci anni dalla riforma del condominio*, a cura di R. Caterina, in *Giur. it.*, 2022, 250. Sul dibattito si rinvia a G. DI ROSA, *Profili ricostruttivi della nuova disciplina del condominio negli edifici*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 789 ss.; A. TORRISI, *Il condominio degli edifici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 2019, 632 ss. e da ultimo, con riferimento alla comunione di diritti reali in generale, R. CALVO, *Della comunione in generale*, in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, *sub artt. 1100-1116*, Bologna, 2019, 2 ss.

⁵ Testo di legge recante «Modifiche alla disciplina del condominio negli edifici», entrato in vigore a partire dal 18 giugno 2013. Fra i tanti commentatori si vedano A. CELESTE, A. SCARPA, *Riforma del condominio. Primo commento alla legge 11 dicembre 2012, n. 220*, Milano, 2012; M. BASILE (a cura di), *Riforma del condominio. Appendice di aggiornamento al volume III Condominio negli edifici e comunione*, in *Trattato dei diritti reali Gambaro e Morello*, Milano, 2013; G. SPOTO, *La riforma del condominio. Commento organico alla l. 11 dicembre 2012, n. 220*, Roma, 2013; R. TRIOLA, *La riforma del condominio tra novità e occasioni mancate*, Milano, 2014; F.G. VITERBO, *op. cit.*; A. CELESTE, L. SALCIARINI e M. CORONA, *Dieci anni dopo la riforma del condominio: antiche questioni irrisolte e nuove problematiche*, Akademia, 2023.

⁶ Così R. CATERINA, *La disciplina del condominio e la riforma incompiuta*, in *A dieci anni dalla riforma del condominio*, cit., 243.



civile di alcune norme che sembrano andare nella direzione di una sua progressiva “entificazione”⁷.

Merita però rammentare che, anche *post* riforma, il condominio non solo non gode – almeno formalmente – di alcuna forma di autonomia patrimoniale, ma la responsabilità per l’inadempimento delle obbligazioni condominiali non ricade nemmeno in capo a colui che ha esercitato il potere amministrativo – come nelle associazioni non riconosciute – ma in capo a tutti i condòmini secondo un regime di responsabilità attenuato dal beneficio di escussione dei condòmini morosi *ex art.* 63 disp. att. c.c. È stato così recentemente osservato che il condominio può essere ricostruito come «una situazione (del tutto particolare e irriducibile ai consueti schemi) di determinazione di un rapporto intermedio tra l’idea della persona fisica e quella della persona giuridica, nel senso cioè di definire uno stato di contitolarità (collettiva) del diritto di proprietà delle parti comuni»⁸.

A voler sintetizzare, secondo la giurisprudenza di legittimità maggioritaria, il condominio deve essere qualificato quale ente di gestione⁹, capace di

⁷ Già molti anni fa parlava di «processo di entificazione» del condominio M. BASILE, *Condominio*, cit., 8. Nonostante Cass., sez. un., 18 settembre 2014 n. 19663, in *Imm. propr.*, 2015, 7, 435, con nota di A. Scarpa e in *Corr. giur.*, 2015, 12, 1531 con nota di A. Carrato, sembrava aver sancito un mutamento definitivo nella affermazione di una «sicura soggettività giuridica autonoma» del condominio, si sono allineati a tale orientamento solo Trib. Milano, 21 novembre 2017, in *www.condominioelocazione.it*, 2018, con nota di M. Ginesi e Cass., 29 marzo 2017, n. 8150 in *Arch. loc.*, 2017, 301. Per contro, hanno confermato la qualificazione in termini di ente di gestione sprovvisto di soggettività Cass., 29 dicembre 2016, n. 27352, in *Mass. Giust. civ.*, 2017; Cass., 21 febbraio 2017, n. 4436, in *Guida al dir.*, 2017, fasc. 19, 68; Cass., 29 settembre 2017, n. 22856, in *Dir. e giust.*, 2017, con nota di U. Morello; Cass., 9 novembre 2017, n. 26557, in *Imm. propr.*, 2018, 53.

⁸ Questa la ricostruzione della nozione di condominio da parte di G. DI ROSA, *op. cit.*, 795. In giurisprudenza cfr. Cass., 18 aprile 2003, n. 6323, in *Riv. giur. edil.*, 2004, I, 102 con nota di A. SCARPA, cit. e R. CORONA, *Proprietà e maggioranza nel condominio degli edifici*, Torino, 2001, 405 e Cass., 9 settembre 2008 n. 23345, in *Giust. civ.*, 2010, I, 907.

⁹ Inizialmente alcune pronunce lo hanno configurato come un «ente di gestione capace di assumere validamente obblighi e correlativamente capace di essere titolare di diritti», tra cui Cass., 13 febbraio 1963, n. 274, in *Riv. giur. edil.*, 1963, I, 464 ss.; in altre, invece, si è affermato che il condominio di edificio costituisce un ente di gestione ordinato alla conservazione delle parti comuni, all’esercizio dei servizi comuni, nonché alla regolamentazione del godimento delle prime e della fruizione dei secondi, con l’avvertenza che si tratta non di un ente sprovvisto di personalità giuridica e nemmeno di un nuovo soggetto di diritto distinto dalle persone dei partecipanti, bensì di un ente che agisce di norma nell’ambito delle cose comuni a mezzo della persona dell’amministratore, cfr. Cass., 7 marzo 1961, n. 488, in *Riv. giur. edil.*, 1961, I, 299 ss.; Cass., 7 maggio 1981, n. 2998, in *Mass. Giur. it.*, 1981, 657; Cass., 11 gennaio 2012, n. 177, in *Pluris online*.

assumere obbligazioni e di essere titolare di diritti relativamente alla sola gestione delle parti comuni, provvisto di una limitata autonomia e capacità giuridiche ma sprovvisto di una personalità distinta da quella dei condòmini. Nonostante il legislatore attribuisca alla comunità dei condòmini l’esercizio di significativi poteri in forma collettiva, così riconoscendo senza dubbio una certa “unificazione” dell’insieme¹⁰, l’ente condominiale parrebbe difettare di uno scopo proprio – tale da definirne l’autonomia – in quanto la fruizione e conservazione delle parti comuni rappresenta uno scopo comune a tutti i condòmini *uti singuli*.

Già nel 2008 la Suprema Corte, a Sezioni Unite¹¹, ebbe ad osservare come la qualificazione del condominio in termini di “ente di gestione”, pur da quella sentenza non condivisa, servisse a «dare conto del fatto che la legittimazione dell’amministratore non priva i singoli partecipanti della loro legittimazione ad agire in giudizio in difesa dei diritti relativi alle parti comuni; di avvalersi autonomamente dei mezzi di impugnazione; di intervenire nei giudizi intrapresi dall’amministratore, ecc.», al contempo chiarendo, però, che «nonostante l’opinabile rassomiglianza della funzione – il fatto che l’amministratore e l’assemblea gestiscano le parti comuni per conto dei condòmini, ai quali le parti comuni appartengono – le ragguardevoli diversità della struttura dimostrano la inconsistenza del ripetuto e acritico riferimento dell’ente di gestione al condominio negli edifici...[il quale] non è titolare di un patrimonio autonomo, né di diritti e di obbligazioni: la titolarità dei diritti sulle cose, gli impianti e i servizi di uso comune, in effetti, fa capo ai sin-

¹⁰ Cfr. M. BASILE, *Condominio*, cit., 8; A. LUMINOSO, *Il rapporto di amministrazione condominiale*, in *Riv. giur. edil.*, 4, 2017, 221, secondo cui nel condominio si ha una unificazione delle situazioni dei condòmini in relazione alle parti comuni di modo che “l’unitarietà si realizza entro i limiti in cui essa si rende indispensabile per il conseguimento dei fini di interesse comune” (p. 270), si avrebbe in sostanza una “organizzazione di gestione” basata su di una “oggettivizzazione dell’interesse del gruppo” e centrata sull’ufficio dell’amministratore.

¹¹ Cass., sez. un., 8 aprile 2008, n. 9148, in *Giur. it.*, 2009, 2, 347 ss. Commenti alla citata sentenza in *Corr. giur.*, 2008, con note di A. DI MAJO, *Solidarietà o parziarietà nelle obbligazioni condominiali: l’eterno ritorno*, 773 e N. IZZO, *L’attuazione parziaria delle obbligazioni condominiali: una restaurazione ottocentesca del favor debitoris*, 780; in *Foro it.*, I, c. 325, con nota A. SCARPA e V. TRIPALDI, *Titolarità ed attuazione delle obbligazioni di gestione del condominio. Brevi note sui profili processuali della divisibilità degli obblighi del condominio nei confronti dei terzi*; in *Riv. giur. ed.*, I, 737, con nota A. CELESTE, *Il singolo risponde solo pro quota per le obbligazioni del condominio verso i terzi: il respiro di sollievo dei condòmini e lo sconforto operativo dei creditori*; in *Vita not.*, 2008, I, 1287, con nota E. TIMPANO, *Le obbligazioni condominiali fra parziarietà e solidarietà*.

goli condomini; agli stessi condomini sono ascritte le obbligazioni per le cose, gli impianti ed i servizi comuni e la relativa responsabilità; le obbligazioni contratte nel cosiddetto interesse del condominio non si contraggono in favore di un ente, ma nell'interesse dei singoli partecipanti».

2. L'impatto della riforma e le ricadute in termini qualificatori.

La questione è rimasta tuttavia sullo sfondo, sino a riesplodere con l'entrata in vigore della l. n. 220 del 2012, le cui previsioni – come innanzi osservato – sembrerebbero deporre nel senso dell'avvenuto riconoscimento di una (sia pure) limitata soggettività, con la conseguente definizione dei contorni di un "nuovo" soggetto di diritto. Sono stati segnalati in tal senso, tra gli altri: *a)* l'obbligo dell'amministratore di far transitare le somme ricevute a qualunque titolo dai condomini o da terzi, nonché quelle a qualsiasi titolo erogate per conto del condominio, su uno specifico conto corrente, postale o bancario, intestato al condominio (cfr. l'art. 1129, comma 7, c.c.); *b)* l'obbligo, gravante sullo stesso amministratore, di tenere conseguentemente distinta la gestione del patrimonio del condominio da quella propria o di altri condomini (cfr. l'art. 1129, comma 12, n. 4, c.c.); *c)* la costituzione di un fondo speciale per gli interventi di manutenzione e per le innovazioni (cfr. l'art. 1135, n. 4, c.c.); *d)* la previsione dell'obbligo di indicazione dell'eventuale denominazione, dell'ubicazione e del codice fiscale del condominio, in ipotesi di richiesta di trascrizione di atti *inter vivos* (cfr. l'art. 2659, comma 1, c.c.); *e)* la possibilità data all'assemblea di richiedere all'amministratore un sito internet "del condominio" (art. 71 disp. att. c.c.)¹².

Tali sollecitazioni, a ben vedere, sono state inizialmente raccolte dalla giurisprudenza di merito, soprattutto in sede esecutiva, a proposito della pignorabilità del conto corrente condominiale, la cui provvista concorrerebbe a formare il patrimonio (autonomo) del condominio; quindi dalla giurisprudenza di legittimità, con precipuo riferimento alla individuazione del soggetto titolare dell'indennizzo da irragionevole durata del processo, avendo la Suprema Corte, a Sezioni Unite, nel 2014, espressamente riconosciuto come il sistema stia andando «nella direzione della progressiva configurabilità in

capo al condominio di una sia pure attenuata personalità giuridica»¹³.

Senonché con un più recente intervento, anch'esso a Sezioni Unite¹⁴, la Suprema Corte ha ribadito come, nonostante gli indici normativi presenti nella l. n. 220 – e di cui si è detto – il legislatore ha «respinto in sede di riforma dell'istituto – lo testimonia il confronto tra testo provvisorio e testo definitivo della L. n. 220 del 2012 – la prospettiva di dare al condominio personalità giuridica con conseguenti diritti sui beni comuni», così delimitando l'ambito applicativo del principio affermato dalle medesime Sezioni Unite nel 2014: «la portata di SU 19663/14 – si legge ancora in motivazione – va circoscritta alla peculiare situazione giuridica esaminata, cioè a quel diritto all'equa riparazione regolato dalle disposizioni sovranazionali prima ancora che da quelle nazionali di impronta applicativa».

A complicare ulteriormente il quadro complessivo così delineato, infine, una recente pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea¹⁵, investita dal Tribunale di Milano sulla questione pregiudiziale relativa all'applicabilità, al condominio, della disciplina consumeristica, ha affermato che «anche se una persona giuridica, quale il condominio nel diritto italiano, non rientra nella nozione di consumatore ai sensi dell'art. 2, lettera b), della direttiva 93/13, gli Stati Membri possono applicare le disposizioni di tale direttiva a settori che esulano dall'ambito di applicazione della stessa»: così dando per scontata una premessa (la natura del condominio quale persona giuridica) che tale, affatto, non è. Sul punto si ritornerà.

L'osservazione da ultimo svolta mostra come la ricostruzione dell'istituto non ha ricadute di carattere meramente teorico o dogmatico, implicando, al contrario, approcci ed approdi differenti rispetto a

¹³ Cass., sez. un., 18 settembre 2014 n. 19663, cit.

¹⁴ Cass., sez. un., 18 aprile 2019, n. 10934, in *Imm. propr.* 2019, 6, 387, con nota di M.G. MONEGAT, *Il condominio non ha la personalità giuridica e l'amministratore non ne ha la rappresentanza processuale esclusiva: le azioni concernenti i beni comuni competono anche al singolo condòmino*.

¹⁵ Corte giust., 2 aprile 2020, c. 329/19, *Condominio di Milano, via Meda c. Eurothermo SpA*, in *Corr. giur.*, 2020, 893 ss., con il commento di G. SPOTO, *Il condominio*, cit.; e in *Giur. it.*, 2021, 1587 ss., con osservazioni di S. SCAPELLATO, *op. cit.*. Sulla sentenza e sul problematico impatto che essa è destinata ad avere sull'ordinamento italiano, nella letteratura italiana si vedano R. CALVO, *Complessità personalizzata o individualità complessa del condominio-consumatore*, in *Giur. it.*, 2020, 1320 ss.; G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 842 ss.; G. SPOTO, *op. cit.*, 895 ss.; G.A. CHIESI, *Condominio: "essere o non essere" (consumatore)?*, in *Imm. propr.*, 2020, 493 ss.; F. AZZARRI, *Spigolature attorno alla definizione di "consumatore"*, in *Contratti*, 2021, 60 ss.; D. FORESTA, *Il recente approdo della Corte di Giustizia sul condominio-consumatore*, in *Studium iuris*, 2021, 16 ss.

¹² ABF, Coll. coord., 10 novembre 2020, n. 19783, in *Nuova giur. comm.*, 2021, 503 ss., con nota di E. LABELLA, *La natura non consumeristica del condominio di edifici*. La decisione menziona in senso conforme ABF, Coll. coord., 26 ottobre 2012, n. 3501, in www.arbitrobancariofinanziario.it.



numerose questioni che la materia pone: così, ad esempio, ne risultano inevitabilmente influenzati il tema delle forme di tutela che il creditore del condominio ha a propria disposizione, allorché risulti insoddisfatto nelle sue ragioni, quello dell'applicabilità, ai contratti conclusi dall'amministratore della disciplina consumeristica ovvero ancora, quello dei limiti della cd. rappresentanza processuale reciproca tra amministratore e condòmini¹⁶. Non minore impatto assume la questione in ambito penale, a proposito delle modalità attraverso le quali il "condominio" può sporgere querela (ovvero costituirsi parte civile), oscillandosi tra chi ritiene legittimati all'uso solamente i condòmini, all'unanimità e chi, al contrario ritiene sussistere una legittimazione del singolo condòmino «quanto meno concorrente con quella dell'amministratore, o eventualmente surrogatoria»¹⁷.

Non ultimo, la questione rileva in ambito tributario, laddove la incontrovertibile rilevanza fiscale del condominio si scontra con la riferibilità, unicamente ai singoli condòmini, di oneri, benefici ed agevolazioni, pur se riferiti a parti comuni.

3. Tesi individualistica, collettivista ed intermedia.

Analoghe inquietudini si registrano in letteratura.

Secondo la tesi che potremmo definire "individualistica", il condominio è un istituto sfornito di un'autonoma soggettività; esso si compone di una pluralità di soggetti distinti, unici titolari delle posizioni giuridiche inerenti alla comproprietà. Si tratterebbe, più precisamente, di una specificazione contrassegnata da caratteri peculiari dell'istituto più generale della comunione, e cioè di null'altro che uno statuto normativo sulla gestione delle parti comuni, poste al servizio degli interessi dei singoli¹⁸.

I principali argomenti a conferma dell'esclusione di una caratterizzazione in termini antropomorfi del condominio rispetto ai condòmini risiedono: nella stessa collocazione della disciplina nell'impianto del codice civile (Titolo VII del Libro III); nella

¹⁶ Cass., 28 marzo 2019, n. 8695, in *Imm. propr.*, 7, 2019, 428, con nota di G.A. CHIESI, *Uno nessuno, centomila... il peculiare fenomeno della rappresentanza processuale reciproca nel condominio*.

¹⁷ Cass. pen., 26 novembre 2019, n. 49392, in *dirittoegustizia.it*, 222, 2019, 13, con nota di E. FONTANA, *A chi spetta il diritto di querela nel Condominio?*.

¹⁸ L. SALIS, *op. cit.* Più di recente, R. CORONA, *La natura giuridica del condominio*, in *Trattato dei diritti reali*, 2012, 73; G. DI ROSA, *op. cit.*, 789.

mancanza di uno scopo autonomo, diverso dalla mera fruizione e conservazione delle parti comuni, che trascenda quello dei singoli componenti; nella mancanza di autonomia patrimoniale.

Su una posizione diametralmente opposta si attende, invece, la tesi collettivista, secondo cui il condominio sarebbe un ente dotato di una propria soggettività e formalmente titolare di proprie posizioni giuridiche¹⁹.

Il riconoscimento da parte dell'ordinamento dell'unificazione delle posizioni individuali in capo all'organizzazione condominiale emergerebbe dalla previsione di appositi strumenti (assemblea e amministratore) cui sono demandati il compito di formare una volontà unitaria, nonché di dare esecuzione a tale volontà e di provvedere ai rapporti esterni con i terzi, nell'interesse comune della comunità dei partecipanti.

Le novità normative in precedenza richiamate costituirebbero oggi più robusta conferma di siffatte conclusioni²⁰.

In una posizione intermedia si pone infine la tesi mista, secondo cui la disciplina del condominio delinea una figura del tutto peculiare, insuscettibile di un inquadramento nei comuni schemi e nell'idea di persona. Evidenziato come l'essenza del condominio stia in una relazione (non di semplice accessorialità, ma) di reciproca funzionalità tra proprietà comune e proprietà esclusiva, si sostiene che il condominio coincida con una situazione appunto mista, in cui l'interesse dei singoli convive con l'interesse dell'organizzazione. Situazione che si contrassegna per la coesistenza di regole normalmente operanti a livello individuale da una parte, e nelle formazioni collettive, dall'altra. Nel condominio, infatti, se i singoli condòmini restano titolari dei diritti e degli obblighi relativi all'attribuzione dei beni, la struttura organizzativa diventa invece la parte deputata all'esercizio dei poteri di gestione su di essi²¹.

L'analisi abbandona la sua collocazione nell'ambito della teoria dei soggetti per spostarsi in quella dei rapporti giuridici: «l'attitudine ad essere titolare di diritti non è un connotato esclusivo del binomio "persona fisica-persona giuridica", essendo piuttosto individuabile tutta una serie di fenomeni collettivi, di entità, di gruppi organizzati non personificati, elevati al rango di centri di imputazione di autonome situazioni giuridiche, da tenere separate, in quanto tali, rispetto alle persone fisiche com-

¹⁹ G. BRANCA, *op. cit.*, 1982, 358. Più di recente, M. BIANCA, *Nozione di condominio*, in *Il condominio*, a cura di M. Bianca, Torino, 2007, 17.

²⁰ Così A. LUMINOSO, *op. cit.*, 221.

²¹ A. CELESTE, A. SCARPA, *Il condominio negli edifici*, Milano, 2017, 1 ss.

ponenti la compagine operante in forma organizzata»; non si tratterebbe allora di moltiplicare i soggetti quanto di differenziare i rapporti, distinguendo in base al contenuto le relazioni giuridiche che i condomini intrattengono *uti singoli* da quelle che gli stessi intrattengono *uti universi*.

Dunque, l'organizzazione dei condomini non si cristallizzerebbe in un vero e proprio soggetto di diritto, ma si traduce in un assetto in cui, limitatamente alla gestione, le singole espressioni di volontà provenienti dai condomini si fondono un'unica dichiarazione, cui corrisponde la riferibilità a un'unica posizione con rilevanza anche esterna²².

4. La posizione della giurisprudenza: “ente di gestione”. La posizione dell'ABF

Con riguardo alle ricadute applicative dei vari orientamenti si è detto che notevole fortuna ha avuto, come detto, la qualificazione del condominio quale ente di gestione sfornito di personalità distinta da quella dei suoi partecipanti.

A partire da tale qualificazione, alcune decisioni in tema di legittimazione processuale hanno sostenuto che il condomino non è terzo rispetto al condominio. Di conseguenza, il condomino può intervenire nel giudizio nel quale la difesa è stata assunta dall'amministratore e può impugnare la sentenza pronunciata nei confronti del condominio²³. Inoltre, tale sentenza fa stato nei confronti del condomino (parte del procedimento anche se non intervenuto)²⁴, che contro di essa non può proporre opposizione di terzo²⁵.

Le decisioni in tema di tutela consumeristica hanno fatto ricorso in modo compatto all'inquadramento del condominio come mero ente di gestione. Questo ha consentito di far poggiare l'applicazione della disciplina sul riconoscimento della qualifica di consumatore non in capo al condominio, «ente sfornito di personalità giuridica distinta da quella dei suoi partecipanti per conto dei quali l'amministratore agisce quale mandatario con rappresentanza»²⁶ (e dunque non parte contrattuale

in senso stretto), bensì a favore dei singoli condomini, persone fisiche che agiscono per scopi estranei all'attività professionale eventualmente svolta²⁷.

Un'opinione contraria è invece stata espressa dall'ABF, che ha escluso, per l'insussistenza del requisito della fisicità, che il condominio possa assumere la qualifica di consumatore²⁸. Secondo l'ABF, l'esistenza di un'organizzazione determinerebbe, di per sé, al di là della mancanza di un formale riconoscimento della personalità giuridica, una distinzione tra il gruppo e i suoi componenti. Il condominio sarebbe quindi un ente con un autonomo rilievo sul piano soggettivo, che peraltro agisce per il tramite di un soggetto professionalmente qualificato.

Evidente l'influenza esercitata dall'ABF dalla pronuncia a Sezioni Unite del 2014²⁹ in materia di equa riparazione.

Questa ricostruzione, che traccia una differenziazione tra la parte-condominio e la parte-condomino, sebbene rimasta minoritaria, ha comunque trovato eco in alcune decisioni successive.

In particolare, una recente sentenza, presupponendo che il condomino sia terzo rispetto ai rapporti contrattuali del condominio, ha negato l'opponibilità al condomino della quietanza senza data certa rilasciata dal condominio a un'impresa edile: «sebbene il condominio sia un ente di gestione con limitata soggettività e sprovvisto di un patrimonio proprio, il suo amministratore non agisce nella qualità di mandatario con rappresentanza dei singoli condomini. La circostanza che questi ultimi rispondono delle obbligazioni assunte dal condominio, in ragione dell'inesistenza di un patrimonio separato, non comporta che si assumano pure il ruolo di parte in senso tecnico (quand'anche rappresentata dall'amministratore) nei rapporti contrattuali costituiti da quest'ultimo. Gli atti giuridici posti in essere dall'amministratore vanno, infatti, riferiti comunque al condominio»³⁰.

Non mancano in questa direzione pronunce spia di una tendenza, forse non sempre consapevole, ad una entificazione del condominio, allorché applicano al condominio la regola sul conflitto di interessi *ex art. 2373 c.c.*³¹ tratta dalla disciplina delle

²² Riassume così le posizioni in letteratura S. SCAPELLATO, *op. cit.*, 1591.

²³ Cass., 9 novembre 2017, n. 26557, *cit.*

²⁴ Cass., 24 luglio 2012, n. 12911, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 7-8, 953.

²⁵ Cass., 21 febbraio 2017, n. 4436, *cit.*

²⁶ Cass., 22 maggio 2015, n. 10679, in *Condominioelocazione.it*, con nota di E. DITTA, *Applicazione della disciplina di tutela del consumatore ai contratti condominiali*; in termini, seppure più risalente, Cass., 24 giugno 2001, n. 10086, in *Corr. giur.*, 11, 2001, 1436, con nota di R. CONTI, *La Cassazione chiude le porte al foro esclusivo del consumatore* e in *Contratti*,

12, 2001, 1077, con nota di G. CAPILLI, *Il foro del consumatore ex art. 1469 bis*, n. 19.

²⁷ S. SCAPELLATO, *op. cit.*, 1592.

²⁸ ABF, Coll. coord., 10 novembre 2020, n. 19783, *cit.*; cfr. V. RABITTI, *La qualità di “consumatore-cliente” nella giurisprudenza e nelle decisioni dell'Arbitrato bancario finanziario*, in *Contr. impr.*, 2014, 1, 209.

²⁹ Cass., sez. un., 18 settembre 2014 n. 19663, *cit.*

³⁰ Cass., 9 luglio 2020, n. 14599, in *Rep. Foro it.*, 2020, 9, e in *Arch. loc. cond.*, 2020, 518.

³¹ Le sentenze rinvergono in entrambe le fattispecie un'identità di ratio ed il comune carattere della posizione conflittuale in cui



società di capitali, disciplina che presuppone un'organizzazione unitaria e che vede quale suo presupposto una distinguibilità fra l'interesse del singolo e interesse dell'ente.

Lo stesso dicasi in materia di appalto: quando per esempio il condominio stipula un contratto di appalto per la manutenzione straordinaria³², committente di quel contratto non sono solo i condomini ma anche il condominio. E questo, per esempio, è rilevante ai fini della decorrenza del termine per la denuncia dei vizi *ex art.* 1667 c.c.: questo decorre da quando abbia appreso notizia del vizio o del difetto l'amministratore e non già i singoli condomini.

Si pensi inoltre ai furti nei fabbricati che avvengono in ragione dell'uso dei ponteggi condominiali. La giurisprudenza riconosce fondamento all'azione di responsabilità extracontrattuale nei confronti dell'appaltatore perché committente è il condominio

l'interesse del singolo, socio o condomino, si pone rispetto a quello generale e prioritario della società o del condominio: Cass. 14 novembre 1997, n. 11254 e Cass. 6 agosto 1997, n. 7226, entrambe in *Rass. loc. cond.*, 1998, 133; Cass. 18 maggio 2001, n. 6853, in *Foro it.*, 2002, I, 675; Cass. 22 luglio 2002, n. 10683, in *Foro it.*, 2003, I, 540. Più risalente, Cass. 28 gennaio 1976, n. 270, in *Foro it.*, 1976, I, 991, con nota di G. BRANCA, *Conflitto di interessi nel condominio*. La Cassazione, con la sentenza Cass., 28 settembre 2015, n. 19131, in *Imm. propr.*, 2015, 12, 732 è di recente tornata sul tema del conflitto di interessi tra singoli condomini e condominio, risolvendo, in particolare, il problema delle conseguenze sul voto in assemblea dei condomini versanti in conflitto di interessi. Richiamando, confermandola, una precedente sentenza (Cass., 30 gennaio 2002, n. 1201, in *Arch. loc. cond.*, 2002, 282; in *Giur. it.*, 2003, 62), la S.C. conclude per l'assoluta inderogabilità delle maggioranze di legge necessarie per approvare le delibere condominiali. In particolare, viene formulato il seguente principio di diritto: «In tema di condominio, le maggioranze necessarie per approvare le delibere sono inderogabilmente quelle previste dalla legge in rapporto a tutti i partecipanti ed al valore dell'intero edificio, sia ai fini del conteggio del *quorum* costitutivo sia di quello deliberativo, compresi i condomini in potenziale conflitto d'interesse con il condominio, i quali possono (non debbono) astenersi dall'esercitare il diritto di voto. Pertanto, anche nell'ipotesi di conflitto di interesse, la deliberazione deve essere presa con il voto favorevole di tanti condomini che rappresentino la maggioranza personale e reale fissata dalla legge e, in caso di mancato raggiungimento della maggioranza necessaria per impossibilità di funzionamento del collegio, ciascun partecipante può ricorrere all'Autorità giudiziaria». In dottrina, sul rilievo dell'istituto del conflitto di interessi nell'ambito della disciplina condominiale cfr. N. IZZO, *Conflitto di interessi nel condominio: diritto di voto e maggioranze*, in *Corr. giur.*, 19, 6, 2002, 721 ss.; L. DE RENTHIS, *Il calcolo del quorum deliberativo dell'assemblea condominiale in presenza di un conflitto di interessi tra il singolo condominio titolare del diritto di voto del diritto di voto ed il condominio stesso*, in *Giur. it.*, 2003, 62; A. SCARPA, *Il voto del condomino in conflitto di interessi*, in *Giust. civ.*, 2015, 913 ss.; A. CELESTE, *Il conflitto d'interessi nel condominio*, in *Imm. propr.*, 2016, 76 ss.

³² È il caso trattato da Cass., 4 marzo 2015, n. 4364, in *Dejure online*.

e il singolo condomino derubato è terzo leso *ex art.* 2043 e ss.³³

5. Criticità della qualificazione del condominio quale ente “terzo” rispetto ai condomini.

Quindi è indubbio che, di fatto, possa esservi una imputazione unitaria di rapporti contrattuali di gestione delle parti comuni in capo al condominio.

Ma – come non si è mancato di avvertire in dottrina – «il solo dato dell'attribuzione di un diritto o di un obbligo in comune, ad un gruppo di persone fisiche (non altrimenti qualificato) non basta a conferire al gruppo medesimo una soggettività giuridica diversa da quella propria dei singoli componenti»³⁴.

Al di là della pacifica esclusione della soggettività del condominio che emerge dai lavori preparatori della legge del 2012 ove si adduce la necessità con tale scelta «di salvaguardare l'autonomia funzionale ed economica delle singole unità abitative rispetto alla funzione meramente strumentale al miglior godimento del bene di proprietà individuale che caratterizza le parti comuni oggetto del condominio»³⁵, mi pare che resti ferma dopo la riforma innanzitutto la circostanza che i beni condominiali siano oggetto, ai sensi dell'art. 1117 c.c. di «proprietà comune dei proprietari delle singole unità immobiliari» senza quindi che avvenga il distacco del patrimonio ad una diversa entità; nella stessa direzione vanno gli artt. 1118, comma 1, c.c. che discorre di diritto dei partecipanti sulle cose comuni e 1123, comma 1, c.c. che prevede che le spese necessarie per la conservazione della cosa comune sono sostenute dai condomini; e così ancora l'art. 1131 c.c. che conferisce all'amministratore la rappresentanza dei partecipanti; l'art. 1132 c.c. che assegna alla valenza del dissenso del singolo una rilevanza inconciliabile con una ipotetica natura collettiva del condominio.

E ciò a tacere della circostanza che una organizzazione si forma in linea di massima solo se i condomini sono più di otto (art. 1129 c.c. sulla obbligatorietà della nomina di un amministratore); può sussistere quindi un condominio non organizzato.

³³ Cass., 19 dicembre 2014, n. 26900, in *Rep. Foro it.*, 2014, 296.

³⁴ F.D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, 1974, 182.

³⁵ Relazione della 2ª Commissione permanente nn. 71, 355, 399, 1119 e 1283-A, Rel. Mugnai, p. 4, disponibile al link <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00519037.pdf>.



Allo stesso tempo mi pare che la varietà del modo di atteggiarsi delle forme di titolarità condominiale (ad esempio il cosiddetto condominio parziale nell'ambito di un più ampio condominio) non consentano di fondare la creazione di una pletera di nuove soggettività nel sistema.

Né sembra che a diverse conclusioni possa pervenirsi prendendo atto della nuova disposizione che ha previsto la possibilità di indicare nella nota di trascrizione per gli atti riguardanti i condomini la denominazione, l'ubicazione e il codice fiscale (art. 2659, comma 1, c.c.)³⁶. Non credo che alla norma infatti possa assegnarsi quella stessa valenza di definitiva conferma del riconoscimento della soggettività che fu all'epoca assegnata alla parallela disposizione in materia di trascrizione degli acquisti a favore delle associazioni non riconosciute. Si tratta di una disposizione non incompatibile con la titolarità, in capo ai singoli, dei rapporti attivi e passivi che mira a raffigurare semplicemente degli strumenti per migliorare l'organizzazione pluralistica e individualistica del gruppo. È infatti stato escluso ad esempio che la norma possa essere utilizzata per consentire all'amministratore di alienare beni facoltativamente condominiali (si pensi all'alloggio del portiere, a un campo sportivo)³⁷ con una deliberazione a maggioranza qualificata, così come si esclude che la norma, anche in caso di delibera assunta all'unanimità, consenta di trascrivere l'atto semplicemente contro il condominio e non contro i singoli condomini; trascrizione quest'ultima necessaria a garantire anche la necessaria continuità delle trascrizioni. Sì che la portata della norma sembra relegare l'adempimento a mera funzione di pubblicità notizia ad es. della destinazione dei suddetti beni, o rivelare la sua utilità ad esempio nella trascrizione del pignoramento immobiliare a favore del condominio eseguito per il recupero dei crediti.

Non confligge con tale constatazione, sebbene in altro ambito pubblicitario, l'affermato riconosci-

mento (lo dice una Risoluzione dell'Agenzia del Territorio, già con riguardo al regime *ante* riforma), della sussistenza di un potere "autonomo" dell'amministratore del condominio di cancellare l'ipoteca giudiziale iscritta in favore del medesimo condominio; soluzione che trova il suo diretto riferimento negli specifici poteri gestori, accordati a costui dalla legge, di riscuotere i contributi e di agire giudizialmente per il recupero del relativo credito e confermato dalla riforma (art. 1129, comma 12, n. 5, c.c.) che individua quale causa di grave irregolarità, rilevante ai fini della revoca dell'amministratore dall'esercizio delle sue funzioni, l'aver acconsentito per un credito insoddisfatto alla cancellazione delle formalità eseguite nei registri immobiliari a tutela dei diritti del condominio³⁸. Il che sembra lasciare intendere, in virtù di una argomentazione *a contrario*, che, in presenza di un credito pienamente soddisfatto, l'amministratore di condominio possa procedere alla cancellazione delle formalità pregiudizievoli.

In sintesi, mi pare possa affermarsi l'idea che il condominio non possa considerarsi un ente "terzo" rispetto ai condomini, ma che si tratti – e in questo condivido l'idea di recente proposta³⁹ – di un modello, uno statuto normativo (variabile) di proprietà oggettivamente e soggettivamente complessa che opera una dissociazione tra regime della contitolarità (appartenenza della proprietà) e disciplina dell'uso e della gestione dei beni e dei servizi comuni in ragione dell'esigenza del gruppo (appartenenza gestoria).

6. Sulla applicabilità della disciplina consumeristica al condominio.

Partendo da queste premesse può risultare più accessibile il discorso su altra annosa questione:

³⁶ Cass., sez. un., 18 settembre 2014, n. 19663, cit., ha sottolineato che l'indirizzo dottrinale favorevole al riconoscimento di una soggettività del condominio «ha ricevuto nuova linfa dalla legge di riforma del condominio», richiamandone una serie di disposizioni, tra le quali quelle citate in apertura di questo paragrafo, ma anche la previsione, introdotta nell'art. 2659 c.c., secondo cui nella nota di trascrizione per i condomini devono essere indicati l'eventuale denominazione, l'ubicazione e il codice fiscale.

³⁷ Rispetto alle questioni in rassegna si rinvia alle conclusioni di M. CORONA, *La riforma del condominio. Prime riflessioni su alcune delle nuove disposizioni di interesse notarile*, in *Studio civilistico del Consiglio Nazionale del Notariato*, n. 230-2013/C, pubblicato in *CNN notizie*, 12 giugno 2013. Cfr. altresì Consiglio Nazionale del Notariato, *Contributo allo studio della riforma del condominio: temi e questioni di interesse notarile*, *Studio n. 906-2013/C*, 6 ss.

³⁸ Sul punto cfr. S. LANDINI, M. RIZZUTI, J. BASSI e N. RUMINE, *Brevi riflessioni sulla soggettività. Giurisprudenza e prassi*, in *Ianus*, 12, 2015, 134.

³⁹ F.G. VITERBO, *op. cit.*; in particolare l'Autore si esprime in questi termini alle pp. 78, 93, 110, 153, 165, 170, 295, 302. In termini analoghi si esprime R. CORONA, *La situazione soggettiva di condominio*, in *Riv. not.*, 2006, p. 83, quando osserva che nel condominio il diritto riguarda i beni nella loro integralità: «I condomini non sono comproprietari di una quota, reale o ideale, del suolo, dei muri maestri, della facciata o del tetto: sono comproprietari di tutto il suolo, i muri maestri, la facciata, il tetto. La "proporzione", di cui fa menzione il codice all'art. 1118 c.c., non attiene all'appartenenza della proprietà comune, ma all'esercizio di essa: precisamente al godimento e alla partecipazione alla gestione»; cfr. A. BUCELLI, *op. cit.*, 110. In un'ottica più generale, di dissociazione tra proprietà formale e proprietà sostanziale discorre P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, 2011, 176 ss.

quella dell'applicabilità delle disposizioni di tutela del consumatore ai contratti stipulati in nome e per conto del condominio⁴⁰ (*rectius*, della comunità dei condomini) dall'amministratore con professionisti fornitori di beni o servizi.

Questa è stata affrontata dalla S.C. in tre pronunce: le prime due⁴¹ attinenti alla vessatorietà di clausole che attribuivano le controversie inerenti al contratto alla competenza territoriale esclusiva di un tribunale diverso da quello del luogo in cui si trovava l'edificio condominiale; la terza, più recente⁴², attinente alla vessatorietà di una clausola compromissoria che rimetteva in arbitrato irrituale la definizione delle controversie inerenti all'esecuzione del contratto.

Nella prima la S.C. perviene ad affermare che «anche al contratto concluso dall'amministratore del condominio con il professionista, in presenza degli altri elementi previsti dalla legge, si applicano le disposizioni concernenti le clausole vessatorie» (oggi inserite negli artt. 33 ss. cod. cons.), dal momento che «i condòmini vanno senz'altro considerati consumatori, essendo persone fisiche che agiscono per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta»⁴³.

⁴⁰ Sulla questione della applicabilità al condominio della disciplina consumeristica, tra i tanti, cfr. A. FICI, *Sulla nozione di «contratto del consumatore»*, in *Riv. dir. priv.*, 3, 2018, 454 ss.; A. GALIA, *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea specifica la nozione di consumatore*, in *Contr. impr./Eur.*, 1, 2018, 625 ss.; G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Tutela consumeristica e parte soggettivamente complessa*, in *Riv. dir. civ.* 2019, 25 ss.; D. FORESTA, «*Condominio e consumatore: un connubio possibile?*», in *Nuova giur. civ. comm.*, 6, I, 2019, 1171 ss.; ID., *Il recente approdo*, cit., 16 ss.; R. CALVO, *Complessità*, cit., 1320 ss.; F. CERRI, *Il condominio è qualificabile come consumatore? La questione rimessa alla Corte di giustizia*, in *Corr. giur.*, 2, 2020, 203 ss.; G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 842; ID., *Contratti del condominio e applicabilità delle disposizioni concernenti i contratti dei consumatori: il diritto italiano dopo la sentenza della Corte Giust. UE del 2 aprile 2020*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 44, 3, 2021, 352 ss.; F. AZZARRI, *op. cit.*, 66 ss.; M. SIMEON, *Il condominio è un consumatore? La decisione della Corte di Giustizia non scioglie i dubbi*, in *Giur. comm.*, 3, 2021, 466 ss.; G. SPOTO, *Il condominio*, cit., 895 ss.; S. SCAPELLATO, *op. cit.*, 1587 ss.; E. MINERVINI, *op. cit.*, 250 ss.

⁴¹ Cass., 24 luglio 2001, n. 10086, cit., richiamata nella nota 26 e Cass., 12 gennaio 2005, n. 452, in *Ilcivilista.com*, 2009, 3, 72 ss.

⁴² Cass., 22 maggio 2015, n. 10679, cit., richiamata nella nota 26.

⁴³ In particolare, in tale pronuncia la Suprema Corte, in occasione di un contratto di manutenzione dell'impianto elevatore installato nell'immobile, ha considerato il condominio alla stregua di un consumatore, applicandogli la relativa tutela, ritenendo che i condomini vanno senz'altro considerati consumatori, in quanto persone fisiche che agiscono per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta, ed operando l'amministratore solo come mandatario senza rappresentanza degli stessi «Né osta alla qualifica del condomini

Nella successiva ordinanza, la S.C. asserisce che «per quanto concerne la qualificazione del Condominio quale soggetto consumatore non sussistono ragioni per discostarsi dalla sentenza n. 10086/01, secondo cui al contratto concluso con il professionista dall'amministratore del condominio, ente di gestione sfornito di personalità giuridica distinta da quella dei suoi partecipanti, si applicano, in presenza degli altri elementi previsti dalla legge, gli artt. 33 ss. cod. cons., atteso che l'amministratore agisce quale mandatario con rappresentanza dei vari condomini, i quali devono essere considerati consumatori, in quanto persone fisiche operanti per scopi estranei ad attività imprenditoriale o professionale».

Infine, nella terza ordinanza richiamata, la S.C. si limita a ribadire laconicamente che «al contratto concluso con un professionista da un amministratore di condominio, ente di gestione sfornito di personalità giuridica distinta da quella dei suoi partecipanti, si applica la disciplina di tutela del consumatore, agendo l'amministratore stesso come mandatario con rappresentanza dei singoli condomini, i quali devono essere considerati consumatori, in quanto persone fisiche operanti per scopi estranei ad attività imprenditoriale o professionale».

In nessuna di queste pronunce viene minimamente messo in dubbio né che il condominio sia completamente sfornito (non tanto di personalità giuridica, bensì piuttosto) di soggettività giuridica autonoma rispetto a quella dei singoli comproprietari delle parti comuni, né che l'amministratore possa e debba essere considerato come un "normale" mandatario con rappresentanza di una parte plurisoggettiva, e cioè della comunità dei condomini.

In nessuna di queste pronunce viene presa in considerazione la possibilità che non tutti i condòmini siano persone fisiche che destinano le unità abitative di loro proprietà esclusiva ad usi estranei alla propria attività imprenditoriale o professionale, e nemmeno vengono considerate le conseguenze

del servizio svolto dall'amministratore, tenuto conto che la fattispecie commerciale, ovvero sia l'acquisto di beni o servizi da parte del condominio, non vincola l'amministrazione in quanto tale, bensì i singoli condomini. L'amministratore, invece, rileva non già quale organo del condominio, bensì quale mero mandatario dei singoli condomini. Sono questi ultimi, infatti, e non certo l'amministratore, a sostenere le spese del prodotto acquistato, ed evidentemente qualsiasi acquisto da parte degli stessi di beni o servizi non potrà certo mai essere effettuato nell'esercizio di loro attività imprenditoriali o professionali. Pertanto laddove il condominio fosse escluso dalla nozione di consumatore, in questo caso si vi sarebbe una illogica e ingiustificata negazione della qualifica in ragione della sola costituzione del condominio stesso da parte dei condomini, discriminando sfavorevolmente questi ultimi e imponendo loro di agire solo quali singoli proprietari delle unità immobiliari».

che la eventuale presenza di “professionisti” nella compagine dei condòmini potrebbe avere sulla applicabilità delle disposizioni di tutela del consumatore⁴⁴.

7. L’orientamento della Corte di Giustizia. Rilievi conclusivi.

Il Tribunale di Milano ha tuttavia di recente messo in dubbio, nonostante il richiamato orientamento della Corte di Cassazione, la possibilità di ricondurre il condominio alla figura del consumatore, giacché la qualificazione dello stesso quale ente di gestione, impedirebbe di considerarlo alla stregua di una persona fisica, presupposto questo indiscusso di applicazione del regime di tutela riservato al consumatore. Pone quindi una questione pregiudiziale che viene sottoposta alla Corte di giustizia che la risolve⁴⁵ stabilendo che la nozione di “consumatore” non ricomprende un soggetto giuridico che, per il diritto nazionale, non sia qualificabile né come “persona fisica” né come “persona giuridica”, quale il condominio di edifici nel diritto italiano: ne consegue che la direttiva 93/13/CEE non è applicabile ai contratti conclusi dal condominio con un professionista.

La direttiva 93/13/CEE non si applica dunque, secondo la Corte, ai contratti conclusi con professionisti da un condominio (rappresentato dal suo amministratore) perché il condominio, pur non potendosi considerare “persona giuridica”, è tuttavia un “soggetto giuridico” autonomo rispetto all’insieme dei comproprietari delle parti comuni dell’edificio. Non può dirsi pertanto sussistente uno dei due elementi costitutivi essenziali della nozione UE di “consumatore” – l’essere, cioè, il contraente una (mera) “persona fisica” – in mancanza del quale diviene superfluo chiedersi se sussista o meno anche l’altro elemento costitutivo della suddetta nozione, e cioè l’estraneità ad una attività imprenditoriale o professionale degli scopi in vista dei quali il contratto è stato stipulato⁴⁶.

La stessa Corte, tuttavia, ritiene compatibile con il diritto UE un orientamento interpretativo della giurisprudenza nazionale che includa nell’ambito di operatività delle disposizioni interne di recepimento della direttiva 93/13/CEE anche i contratti stipulati da un professionista con un condominio, nonostante quest’ultimo soggetto non sia qualificabile come “consumatore” ai sensi della direttiva 93/13/CEE.

In sintesi, e dato per presupposto che il provvedimento di rimessione (di contenuto mentitoro) abbia influenzato la Corte nella acclarata “entificazione” del condominio in Italia, la circostanza che la Corte abbia fatto salvi gli orientamenti nazionali (tra i quali prevale quello che riconosce nel condominio la qualità di consumatore) rimette in qualche modo la palla al centro consentendo di concludere che il «precedente extrastatuale non sembra in grado di mutare l’orientamento consolidato»⁴⁷.

Se si supera, ove si condivida il pensiero qui espresso, la pretesa idea di una entificazione del condominio, non ci dovrebbero essere ostacoli alla possibilità di riconoscere in quest’ultimo la qualità di consumatore non rilevando la circostanza che lo stesso, nei rapporti contrattuali, sia rappresentato da un amministratore (che per altro verso in sé è un professionista) essendo irrilevante l’interposizione gestoria sull’atto di consumo⁴⁸.

⁴⁷ Così R. CALVO, *Complessità*, cit., 1325.

⁴⁸ Per un quadro, seppure sommario, delle soluzioni adottate in taluni altri ordinamenti, ad es., in Spagna si è avuto un ampliamento della nozione “interna” di consumatore ad opera del legislatore nazionale. L’art. 3 (*Concepto general de consumidor y de usuario*) del *Real Decreto Legislativo* num. 1 del 16 novembre 2007, recante la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, dopo aver stabilito che ai fini della legge stessa sono “consumatori o utenti” le persone fisiche che agiscono per scopi estranei alla propria attività imprenditoriale, commerciale o professionale, aggiunge che «sono altresì consumatori o utenti le persone giuridiche e le entità prive di personalità giuridica che agiscono senza fini di lucro in un ambito estraneo ad un’attività imprenditoriale o commerciale». Ne consegue che la comunità dei comproprietari delle parti comuni di un edificio condominiale – che per il diritto spagnolo è priva di personalità giuridica ma dotata di una capacità giuridica limitata, circoscritta alle sole situazioni giuridiche espressamente contemplate dalla *Ley de Propiedad Horizontal* (si vedano spec. gli artt. 9, 17 e 22) – può e deve senz’altro considerarsi ricompresa, in quanto “entità priva di personalità giuridica”, nella nozione “generale” di consumatore adottata dalla *Ley General* spagnola del 2007. In Francia si è avuta la creazione per via legislativa di un *tertium genus* di contrattazioni, che si aggiunge ai contratti *B2B* e ai contratti *B2c*. Il legislatore francese ha ritenuto opportuno “codificare” tre distinte tipologie di contraenti, aggiungendo alle nozioni di “consumatore” e “professionista”, puntualmente corrispondenti a quelle che si rinvencono nelle direttive UE, una nozione ulteriore, di conio squisitamente nazionale: quella di “non professionista”, la quale include qualsiasi “persona morale” (*id est* ente collettivo dotato di autonomia soggettività giuridica) che non agisce per finalità di natura professionale. I contratti stipu-

⁴⁴ G. DE CRISTOFARO, *Contratti del condominio e applicabilità delle disposizioni concernenti i contratti dei consumatori: il diritto italiano dopo la sentenza della Corte Giust. UE del 2 aprile 2020*, cit., p. 239.

⁴⁵ Corte giust., 2 aprile 2020, c. 329/19, cit. Sulla sentenza e sul problematico impatto che essa è destinata ad avere sull’ordinamento italiano, nella letteratura italiana si vedano R. CALVO, *Complessità*, cit., 1320 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Diritto dei consumatori*, cit., 842 ss.; G. SPOTO, *Il condominio*, cit., 895 ss.; G.A. CHIESI, *Condominio*, cit., 493 ss.; F. AZZARRI, *op. cit.*, 60 ss.; D. FORESTA, *Il recente approdo*, cit., 16 ss.

⁴⁶ G. DE CRISTOFARO, *Contratti*, cit., 254.



La soluzione non può essere ovviamente generalizzata. Ricorrerà sicuramente la qualità di consumatore nell'ipotesi di condominio di proprietari che siano persone fisiche che abbiano destinato ad abitazione le loro proprietà (si pensi all'ipotesi di condominio di alloggi di edilizia agevolata-convenzionata destinati ovviamente a finalità abitative assegnati a soggetti in possesso di particolari requisiti). Non ricorrerà detta figura nei condomini relativi a stabili con appartamenti (si pensi ad alcune realtà tipiche delle zone business delle grandi città) di società, multinazionali, banche, imprese, professionisti, sebbene secondo una opinione il discorso potrebbe generalizzarsi in funzione della circostanza che la gestione delle parti comuni dovrebbe per sua natura essere sfornita di vocazione professionale⁴⁹, circostanza tuttavia che non mi pare risolutiva posto che nel contesto eurounitario rileva la qualità soggettiva del contraente (persona fisica) e rileva anche la possibilità, che sicuramente i professionisti hanno (e i consumatori no), di ribaltare sulla propria clientela i maggiori costi della minor protezione contrattuale loro accordata dalla legge⁵⁰.

Il problema allora diventa semmai affrontare, con attenzione alle circostanze che emergono dal caso concreto, quelle situazioni – e non sono poche – nelle quali si configurano nel medesimo condominio fattispecie composte di appartenenza (titolarità dei beni da parte di persone fisiche, di persone giuridiche, di persone fisiche ma che utilizzano l'immobile a fini professionali), per le quali potreb-

lati (per il tramite dell'amministratore) dal *syndicat de copropriétaires* con professionisti per la fornitura di beni o servizi di interesse condominiale sono soggetti in via esclusiva alle disposizioni che concorrono a comporre il regime normativo speciale dei contratti conclusi da *professionnels* con *non professionnels*, e non a tutte le disposizioni del *code de la consommation* francese. In Portogallo i contratti del condominio assurgono a contratti del consumatore purché almeno uno dei condòmini sia una persona fisica che abbia acquistato ed utilizzi l'unità abitativa di sua proprietà esclusiva per scopi estranei ad una attività imprenditoriale o professionale. In Germania vi è stato l'inserimento nel codice civile di una definizione "generale" della nozione di consumatore circoscritta alle persone fisiche e la "equiparazione" al consumatore delle *Wohnungseigentümergeinschaften* (comunità dei proprietari di unità abitative inserite in edifici condominiali) che concludono contratti per procurarsi beni o servizi destinati al soddisfacimento di esigenze dell'edificio condominiale. La autonoma soggettività della comunità dei proprietari fu poi espressamente prevista da una disposizione *ad hoc* introdotta da una riforma del 2007 nella legge tedesca del 1951 sulla proprietà di unità abitative inserite in edifici condominiali (*Wohnungseigentumsgesetz – WEG*), ed è stata ribadita anche dall'ultimo intervento riformatore del WEG, affidato al *Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz* (WEMoG) del 16 ottobre 2020.

⁴⁹ R. CALVO, *Complessità*, cit., 1326.

⁵⁰ Sul punto cfr. G. CERDONIO CHIAROMONTE, *op. cit.*, 40; S. SCAPELLATO, *op. cit.*, 1590.

be validamente utilizzarsi il criterio in altra sede (si vedano le soluzioni immaginate per il caso di uso promiscuo dei beni)⁵¹ utilizzato della "prevalenza"⁵². Anche se deve riconoscersi che in questi ultimi casi un problema non indifferente potrebbe essere quello della oggettiva riconoscibilità, ai fini del rispetto di una esigenza di certezza *ex ante* sulla normativa applicabile, da parte dell'altro contraente della qualità di consumatore nel condominio.

Problema quest'ultimo che può, in questa sede, solo essere accennato.

⁵¹ U. COREA, *Ancora in tema di nozione di "consumatore" e contratti a scopi professionali: un intervento chiarificatore*, in *Giust. civ.*, 2000, 2117; A. BARENGHI, *I contratti per adesione e le clausole vessatorie*, in *Trattato di diritto privato europeo*, III, a cura di N. Lipari, Padova, 2003, 323; E. FAZIO, *La tutela consumeristica e l'acquisto per fini promiscui*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 167; F. SALVATORI, *La nozione di consumatore in relazione agli acquisti a scopi promiscui*, in *Contratti*, 8-9, 2008, 845 ss.; F. GARATTI, *Alla ricerca di una nozione unitaria di consumatore*, in *Danno resp.*, 10, 2009, 954.; A. FICI, *op. cit.*, 444; A. GALIA, *op. cit.*, 631; G. CERDONIO CHIAROMONTE, *op. cit.*, 49.

⁵² Per questo criterio si veda, tra gli altri, E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2014, 38 ss.

LEASING NEL BILANCIO E REVISIONE DELLE CATEGORIE DEL DIRITTO CIVILE

Di Andrea Bucelli

| 461

SOMMARIO: 1. La «metabolizzazione giuridica» delle regole della tecnica contabile. – 2. Codice civile, IFRS 16 e right of use dei beni in leasing. – 3. Struttura e funzione del leasing: richiami e qualche spunto di riflessione. – 4. Assessment del contratto di leasing nell’ottica della redazione del bilancio. – 5. Possibile «creare un linguaggio franco comune tra diritti romanistici e diritto anglosassone»?

ABSTRACT. Nell’enunciare i principi di redazione del bilancio di esercizio l’art. 2423-bis, co., n. 1-bis, c.c., stabilisce che «la rilevazione e la presentazione delle voci è effettuata tenendo conto della sostanza dell’operazione o del contratto». Alla luce di tale norma si pone il problema della rappresentazione contabile di quei contratti, come il leasing, «nei quali il diritto di proprietà è esaurito fino al limite della rottura». Al contempo emerge un diritto di godimento dei beni (c.d. right of use) il cui valore economico, secondo i principi contabili internazionali, deve essere iscritto nello stato patrimoniale dell’utilizzatore della cosa in leasing, anziché in quello del concedente.

In tale dibattito, tuttora aperto, in cui necessariamente si confrontano diversi linguaggi e statuti epistemologici, riecheggiano le classiche categorie civilistiche, dalla proprietà al contratto, ai diritti reali e personali di godimento. Si ha però la netta impressione di un loro progressivo svilimento, anche perché scalfate da termini e concetti propri della cultura giuridica di common law.

In setting out the principles for the preparation of the financial statements, art. 2423-bis, co. 1, n. 1-bis the Italian Civil Code establishes that «the detection and presentation of items is carried out taking into account the substance of the transaction or contract». In the light of this rule, the problem arises of the accounting representation of those contracts, such as leasing, «in which the right of ownership is deprived to the limit of the breaking». At the same time, a right of use of the assets emerges, whose economic value, according to the international accounting standards, must be recorded in the balance sheet of the lessee, rather than in that of the lessor.

In this debate, still open, in which different languages and epistemological statutes necessarily confront each other, the classic civilistic categories echo, from property to contract, to real and personal rights of enjoyment. However, there is the clear impression of their progressive devaluation, also because they are undermined by concepts coming from a common law legal culture.

1. La «metabolizzazione giuridica» delle regole della tecnica contabile.

462

C'è una norma innestata nel codice civile che, forse per la materia trattata, non ha attirato le attenzioni dei civilisti¹. Nell'enunciare i principi di redazione del bilancio di esercizio l'art. 2423-bis, co. 1, n. 1-bis², c.c., stabilisce che «la rilevazione e la presentazione delle voci è effettuata tenendo conto della sostanza dell'operazione o del contratto».

Si dirà che il bilancio, fondamentale strumento dell'informazione societaria, è «riserva di caccia degli specialisti della ragioneria e della tecnica aziendale»³. Ma ciò non esime il giurista dall'occuparsene. Anzi: alcune riforme, sospinte dal legislatore europeo, hanno segnato «il recupero di centralità della disciplina (giuridica) contabile», con il recepimento dei «risultati della scienza aziendalistica», a cui viene attribuita «giuridicità cogente, trasformandone il ruolo da tecnica ancillare a chiave primaria di lettura della vicenda societaria»⁴.

Si potrà rilevare poi che la redazione del bilancio resta assoggettata a regole tecniche – i principi contabili nazionali ed internazionali – che, seppur recepite dall'ordinamento comunitario ed interno, si formano per via extra-legislativa, attraverso una mediazione professionale che oggi matura per lo più a livello internazionale ed europeo. Regole dunque sempre meno domestiche, permeate da una cultura (anche) giuridica distante da quella continentale e quindi aliena da ogni teorizzazione astratta⁵. Dispo-

sizioni che, solitamente indicate come integrative ed attuative delle clausole generali caratterizzanti la disciplina legale del bilancio, in primo luogo il principio della rappresentazione veritiera e corretta (art. 2423 c.c.), possono in realtà racchiudere prospettive ideologicamente differenziate⁶ e, quindi, non possono sottrarsi ad un indispensabile vaglio di legalità costituzionale, poiché il bilancio di esercizio è un indispensabile strumento di controllo delle attività economiche⁷.

Per questa ed altre ragioni, non ultima l'intrigante formula legislativa sopra richiamata («sostanza dell'operazione o del contratto»), anche il civilista ha pieno titolo per intervenire in un dibattito dai contorni marcatamente interdisciplinari. Del resto il linguaggio degli economisti d'azienda che si occupano di bilancio è disseminato di riferimenti, più o meno espliciti, ad istituti e categorie ordinanti del diritto civile, dalla proprietà al contratto, ai diritti reali e personali di godimento. Da qui l'esigenza di un coordinamento terminologico e concettuale, la necessità di riannodare le fila di un dialogo che ha sempre stentato a decollare⁸.

Di tale scenario offre la più palmare evidenza la questione annosa e tuttora aperta della rappresentazione in bilancio dei beni oggetto del contratto di *leasing* (o locazione finanziaria che dir si voglia).

¹ Eccezione fatta per E. CATERINI, *Il sistema giuridico del bilancio nella legalità costituzionale*, Napoli, 2021.

² Numero aggiunto dall'art. 6, co. 3, lett. b), d.lgs. 18 agosto 2015, n. 139, di attuazione della direttiva 2013/34/UE, relativa ai bilanci d'esercizio, ai bilanci consolidati e alle relative relazioni di talune tipologie di imprese.

³ G. COTTINO, *Diritto commerciale*, Padova, I, 1986, 2^a ed., p. 203.

⁴ P. MONTALENTI, *Diritto commerciale, diritto tributario, scienze aziendali: categorie disciplinari a confronto in epoca di riforme*, in *Giur. it.*, 2004, p. 685.

⁵ È uno dei tanti riflessi della globalizzazione magistralmente tratteggiati da P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, c. 161: «C'è una dimensione squisitamente culturale (cioè di cultura giuridica) che la globalizzazione investe, e di cui non si deve tacere. Concerne una ragguardevole immissione di valori culturali propri del mondo di *common law* nel nostro mondo di *civil law* (...) Ancor oggi, malgrado le osmosi prodotte dal fluire del tempo, *common law* e *civil law* costituiscono pianeti giuridici piantati su fondazioni diverse e portatori di diverse mentalità: due costumi giuridici, se non opposti, certamente assai diversificati. Se si pone attenzione per un attimo alla circostanza che la globalizzazione è un vento invadente originato soprattutto dal Nordamerica angloide, si comincia a capire che quel vento, dal nostro punto di vista, non porta solo barbarismi e invenzioni nuove ma porta soprattutto in seno alla nostra realtà un tessuto giuridico impregnato di mentalità, costumi, valori giuridici propri e naturali al pianeta d'origine ma estranei e dissonanti per il nostro (...) Da un

punto di vista culturale, il vecchio legalismo formalista massicciamente osservato e accuratamente mitizzato nel pianeta di *civil law* riceve dal contatto coi filoni globalizzatori un respiro più aperto e uno stimolo a parecchi ripensamenti essenziali».

⁶ Contrariamente alla tradizionale impostazione codicistica, nel sistema IAS/IFRS il bilancio prescinde dalle funzioni organizzative di tutela dell'integrità del capitale. In argomento cfr. F. GALGANO, *Dogmi e dogmatica nel diritto*, Padova, 2010, pp. 77, 85 s.; S. FORTUNATO, *Gli obiettivi informativi nel "nuovo" bilancio d'esercizio*, in *Giur.com.*, 2017, pp. 516 ss.; A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, p. 27. Nello specifico dell'IFRS 16, per comprendere gli orientamenti sottostanti alle scelte maturate può essere utile indagare l'attività di *lobbying* manifestatasi nel processo di formulazione del nuovo processo contabile, A. REY, R. MAGLIO, V. RAPONE, *Lobbying during IASB and FASB convergence due processes. Evidence from the IFRS 16 project on leases*, in *Journal of International Accounting, Auditing and Taxation*, vol. 41, 2020.

⁷ In tal senso E. CATERINI, *Il sistema giuridico del bilancio*, cit., pp. 16, 35 nota 4, 51, 129, che ammonisce: «Il giurista non deve esonerarsi dallo studio dei bilanci e i *bilancisti* non devono reputarsi liberi dalla conoscenza profonda del diritto», e poi osserva che il bilancio è materia d'interesse di «alcune branche del diritto (tributaristi e contabili) i quali tendono a recepire regole della tecnica contabile senza la necessaria *metabolizzazione* giuridica».

⁸ Tanto da aprire «quel fossato che nel nostro Paese ha sempre separato il diritto dalla contabilità» (E. FILIPPI, *Il bilancio: le soglie di non punibilità delle falsità e delle omissioni*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, p. 216).

2. Codice civile, IFRS 16 e *right of use* dei beni in *leasing*

La *vexata quaestio* si può riassumere nella possibilità di iscrizione del bene ricevuto in *leasing* nell'attivo patrimoniale dell'impresa utilizzatrice, anziché in quello della società concedente: «per quei contratti nei quali il diritto di proprietà è esaurito fino al limite della rottura (...), ci si chiede se, ai fini del bilancio, abbia maggior rilievo l'appartenenza economica rispetto alla proprietà "giuridica"»⁹. A quest'ultima l'insegnamento civilistico riconduce il concetto di appropriazione, pur nella consapevolezza dei sempre più frequenti fenomeni di «scissione tra titolarità del diritto e gestione (cioè utilizzazione) del bene»¹⁰. Anche l'aziendalista che studia il *leasing* insiste sull'antinomia tra proprietà formale del concedente (*lessor*) e proprietà sostanziale dell'utilizzatore (*lessee*), proponendo di valorizzare quest'ultima a scapito della prima¹¹.

Per rispondere al quesito sopra enunciato il redattore del bilancio guarderà in primo luogo al codice civile e, poi, ai principi contabili.

⁹ F.M. GIULIANI, *Il leasing nel bilancio*, Milano, 1996, p. 2.

¹⁰ Così U. NATOLI, *La proprietà*, Milano, 1980, rist., p. 31 ss., anche per il rilievo secondo cui: «Per quanto in un certo senso degradato, l'istituto proprietà appare tuttora coperto da una particolare garanzia costituzionale, che si riflette, logicamente, anche nelle singole situazioni di proprietà». Sulla dissociazione della figura tradizionale della proprietà, «tipica nel codice napoleonico e in quanti lo hanno seguito di una società di piccoli proprietari», che «si coordina probabilmente con la tradizione giuridica dei paesi di diritto romano ma risulta ingiustificata in una società basata sui redditi da lavoro», T. ASCARELLI, *Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 95, riconduceva la «scissione tra proprietà (economica) e controllo della ricchezza» al meccanismo dei titoli di credito e a quello bancario. *Ça va sans dire* che la scomposizione dell'istituto proprietario ha un'espressione culminante nella riflessione di S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, p. 265, che coglie la sostanza della fattispecie, al di là delle forme: «L'unità del fenomeno produttivo si profila nettamente e rivela il suo significato giuridico. Al diritto non è indifferente il fenomeno organizzativo che vincola, se non assorbe, la proprietà e l'attività del proprietario». Nel senso di riferire l'idea di appartenenza al (solo) proprietario, L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, Torino, 1988, 2, p. 39 s., benché in talune ipotesi, quale l'enfiteusi, «possa dubitarsi circa l'individuazione del soggetto, al quale a buon diritto spetti la vera qualifica di proprietario».

¹¹ Cfr. in particolare G. ALBERTINAZZI, *Sostanza e forma nel bilancio di esercizio. Dal principio della prevalenza della sostanza sulla forma alla predisposizione di un particolare modello di definizione dell'oggetto di rappresentazione del bilancio*, Milano, 2002, e già E. VIGANÒ, *L'iscrizione del leasing nei conti e nei bilanci dell'impresa*, Napoli, 1969. Anche la Commissione Europea, nella Comunicazione del 20 dicembre 2010, ha distinto la «proprietà economica» dalla «proprietà giuridica».

Acquisito, come detto, il principio di prevalenza della sostanza sulla forma, che è tale da incidere sulla nozione stessa di «patrimonio di bilancio»¹², la disciplina codicistica fa esplicito riferimento, in più luoghi, alla locazione finanziaria: nello schema di stato patrimoniale tra le immobilizzazioni deve essere data separata indicazione a quelle «concesse in locazione finanziaria» (art. 2424, co. 1, *sub b*, c.c.). Segno evidente che si fa riferimento al bilancio del concedente, non a quello dell'utilizzatore, il quale deve piuttosto imputare a conto economico il canone di leasing alla voce B8) - Costi per godimento di beni di terzi (art. 2425 c.c.). Le plusvalenze derivanti da operazioni di compravendita con locazione finanziaria al venditore devono essere ripartite in funzione della durata del contratto di locazione (art. 2425-bis, co. 4, c.c.), dandosi così rilievo alle operazioni di vendita con retrolocazione¹³.

La soluzione accolta dal legislatore della riforma del diritto societario è dunque coerente con il c.d. metodo patrimoniale: è il concedente che deve iscrivere tra le attività del proprio stato patrimoniale il bene concesso in *leasing*, mentre l'utilizzatore nulla sarà tenuto a rilevare sia tra le attività che tra le passività della propria situazione patrimoniale. Se poi si considera che, per recuperare le informazioni che quel sistema di rappresentazione non è in grado di fornire attraverso i prospetti contabili, è prevista un'informazione aggiuntiva da inserire nella nota integrativa (art. 2427, co. 1, n. 22 c.c.), che perciò deve dar conto degli effetti sullo stato patrimoniale e sul conto economico della "sostanza" dell'operazione, si comprende come la disciplina codicistica sia segnata da un evidente compromesso, oltre ad essere del tutto disallineata dai principi contabili internazionali. Questi ultimi, infatti, hanno ormai definitivamente sposato il c.d. metodo finanziario, secondo cui il bene in *leasing* deve collocarsi nello stato patrimoniale dell'utilizzatore piuttosto

¹² S. FORTUNATO, *Gli obiettivi informativi nel "nuovo" bilancio d'esercizio*, cit., p. 509 s. rileva che la clausola della prevalenza della sostanza sulla forma è tale da incidere sulla rappresentazione contabile di attività e passività, costi e ricavi e, dunque, sulla nozione stessa di «patrimonio di bilancio», da tenere ben distinta dal concetto di patrimonio quale garanzia del credito (art. 2740 c.c.), ma anche da quella basata sulla «disponibilità definitiva». Il che conferma la relatività della nozione di patrimonio già evidenziata, su un piano generale, da L. BIGLIAZZI GERI, *A proposito di patrimonio autonomo e separato*, in *Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Principi, norme, interessi emergenti. Scritti giuridici*, Milano, 1998, p. 666 s., per cui dalle diverse norme (v., ad esempio, artt. 490, 554, 565, 587, 822 ss., 2740 c.c.) si potrà tutt'al più enucleare una nozione molto generale di patrimonio quale «contenitore» di situazioni soggettive di vantaggio, con la conseguenza che il concetto va a declinarsi di volta in volta a seconda della sottesa *ratio*.

¹³ G. DI ROSA, *L'operazione di sale and lease back tra normotipo astratto e fattispecie concreta*, in *Riv.dir.civ.*, 2015, p. 1137.



che in quello del concedente, che pure ne rimane formalmente proprietario.

La versione più aggiornata dei principi contabili internazionali in materia, l'International Financial Reporting Standard 16 (IFRS 16), pubblicato il 13 gennaio 2016 dall'International Accounting Standard Board (IASB) ed omologato con Regolamento (UE) 2017/1986 della Commissione del 31 ottobre 2017, al paragrafo 9 definisce il contratto di *leasing* assumendo come punto di osservazione la posizione giuridica dell'utilizzatore, il c.d. *right of use asset*: «Il contratto è, o contiene, un leasing se, in cambio di un corrispettivo, conferisce il diritto di controllare l'utilizzo di un'attività specificata per un periodo di tempo». Di seguito (Appendice B, Guida operativa, B9) la precisazione secondo cui: «Per valutare se un contratto conferisce il diritto di controllare l'utilizzo di un'attività individuata (cfr. paragrafi B13-B20) per un certo tempo, l'entità deve valutare se lungo tutto il *periodo di utilizzo* il cliente godrà di entrambi i due seguenti diritti:

- a) il diritto di ottenere sostanzialmente tutti i benefici economici derivanti dall'utilizzo dell'attività (come descritto ai paragrafi B21-B23);
- b) il diritto di decidere sull'utilizzo dell'attività (come descritto ai paragrafi B24-B30)¹⁴.

Un lessico che riecheggia il menzionato art. 2427, co. 1, n. 22 c.c., in cui si legge di «operazioni di locazione finanziaria che comportano il trasferimento al locatario della parte prevalente dei rischi e dei benefici inerenti ai beni che ne costituiscono oggetto». Un approccio definitorio che, pur evocando i diritti, poco ha a che vedere con le classiche categorie civilistiche.

A voler inquadrare la situazione giuridica dell'utilizzatore nei consueti modelli formali a cui si riconducono le situazioni di godimento, dovremmo chiederci se si è di fronte ad un diritto personale oppure ad un diritto reale di godimento¹⁵, ad una situazione possessoria o di detenzione.

¹⁴ Le citazioni sono tratte dal Regolamento (UE) 2017/1986, che modifica il regolamento (CE) n. 1126/2008 che adotta taluni principi contabili internazionali conformemente al regolamento (CE) n. 1606/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda l'International Financial Reporting Standard 16. Quest'ultimo, nella Guida operativa contenuta nell'Appendice B, specifica ulteriormente il diritto di ottenere i benefici economici del bene e di deciderne l'utilizzo.

¹⁵ Sulla *summa divisio* un ampio quadro di riferimenti dottrinali è criticamente presentato e discusso da F. GIGLIOTTI, *Il fenomeno giuridico del godimento. Tra dimensione fattuale e rilevanza effettuale*, Napoli, 2008, pp. 107, 113 ss., 127, 131, 133 s., 147. Un'agile e puntuale messa a fuoco delle «conseguenze che comporta la qualificazione del contratto come costitutivo di un diritto personale anziché reale di godimento», da cui emerge una «varietà sconcertante, di rado giustificabile sul piano razionale», si deve a G. GABRIELLI, *La locazione e i contratti aventi*

L'interrogativo è tutt'altro che ridondante, visto che anni orsono una giurisprudenza di merito, proprio argomentando dalla natura personale del diritto di godimento dell'utilizzatore di beni in *leasing*, ebbe ad invalidare il bilancio del medesimo soggetto che aveva iscritto quei beni nell'attivo del proprio stato patrimoniale. La dottrina sul punto a tutt'oggi non offre indicazioni sicure¹⁶.

ad oggetto la concessione in godimento dei beni, in Riv. dir. civ., 2006, p. 330 ss. A giudizio di D. POLETTI, *Decadenza o metamorfosi dell'usufrutto? Spunti per una riflessione*, in *Le società*, 2016, 8-9, p. 937, se l'idea del frazionamento appare particolarmente congeniale al dominio nei tempi odierni, d'altra parte il mantenimento del rigore sistematico impone ancora di tener ferma, sotto il profilo rimediabile, la linea di confine tra diritti reali e diritti di credito o, meglio, diritti personali di godimento. Per un quadro di sintesi con richiami di dottrina, L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, cit., p. 35 s.

Da notare peraltro lo sfumare della linea di confine nella prassi internazionale ed europea, riscontrabile ad esempio nell'ampia definizione di locazione, a ben vedere comprensiva dei diritti reali minori (cfr. tra le altre Corte di Giustizia, 9 ottobre 2001, C-108/1999).

¹⁶ Il riferimento è ad App. Milano, 11 febbraio 1997, in *Le società*, 1997, 10, p. 1149 ss., con commento critico di G.E. COLOMBO, secondo la quale: «Nel caso in cui una società abbia stipulato un contratto di *leasing* immobiliare, non è corretto procedere alla capitalizzazione dei canoni di *leasing* nella misura corrispondente alla quota del canone imputabile al costo reale dell'immobile, e ciò per due ordini di motivi: in primo luogo, perché nell'attuale ordinamento non sono iscrivibili tra i valori attivi del patrimonio i diritti personali di godimento fra i quali sono sicuramente ricompresi i diritti di godimento derivanti dal contratto di locazione finanziaria quale ne sia l'oggetto (bene mobile od immobile), in secondo luogo perché fino all'esercizio del diritto di riscatto, l'utilizzatore resterà solamente un creditore della società di *leasing* per il riscatto dell'immobile». Da tale massima qualche anno dopo si discostava Cass., 26 maggio 2003, n. 8292, in *Boll. trib.*, 2003, 22, p. 1663 ss., con nota di L. ROSA, P. PALOMBINI, *Patrimonializzazione del costo dei beni presi in leasing*: «il metodo di contabilizzazione finanziario (...) per i beni concessi in locazione finanziaria anche se non riconosciuto dall'attuale sistema non si può considerare vietato». Analogamente, Comm. trib. reg. Lombardia, 11 luglio 2018, n. 4221, in <https://ilsocietario.it>, con commento di C. SOTTORIVA, *L'iscrizione del contratto di leasing con il metodo finanziario nel bilancio OIC*.

In dottrina, esclude la rilevanza della mera detenzione E. BOCCHINI, *Manuale di diritto della contabilità delle imprese*, Torino, 2008, p. 211, mentre F. COSSU, *Armonizzazione contabile e sistemi di informazione societaria*, Napoli, 2020, p. 117, invita a «riflettere sulla pregnanza delle mere situazioni di fatto», in cui si è ravvisata la «prova di uno svuotamento e soprattutto di una perdita di valore del "titolo giuridico", del diritto, in correlazione alla situazione di fatto». Alla quale peraltro, osservano L. DEL FEDERICO, S. GIORGI, *Forma e sostanza nei rapporti tra norme civilistico-contabili e norme fiscali*, in *Dir.prat.trib.internaz.*, 2017, n. 2, p. 397 s., non si può disconoscere a priori rilevanza giuridica: «Considerazioni non dissimili possono estendersi dalla rilevanza (giuridica) dei diritti obbligatori a quella (pur sempre giuridica) di mere situazioni di fatto cui il diritto attribuisce rilevanza. L'analisi basata su rischi e benefici, tipica della "sostanza" Ias/Ifrs guarda, infatti, al complessivo regolamento contrattuale, al comportamento effettivo

Nel contesto delle situazioni soggettive che scaturiscono dalla complessa operazione negoziale si è persino affacciata l'ipotesi della realtà della posizione dell'utilizzatore, rinvenuta nel regime dei rischi pressoché integralmente trasferiti al *lessee*¹⁷. Anche i benefici ritraibili dalla cosa vengono per lo più dirottati verso l'utilizzatore, al punto da svuotare di contenuto la proprietà del concedente¹⁸.

La locazione finanziaria è un contratto che consente un godimento interinale¹⁹, suscettibile di evolversi nella piena proprietà. Nonostante tale proiezione dinamica verso il dominio, la situazione del *lessee* è dall'opinione prevalente ricondotta nello schema del diritto relativo. Ciò considerando, da un lato la trama dei rapporti e quindi l'imprescindibile ruolo tanto del fornitore che del concedente/finanziatore²⁰, in vista del soddisfacimento

dei contraenti, anche successivo all'accordo, valorizzando, altresì la durata dello stesso, il rapporto tra il corrispettivo dedotto ed il *fair value* del bene. Ma non vi è nulla di economico in simili valutazioni. Basti pensare che è la stessa disciplina dell'interpretazione del contratto ad attribuire rilievo al comportamento complessivo delle parti, anche posteriore alla conclusione del contratto, alle prassi interpretative e commerciali (...). In assenza di una norma, non necessariamente di matrice civilistica, che autorizzi l'ingresso nel "mondo del diritto" di tali elementi (fatti, comportamenti, prassi), i medesimi nessuno spazio potrebbero trovare».

¹⁷ Così M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, p. 164 ss.

¹⁸ Cfr. le diverse riflessioni di A. MASTRORILLI, *Inadempimento del fornitore, rischio contrattuale, tutela dell'utilizzatore*, in *Foro it.*, 1993, I, cc. 1146, 1148, nonché L. DI NELLA, *Le Sezioni unite e "i" leasing: profili critici e ricostruttivi*, in *Rass.dir.civ.*, 1995, 2, p. 308 ss., critico verso una giurisprudenza di merito che dalla ritenuta appartenenza del bene in *leasing* al patrimonio dell'utilizzatore ne dedusse la responsabilità penale per distrazione di beni (delitto di bancarotta ex art. 216, n. 1, l. fall.).

¹⁹ In tal senso la ricostruzione di G. Buset, *Contratto, programma traslativo di scambio e godimento interinale*, in *Riv.dir.civ.*, 2019, 2, p. 377 ss., che propone un'analisi sintetica, con «lente unitaria» e dalle non trascurabili «potenzialità euristiche», volte ad enucleare la disciplina del «speculare godimento» a cui dà luogo il complesso fenomeno negoziale che spazia dal *leasing* traslativo al preliminare di vendita ad effetti anticipati, al *rent to buy*, in via di espansione anche sul piano legislativo, per fronteggiare la rigidità di modelli tipici quali la vendita con riserva di proprietà o l'ipoteca a favore dell'alienante. Si tratta di figure che, inquadrare in una prospettiva procedimentale, sono accomunate dalla «frantumazione della (ordinaria) istantaneità attuativa dell'operazione economica di scambio, delineata dal *consenso traslativo*», in cui la «situazione soggettiva reale viene piegata, nel periodo intermedio, ad una (precipua) funzione di garanzia del *programmato* alienante, laddove la diluizione esecutiva della controprestazione del trasferimento *internalizza* il finanziamento di cui abbisogna il *programmato* acquirente». Indagine ampiamente sviluppata dall'A. in *L'attribuzione interinale del godimento*, Napoli, 2021, *passim*.

²⁰ Il quale «si obbliga ad acquistare o a far costruire un bene su scelta e secondo le indicazioni dell'utilizzatore, che ne assume tutti i rischi, anche di perimento, e lo fa mettere a disposizione

dell'interesse al godimento del bene di cui è portatore l'utilizzatore, dall'altro lato la proprietà che, per quanto "denudata", rimane pur sempre ancorata, in funzione di garanzia, alla società di *leasing*.

3. Struttura e funzione del *leasing*: richiami e qualche spunto di riflessione

La funzione di garanzia appena evocata lascia trasparire la qualificazione del contratto di *leasing* in termini finanziari. Tale prospettiva è largamente accreditata, anche se non da tutti condivisa. Non c'è dubbio che i due contratti, di vendita (tra fornitore e *lessor*) e di *leasing* in senso stretto (tra *lessor* e *lessee*), nel comporre la complessa operazione, in sé e per sé considerati esprimono una ben diversa causa di scambio, rispettivamente tra bene e prezzo, tra godimento del bene e canoni. La causa di finanziamento, che non assume certo le sembianze del contratto di credito (art. 1813 c.c.), si può scorgere guardando sia alla qualità soggettiva del concedente (banca o intermediario finanziario)²¹, sia soprattutto all'operazione nel suo insieme, cogliendone cioè il tratto unitario, il risultato che scaturisce dalla combinazione dei due negozi, la cui interdipendenza è per lo più inquadrata nella categoria del collegamento negoziale, a sua volta desumibile da diverse circostanze, *in primis* le clausole contrattuali di rinvio da un contratto all'altro.

Obiettivo delle diverse ricostruzioni è soprattutto individuare adeguati rimedi a tutela dell'utilizzatore a fronte all'inadempimento del fornitore che, pur non essendo formalmente parte contrattuale del *lessee*, è da questi conosciuto e, prima ancora, individuato per trattare l'affare. Il che ha indotto alcuni (compresa una risalente, ma sporadica sentenza di legittimità) a ricostruire la fattispecie muovendo dalla effettiva dinamica socio-economica, quale unico contratto trilaterale, progressivamente formatosi tra fornitore (venditore), concedente (società di *leasing*) ed utilizzatore²².

per un dato tempo verso un determinato corrispettivo»: è la zione che si ricava dall'art. 1, co. 136, l. 4 agosto 2017, n. 124, *Legge per il mercato e la concorrenza*.

²¹ «Per locazione finanziaria si intende il contratto con il quale la banca o l'intermediario finanziario iscritto nell'albo di cui all'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385...» (art. 1, co. 136, l. n. 124/2017 cit.), da cui, secondo E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il contratto di leasing finanziario alla luce della legge n. 124/2017*, in *Nuova giur.civ.comm.*, 2019, II, p. 181, «si dovrebbe allora concludere che la causa del *leasing* nel quale sia previsto un diritto di riscatto ha sempre natura finanziaria e non traslativa, con la conseguenza di una netta separazione tra *leasing* e vendita con riserva di proprietà».

²² Sosteneva tale tesi già D. PURCARO, *I problemi di struttura del leasing*, in *Riv. it. leasing*, 1987, p. 543 ss., la cui ricostru-



Se dunque ad una (prevalente) visione atomistica, che ha avuto il problema di chiarire il nesso tra due contratti autonomi e tuttavia tra loro collegati, si è contrapposta una (minoritaria) visione unitaria, intenta a qualificare le dichiarazioni contenute nei formulari in uso nella prassi contrattuale, l'analisi causale ha oscillato tra un piano e l'altro, focalizzandosi ora sulla dimensione del singolo contratto, ora su quella dell'operazione complessivamente considerata. Ne è scaturito un ventaglio di proposte ricostruttive che nel *leasing* hanno di volta in volta ravvisato la funzione di scambio propria della locazione piuttosto che quella della vendita con riserva di dominio o, ancora, una combinazione tra l'uno e l'altro schema negoziale, talora richiamandosi pure alla figura del contratto misto.

La Cassazione, come noto, ha scomposto la figura del *leasing* finanziario nei due sottotipi del *leasing* di godimento e del *leasing* traslativo²³.

Largamente criticata in dottrina, tale distinzione di matrice giurisprudenziale è stata superata dagli interpreti che – dicevamo – hanno per lo più esaltato il profilo finanziario, anche se «ricostituire l'intera operazione all'unica matrice del finanziamento, se pur non errato, risulta riduttivo»²⁴.

Gli interessi in gioco sono ovviamente diversi, come del resto lo sono negli schemi contrattuali tipici. Il concedente intende realizzare un investimento remunerativo, il fornitore punta a collocare il be-

zione troverà un riscontro in Cass. 26 gennaio 2000, n. 854, in *Foro it.*, 2000, I, c. 2269, con la conseguente legittimazione attiva dell'utilizzatore all'esercizio dell'azione di risoluzione della vendita, pur con il coinvolgimento del concedente quale liticonsorte necessario. Poi però ha prevalso decisamente la tesi del collegamento negoziale, inteso da taluni in senso tecnico: cfr. tra gli altri R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, in V. Buonocore (diretto da), *Tratt.dir.comm.*, Torino, 2002, p. 282 ss.; in senso atecnico da Cass. 2 novembre 1998, n. 10926, mentre si mostra contrario G. DE NOVA, *Il contratto di leasing*, Milano, 1995, p. 34.

²³ Contrapposizione elaborata dalle storiche decisioni rese da Cass. nn. 5569, 5570, 5571, 5572, 5573, 5574 del 13 dicembre 1989, in *Foro it.*, 1990, I, c. 462 ss., con note di G. DE NOVA, *La Cassazione e il leasing: atto secondo*, e R. PARDOLESI, *Leasing finanziario: si ricomincia da due*, e in *Giur. it.*, 1990, I, c. 741 ss., con nota di R. CLARIZIA, "Nuova" figura di leasing e vecchi problemi: l'applicabilità dell'art. 1526 c.c., e poi confermata da Cass., sez. un., 7 gennaio 1993, n. 65, in *Foro it.*, 1994, I, c. 177. Distinzione che, si ricorderà, portava ad inquadrare le conseguenze della risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore, rispettivamente, nell'art. 1458 c.c. nel primo caso, nell'art. 1526 c.c. nel secondo. Per una discussione critica delle varianti della funzione di scambio nel leasing finanziario, da esaminare con attenzione alla funzione pratica del singolo contratto e, quindi, ai prodotti della prassi commerciale, cfr. tra gli altri N. VISALLI, *La problematica del leasing finanziario come tipo contrattuale*, in *Riv.dir.civ.*, 2000, II, p. 670 ss.

²⁴ È il giusto rilievo di G. LENER, *La qualificazione del leasing fra contratto plurilaterale ed "operazione giuridica"*, in *Studium iuris*, 2001, p. 1155.

ne sul mercato, l'utilizzatore a fruirne senza immobilizzare capitali per l'acquisto e potendone al contempo sfruttare da subito le utilità fino ad esaurimento, ovvero per un determinato periodo, salvo poi valutare la convenienza dell'acquisto. Tali interessi possono essere contestualmente soddisfatti attraverso lo schema negoziale che si dipana attraverso i due contratti di cui ognuno conserva la propria autonomia funzionale: da un lato la vendita, dall'altro il *leasing* in senso stretto. La prima è però strumentale e, al tempo stesso, attua un obbligo assunto dal concedente con l'altro contratto, sicché il pagamento del prezzo al fornitore indirettamente finanzia il godimento ed eventualmente l'acquisto del bene da parte dell'utilizzatore. La locazione così congegnata si atpeggia come finanziaria proprio perché realizza un finanziamento a scopo di godimento; lo scambio è tra valore d'uso e corrispettivo ovvero, in caso di riscatto, tra valore capitale del bene e corrispettivo diluito nel tempo.

Se questi sono gli effetti essenziali dell'operazione, tutti egualmente indefettibili, e se la causa del contratto, secondo l'insegnamento pugliattiano²⁵, è per l'appunto sintesi (non degli interessi, inesorabilmente differenziati, ma) degli effetti giuridici, non si vede ragione per privilegiarne alcuni ed oscurarne altri, oppure per relegare, come spesso accade, il risultato del complessivo assetto (soltanto) sul piano economico, senza configurare la causa che in concreto affiora dal nesso tra i due contratti²⁶.

Struttura e funzione dell'operazione di *leasing* sono state al centro di un lungo ed intenso dibattito e, a seconda della ricostruzione accolta, sono stati in vario modo risolti gli specifici problemi di disciplina che si pongono rispetto ad un contratto pur sempre atipico, che come tale può essere lacunoso. Il che in realtà non si verifica per il contratto di *leasing*, che di solito contiene un regolamento assai

²⁵ S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, ora in *Diritto civile. Metodo. Teoria. Pratica*, Milano, 1951, p. 111.

²⁶ Fermo restando i due contratti autonomi e distinti, rinveniva infatti una sovra-causa dell'intera operazione negoziale Cass., 27 luglio 2006, n. 17145, in *Foro it.*, 2006, c. 1740, con commenti adesivi di F. BRAVO, *L'unicità di regolamento nel collegamento negoziale: la «sovrapposizione contrattuale»*, in *Contratti*, 2004, 2, p. 128 ss.; E. FOCESATO, *Causa unitaria nell'ambito dell'operazione di leasing finanziario e tutela dell'utilizzatore: una svolta della Cassazione?*, in *I Contratti*, 2007, p. 379 ss.

In generale F. ALCARO, *Introduzione: dogmi, problemi e profili ricostruttivi*, in F. Alcaro (a cura di), *Causa del contratto. Evoluzioni interpretative e indagini applicative*, Milano, 2016, p. 22, osserva che «la causa può rivendicare una sua autonomia quale ragione di un determinato assetto d'interessi. Anche il riferimento all'unità dell'operazione economica, intesa come categoria, può dare conto della concreta funzione svolta da un determinato assetto di interessi».

elaborato, forgiato nella prassi della contrattazione in serie e ben difficilmente carente. Semmai il problema che più spesso le affligge è quello della dubbia liceità e meritevolezza di singole clausole sotto il profilo della allocazione dei rischi e dei costi tra la società di *leasing* ed il suo cliente. Perciò, nella prospettiva diffusamente avvertita di individuare un adeguato supporto rimediabile a tutela dell'utilizzatore, si è andati alla ricerca tra le norme sul contratto in generale e tra quelle sui singoli contratti tipici di previsioni che potessero rispondere all'esigenza di riequilibrare le posizioni giuridiche delle parti, specie in caso di inadempimento del fornitore (per mancata consegna o vizi della cosa) o dello stesso utilizzatore (per mancato pagamento dei canoni)²⁷.

Ma non è qui il caso di addentrarsi in una discussione che ha avuto ampi sviluppi sia in dottrina che in giurisprudenza e, negli ultimi anni, anche sul versante legislativo²⁸.

4. *Assessment del contratto di leasing nell'ottica della redazione del bilancio*

Facendo il punto su una riflessione svolta in un più ampio lavoro monografico pubblicato di recente²⁹, vorrei piuttosto cogliere alcuni profili della problematica rappresentazione in bilancio delle situazioni giuridiche che scaturiscono dall'operazione di *leasing*, nella consapevolezza che, «se dalla qualificazione giuridica del contratto non discende automaticamente la soluzione del problema contabile, non pare dubbio che la conformazione giuridica possa influenzare in modo rilevante la soluzione del problema contabile»³⁰.

Per quanto poco avvertito sia dagli aziendalisti che dai giuristi, un aspetto merita di essere sottolineato. Il redattore del bilancio inevitabilmente si fa interprete del contratto in tutte le sue parti e, in base al sopra richiamato principio di prevalenza della sostanza sulla forma, ne ricerca la causa concreta³¹.

Ma c'è di più. Per quanto qui interessa il già citato IFRS 16 mette a punto un minuzioso schema di *assessment* del contratto e, pur senza impiegare il concetto di causa, da sempre tra i più ostici e caleidoscopici della dogmatica giuridica³², evoca il principio di prevalenza della sostanza sulla forma. Poi, un fittissimo reticolo di requisiti ricavati dalle fattispecie più diverse della prassi negoziale fornisce la lente con cui “leggere” la complessa operazione, comprensiva tanto del *leasing* finanziario che di quello operativo³³. Ciò per addivenire ad una sistemazione contabile ispirata al metodo finanziario che, a differenza del tradizionale metodo patrimoniale, si reputa in grado di restituire una più compiuta e trasparente visione dell'impatto del *leasing* sulla situazione patrimoniale-finanziaria, sul risultato economico e sui flussi finanziaria dell'impresa.

Nel *leasing* finanziario, come detto, l'utilizzatore è indirettamente finanziato dal concedente, che paga per suo conto il prezzo d'acquisto al fornitore, il quale vende il bene in vista della locazione, ragion per cui deve consegnarlo direttamente al medesimo utilizzatore, messo così in condizione di trarre dalla cosa le utilità di cui essa è capace³⁴.

una questione è elemento che obbliga il redattore del bilancio ad una previa opera interpretativa dei fatti giuridici da rilevare e presentare in bilancio il cui processo può avere bisogno di una esplicazione nella nota integrativa (...) il principio *substance over form* enuncia in modo precettivo quale debba essere il metodo ermeneutico che deve guidare la redazione del bilancio (...). In questo senso non contiene uno scopo-valore nel senso proprio. Tale enunciato impone all'interprete di attingere al rapporto giuridico concreto e, con esso, al suo valore effettivo. Questo, nell'enucleare l'utilità ed interesse concreto che le parti hanno divisato nel contratto o operazione contrattuale, fa sì che il valore stimato e il titolo da rappresentare in bilancio non siano quelli apparenti, sebbene dichiarati, ma gli altri desunti dalla realtà, ossia dal mercato. Si pensi, per tutte, alla questione aperta che riguarda la rilevazione contabile del *leasing* operativo o finanziario. Ciò comporta che il sistema di rilevazione dei fatti giuridici da commutare in poste del bilancio pone al centro non più la rilevazione reddituale ma quella patrimoniale».

³² Cfr., per tutti, l'approfondita indagine di R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, *passim*.

³³ È la Guida operativa dell'IFRS 16 a fornire le indicazioni di dettaglio per interpretare le singole clausole; per identificare e qualificare il contratto come *leasing*, a tal fine è previsto un apposito diagramma; per definire il *right of use asset*; per tener conto del collegamento tra contratti; per valutare la durata del rapporto e le modifiche del regolamento contrattuale, ad esempio in conseguenza del Covid-19: v. G. DICUNZO, *Rilevazione e valutazione in bilancio delle operazioni di leasing. Problematiche applicative dopo l'introduzione dell'IFRS 16*, Torino, 2020, pp. 24, 33 ss., 85 ss., 120 (dove la precisazione che i locatari, ai fini dell'applicazione del nuovo principio contabile, hanno dovuto «analizzare gli accordi di leasing, anche con il supporto delle controparti, per comprendere le clausole e le condizioni contrattuali»).

³⁴ Detto con le parole di A. GAMBARO, *I beni*, in *Tratt. dir. civ. Cicu-Messineo*, Milano, 2012, p. 86, «le persone sono interessate alle utilità dei beni, ed anche in una prospettiva fiscalista si dovrebbe tener conto del dato di fatto per cui alle persone

²⁷ Su quest'ultima fattispecie v. ora art. 1, co. 136-140, l. 4 agosto 2017, n. 124.

²⁸ Nella vasta letteratura sul *leasing*, per aggiornate indagini ed estesi riferimenti di dottrina e giurisprudenza rinvio a C. BOITI, *Leasing e tutela dell'utilizzatore*, Napoli, 2020; V. VITI, *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, Roma, 2018; P. DE MARTINIS, *L'atipicità dei «nuovi» leasing: obbligo di subentro, patto di riacquisto ed altre «garanzie»*, Torino, 2018.

²⁹ A. BUCELLI, *Godimento dei beni d'impresa tra forma giuridica e sostanza economica. La locazione finanziaria*, Napoli, 2022.

³⁰ G. DE NOVA, *Norme vigenti e progetti di disciplina legislativa relativi all'attività di leasing in Italia*, in AA.VV., *La contabilizzazione delle operazioni di leasing*, Milano, 1983, p. 65.

³¹ E. CATERINI, *Il sistema giuridico del bilancio*, cit., pp. 98 ss., 193 s.: «La circostanza normativa che enuncia il principio in



Nel *leasing* operativo lo schema non è trilaterale ma bilaterale, non è presente l'intermediazione finanziaria di un terzo, concerne beni a rapida obsolescenza, né di solito è previsto il diritto di riscatto a scadenza di contratto. Lo scambio si realizza perciò tra valore d'uso del bene e canoni periodici.

Ciononostante, ai fini della rappresentazione in bilancio, il trattamento è ormai unitario ed obbedisce ad alcune fondamentali direttive³⁵:

- a) «Alla data di decorrenza il locatario deve rilevare l'attività consistente nel diritto di utilizzo e la passività del leasing» (n. 22); passività da determinare in base «al valore attuale dei pagamenti dovuti per il leasing non versati» (n. 26), comprensive del prezzo di esercizio dell'opzione di acquisto (n. 27) e degli interessi (n. 36);
- b) a seconda che si tratti di *leasing* finanziario od operativo³⁶, il locatore rileverà, nel primo caso, il credito corrispondente all'investimento netto (n. 67), nel secondo, dove non sussistono i presupposti di una sostanziale vendita (n. 86), le attività sottostanti (n. 88);
- c) nel rendiconto finanziario saranno evidenziati i pagamenti e le riscossioni, comprensivi sia della quota capitale che degli inte-

interessano le risorse generate dalle cose non le cose in sé, sicché si dovrebbe pur sempre osservare come il modello semplicistico che contempla una persona una cosa nello stesso istante di tempo (...) non può ambire a porsi come modello universale e meno che mai modello standard atto a costituire il terreno di incontro tra diverse tradizioni di ricerca».

³⁵ Le citazioni e i riferimenti che seguono senza altra indicazione sono tratti ancora dal Regolamento (UE) 2017/1986 richiamato *supra* al § 2 e, quindi, si riferiscono all'IFRS 16, la cui minuziosa disciplina è qui richiamata per quel che serve nell'economia della riflessione. Per un'esposizione di dettaglio, corredata da casi aziendali ed esempi numerici molto utili, v. E. ABATE, G.A. ACUNZO, N. FONTANA, *IFRS 16. Il nuovo principio contabile sul leasing*, Milano, 2018. Per ulteriori approfondimenti, specie con riguardo all'evoluzione dei principi contabili e ai contenuti dell'IFRS 16, si rinvia a G. DICUNZO, *Rilevazione e valutazione in bilancio delle operazioni di leasing*, cit., che (a pp. 32, 144) osserva: «L'adozione delle nuove norme contabili riduce la discrezionalità concessa ai redattori del bilancio, eliminando gli *off-balance sheet leases*. Le informazioni richieste dall'IFRS 16 forniscono agli utilizzatori dei bilanci gli elementi utili per valutare l'effetto dei contratti di leasing sulla situazione patrimoniale-finanziaria, sui risultati economici e sui flussi di cassa di un'impresa (...) L'applicazione delle nuove disposizioni assicura una maggiore comparabilità dei bilanci e consente un confronto diretto tra imprese che decidono di acquistare la proprietà dei beni e quelle che acquisiscono asset mediante leasing».

³⁶ «Un leasing è classificato come finanziario se trasferisce, sostanzialmente, tutti i rischi e i benefici connessi alla proprietà di un'attività sottostante. Un leasing è classificato come operativo se, sostanzialmente, non trasferisce tutti i rischi e i benefici derivanti da un'attività sottostante» (n. 62).

ressi relativi alle passività maturate per il *leasing* (n. 50);

- d) sotto il profilo economico l'utilizzatore, tra i componenti negativi di reddito, apposta da un lato l'ammortamento del *right of use* (n. 32), cioè delle utilità o parte di esse, a seconda della durata del contratto e della vita economica del bene, durevolmente acquisite alla combinazione produttiva e via via "consumate" nella gestione, dall'altro gli interessi (n. 37), a fronte del finanziamento ottenuto sotto forma di anticipazione del prezzo di acquisto del bene. Quindi i canoni³⁷ confluiranno tra i costi, ma non per l'intero ammontare, bensì soltanto – data la logica finanziaria che permea l'operazione – per la quota di interessi in essi incorporata. Tra i profitti il locatore indicherà gli interessi di competenza (*leasing* finanziario), ovvero il corrispettivo del godimento del bene (*leasing* operativo), oltre all'ammortamento, in quest'ultimo caso, delle attività sottostanti (nn. 81, 84, 90).

Così impostato il trattamento contabile degli effetti del contratto di *leasing*, il bilancio del concedente e soprattutto quello dell'utilizzatore forniranno un quadro fedele della situazione patrimoniale e finanziaria, nonché del risultato economico, una base informativa sufficiente e trasparente per una pluralità di destinatari.

Nel principio contabile IFRS 16 perde forza, dunque, la distinzione tra *leasing* finanziario e *leasing* operativo. Né vi è traccia esplicita della dicotomia, tutta domestica, tra *leasing* traslativo e *leasing* di godimento, che a lungo ha dominato la scena del diritto giurisprudenziale.

Oggi però quest'ultima contrapposizione, seppur generalizzante e basata su criteri incerti e scarsamente affidabili, tende ad essere bandita sin troppo sbrigativamente. Essa ha senz'altro il difetto di oscurare il profilo finanziario dell'operazione, tuttavia coglie l'esigenza di dar rilievo allo specifico regolamento contrattuale, alla "sostanza" dell'operazione di *leasing* nelle possibili varianti che di volta in volta si presentano nella prassi nego-

³⁷ Che sono comprensivi, precisa Cass. sez. un. 5 ottobre 2015, n. 19785, «in parte, del costo del bene ed in parte, degli interessi dovuti al finanziatore per l'anticipazione del capitale». Più compiutamente Cass. 2 novembre 1998, n. 10926: «l'obbligazione di pagamento del canone da parte dell'utilizzatore costituisce il corrispettivo del godimento del valore d'uso del bene che il concedente ha dal canto suo l'obbligo di procurargli, mentre è nella commisurazione del costo complessivo dell'operazione per l'utilizzatore che trova compenso l'anticipazione fatta dal concedente attraverso l'acquisto del bene preso il fornitore».

ziale, sotto il profilo dell'«interesse primario al godimento del bene»³⁸.

Dal momento che l'anticipazione del prezzo di vendita del bene ad opera del *lessor* consente al *lessee* di acquisirne le utilità fino ad esaurimento, oppure per un periodo inferiore alla sua vita economica e comunque per più esercizi, il valore del *right of use*, che risulta in tal modo acquisito al patrimonio aziendale dell'utilizzatore, insieme alle passività dovute per i canoni, non potranno rimanere estranei al suo bilancio.

In tale ottica tende a muoversi, senza però sclerotizzare la valutazione del contratto su questa o quella figura precostituita, il principio contabile internazionale IFRS 16, nel quale evapora del tutto la tradizionale *summa divisio* tra diritti reali e diritti personali di godimento.

Tale distinzione resiste sotto il profilo del riequilibrio delle posizioni contrattuali, ambito in cui vengono in considerazione istituti e rimedi propri del diritto delle obbligazioni e dei contratti (dall'adempimento al risarcimento del danno, all'arricchimento senza causa, alla buona fede, dalla risoluzione alla meritevolezza degli interessi), ma sfuma ai fini della redazione del bilancio di esercizio. Superata infatti la teoria del bilancio quale strumento di tutela di creditori e soci, il che implicava per un verso la rilevanza della proprietà e dei (soli) beni suscettibili di esecuzione forzata, per l'altro l'adozione di criteri prudenziali di valutazione, al medesimo documento contabile è oggi richiesto di fornire ad una ben più ampia platea di *stakeholders* elementi conoscitivi sufficienti in ordine, non soltanto agli afflussi e deflussi di risorse finanziarie, ma anche alle utilità acquisite – se del caso attraverso rapporti obbligatori – ed impiegate nella gestione.

5. Possibile «creare un linguaggio franco comune tra diritti romanistici e diritto anglosassone»?

Una notazione in chiusura, giusto per cogliere – come dire? – un clima, una linea di tendenza attuale.

Prestando attenzione alle tematiche dell'informativa di bilancio e in particolare al trattamento contabile del contratto di *leasing*, il civilista si troverà senz'altro ad attraversare un territorio per lui inconsueto. Non per questo l'incursione è da ritenere fuori luogo. L'argomento, pur dominato da principi e regole della tecnica contabile, dai principi contabili internazionali, da un lessico e da uno

strumentario giuridico che sempre più attingono ad ambienti di *common law*, si dimostra comunque ricco di riferimenti ad istituti e categorie del diritto civile, a cominciare dal richiamo alla formula già richiamata della «sostanza dell'operazione o del contratto» (art. 2423-*bis*, co. 1, n. 1-*bis*, c.c.).

Se l'analisi funzionale del *leasing* lascia intravedere un'operazione finanziaria volta all'acquisto di una situazione di godimento che, al di là della titolarità e di talune distinzioni sedimentate nell'esperienza giuridica italiana, valorizza la fruizione dei beni quale indice di qualificazione delle situazioni di appartenenza, il *right of use* cui fanno riferimento i principi contabili internazionali ripropone sullo sfondo la questione a suo tempo posta da Tullio Ascarelli, che assegnava al comparatista il compito di «creare un linguaggio franco comune tra diritti romanistici e diritto anglosassone»³⁹.

A quest'ultimo guarda con crescente attenzione, anche in base ad esplicite previsioni normative, la cultura economico-aziendale e la prassi contabile.

Ma anche il civilista, su molti argomenti, è ormai avvezzo a parlare inglese. E neppure lui può più sottrarsi al compito già lucidamente enunciato dall'insigne giurista. Con quali esiti sulla tenuta delle categorie tradizionali e dei fondamenti del sapere civilistico⁴⁰, si avrà modo di verificarlo in un futuro forse neanche troppo lontano.

³⁹ T. ASCARELLI, *Saggi giuridici*, cit., p. 106, osservava: «Il diritto inglese si fonda su una serie di strumenti giuridici meravigliosamente affinati onde rispondere a esigenze moderne, ignora a sua volta strumenti e concetti che sembrano elementari al giurista continentale che a sua volta ignora tali strumenti. Ne deriva una reale diversità di linguaggio. Compito del comparatista odierno è quello di creare un linguaggio franco comune tra diritti romanistici e diritto anglosassone». Obiettivo che nello specifico del tema qui esaminato sembra oggi perseguibile in base a quel che scrive A. NERVI, *Beni, proprietà, contratto e giustizia ecologica. Qualche riflessione sul diritto di proprietà*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2019, 1, p. 10: «Il tema della proprietà può costituire un punto di incontro e dialogo particolarmente fecondo tra esperienze giuridiche diverse. Anche la contrapposizione tra sistemi di *civil law* e sistemi di *common law*, ovvero – se si preferisce – quella tra proprietà come situazione soggettiva assoluta e proprietà come rapporto giuridico connotato da un fascio di utilità, è in fase di progressivo superamento, come si può facilmente riscontrare con un esame anche sommario della recente letteratura internazionale».

⁴⁰ Sulla «forza condizionante» delle vecchie categorie cfr. N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 219.

³⁸ Così Cass., Sez. un. 5 ottobre 2015, n. 19785.



TELEMEDICINA ED ESSENZA FIDUCIARIA DEL RAPPORTO DI CURA

| 470 Di Roberto Senigaglia

SOMMARIO: 1. *Il campo d'indagine: le pratiche di telemedicina.* — 2. *Le politiche europee volte a implementare la telemedicina.* — 3. *Il rapporto di cura attuato a distanza con dispositivi digitali.* — 4. *L'imprescindibile natura personale del rapporto medico-paziente.* — 5. *Il carattere necessariamente strumentale del dispositivo digitale impiegato nella telemedicina.* — 6. *L'aggravio del rischio. Il problema della protezione dei dati personali.* — 7. *Forme e "centri" di responsabilità.* — 8. *La proposta di Regolamento sull'IA.* — 9. *La proposta di Direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale.*

ABSTRACT. Delineato il contesto politico e normativo delle pratiche di telemedicina, il saggio ricostruisce la funzione delle stesse nel rapporto di cura tra medico e paziente, giungendo ad affermare il loro carattere necessariamente strumentale. Esclusa quindi la possibilità di demandare funzioni decisionali agli algoritmi impiegati in ambito sanitario, l'indagine si concentra sull'esposizione al rischio del paziente, senz'altro aggravata dall'utilizzo nella telemedicina di dispositivi medici intelligenti, nonché sulle diverse forme e centri di responsabilità.

After having outlined the political and regulatory framework of telemedicine practices, the essay depicts the function of telemedicine in the doctor-patient relationship, by affirming the instrumental nature of the former over the latter. Therefore, the sole algorithmic decision-making process in healthcare is excluded; quite the opposite, the analysis should focus on patient risk exposure, which is undoubtedly exacerbated in telemedicine practices due to the usage of intelligent medical devices. Finally, the article addresses the different types and "centres" of liability.



1. Il campo d'indagine: le pratiche di telemedicina

La trattazione del complesso fenomeno dell'*e-health* nel sistema italo-comunitario delle fonti esige, nella prospettiva di interesse dello studioso del diritto privato, anzitutto la delimitazione del campo di indagine.

Preso atto delle diverse modalità di impiego di dispositivi medici, più o meno intelligenti, i profili di maggiore problematicità giusprivatistica si individuano nella pratica della telemedicina definita, già nelle linee di indirizzo nazionali del 2014¹, come «modalità di erogazione di servizi di assistenza sanitaria tramite ricorso a tecnologie innovative, in particolare alle *Information and Communication Technologies (ICT)* in situazioni in cui il professionista della salute e il paziente (o due professionisti) non si trovano nella stessa località». Definizione, questa, che ha recepito quella dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (O.M.S.) del 1997².

Si tratta, dunque, di una pratica, nella quale il ricorso al dispositivo medico elettronico, o più in generale al congegno tecnologico, avviene nell'ambito di un trattamento sanitario, fungendo in sostanza da strumento che si inserisce, tendendo vieppiù ad assumere funzioni decisionali, nella «relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico» (art. 1, 2° co., l. 22.12.2017, n. 219).

* Il saggio attiene al progetto di ricerca «*Contratación de Servicios de Telemedicina: Actualidad y Desafíos Jurídicos*» (TED2021-129472B-00/MICINN "Next Generation EU"/PRTR).

¹ Linee di indirizzo d'intesa tra Ministero della Salute, Regioni e Province autonome di Trento e di Bolzano in https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_2129_allegato.pdf.

² Anche la Corte di cassazione ha recepito la definizione di «telemedicina» riferita a quelle pratiche mediche, per lo più diagnostiche, caratterizzate per la non «necessaria compresenza nel medesimo luogo del paziente e dell'operatore sanitario, operando quest'ultimo sulla esclusiva base di dati a lui pervenuti attraverso tecnologie informatiche il cui utilizzo, appunto, consente lo svolgimento di atti medici anche «fra assenti»», così, Cass. pen., 20 giugno 2019, n. 38485, in *Rass. dir. farm.*, 2021, II, 283. Anche la proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sullo Spazio Europeo dei Dati Sanitari COM(2022), 197 final, del 3 maggio 2022, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0197> definisce la telemedicina come «la prestazione di servizi di assistenza sanitaria, comprese l'assistenza a distanza e le farmacie online, mediante l'uso di tecnologie dell'informazione e della comunicazione, in situazioni in cui il professionista sanitario e il paziente (o più professionisti sanitari) non si trovano nello stesso luogo» (art. 2, par. 2, lett. l).

Selezionato così il nostro campo d'indagine, da esso rimangono escluse, tra l'altro, le questioni problematiche concernenti le *mHealth*, ovvero quelle tecnologie mobili di comunicazione *wireless* (*application* in *smartphone*, *smartwatch*, *tablet*, ecc.) messe a disposizione dal mercato ai consumatori per monitorare il proprio stato di salute³. Peraltro, in questi casi, quando lo strumento digitale si limita a raccogliere dei dati non si è in presenza di una prestazione tipicamente sanitaria; la quale necessita, invece, che alla fase di raccolta segua quella di diagnosi, ovvero «l'esame dei dati pervenuti in via telematica e il giudizio clinico da essi retraibile»⁴.

2. Le politiche europee volte a implementare la telemedicina.

Le politiche dell'Unione europea inserite nel programma *Next Generation EU* (varato dalla Commissione europea il 27 maggio 2020⁵), declinate nell'ambito della salute nel quinto pilastro («Salute e resilienza economica, sociale e istituzionale») del Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza (RRF: *Recovery and Resilience Facility*)⁶, sono indirizzate a promuovere l'implementazione delle pratiche di telemedicina⁷ nella consapevolezza dei loro indubbi vantaggi sia in termini di accesso effettivo alle prestazioni sanitarie e di lotta alle disuguaglianze sociali⁸ sia in termini di efficientismo

³ Su questo v. G. BINCOLETTI, *MHealth app per la telemedicina e il telemonitoraggio. Le nuove frontiere della telemedicina tra disciplina sui dispositivi medici e protezione dei dati personali*, in *BioLaw Journal*, 2021, IV, 382 ss.; C. IRTI, *L'uso delle "tecnologie mobili" applicate alla salute: riflessioni al confine tra la forza del progresso e la vulnerabilità del soggetto anziano*, in *Pers. merc.*, 2023, 34 ss.

⁴ Cass., 20 giugno 2019, n. 38485, cit. Nel caso di specie l'attività diagnostica era stata integralmente compiuta presso un ambulatorio specialistico, regolarmente autorizzato dalle autorità competenti. V. anche C. IRTI, *op. cit.*, 34, la quale segnala che «l'assenza di controllo da parte di un sanitario, esercitato anche solo a distanza, esclude che l'attività di monitoraggio possa essere fatta rientrare nel più definito ambito della c.d. telemedicina».

⁵ Il testo è reperibile in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0456&from=EN>.

⁶ Il Reg. UE 1241/2021 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, istitutivo del Dispositivo per la Ripresa e Resilienza è reperibile in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02021R0241-20230301>.

⁷ Per un *excursus* dei documenti eurounionali in materia di telemedicina e delle relative politiche v. L. FERRARO, *La telemedicina quale nuova (e problematica) frontiera del diritto alla salute*, in *Dir. inf.*, 2022, 841 s.

⁸ I vantaggi della robotica impiegata in medicina sono così efficacemente elencati da C. PERLINGIERI, *Responsabilità civile e robotica medica*, in *Tecn. dir.*, 2020, 174: «La robotica medica accelera il processo diagnostico e riduce gli errori; controlla, con maggiore accuratezza, una quantità di dati che impegnerebbero per mesi un'equipe di medici; contribuisce a trovare



dell'organizzazione del servizio sanitario, di diagnosi aggiornata, di somministrazione controllata delle terapie, di monitoraggio costante delle condizioni di salute del paziente⁹; ma pure nella piena coscienza degli elevati rischi a cui le medesime espongono la persona.

472 Anche il Reg. UE 2021/522 che istituisce un programma di azione dell'Unione in materia di salute per il periodo 2021-2027, tra le azioni finanziabili (art. 12) comprende quelle di «sostegno all'uso ottimale della telemedicina e della telesalute» e quelle volte a «promuovere la sanità elettronica, come il passaggio alla telemedicina e la somministrazione domiciliare delle terapie farmacologiche» (allegato I)¹⁰.

Ad esse si aggiungono le politiche avviate dall'Italia con il PNRR (Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza), la cui Missione sei è tutta rivolta a dare impulso alla medicina di prossimità e quindi alla diffusione della telemedicina¹¹.

Nello specifico, gli interventi previsti da questa missione intendono consolidare le prestazioni sanitarie erogate nel territorio attraverso il potenziamento e la creazione di «strutture e presidi territoriali (come le case della comunità e gli ospedali di comunità), il rafforzamento dell'assistenza domiciliare, lo sviluppo della telemedicina e una più efficace integrazione con tutti i servizi sociosanitari».

In linea con le raccomandazioni della Commissione europea, l'obiettivo fondamentale è potenziare l'assistenza domiciliare specialmente nei confronti

della popolazione anziana affetta da patologie croniche e/o non autosufficiente¹².

Proprio a queste finalità è rivolto l'investimento per potenziare i servizi di telemedicina, considerati, appunto, uno strumento adatto a ridurre i divari sociali e territoriali in termini di accesso alla sanità, nonché migliorare i percorsi terapeutici degli assistiti garantendo anche il monitoraggio da remoto, stando nel proprio domicilio, delle loro condizioni di salute.

Con specifico riguardo alla telemedicina, il PNRR segnala che «l'intervento si traduce nel finanziamento di progetti di telemedicina proposti dalle Regioni sulla base delle priorità e delle Linee guida definite dal Ministero della salute. I progetti potranno riguardare ogni ambito clinico e promuovere un'ampia gamma di funzionalità lungo l'intero percorso di prevenzione e di cura: teleassistenza, teleconsulto, telemonitoraggio e telerefertazione»¹³.

La pratica della telemedicina deve essere, inoltre, progettata in modo da interagire con il sistema sanitario digitalizzato (fascicolo sanitario elettronico, cartella clinica digitale, ecc.) sì da garantire, da un lato, al paziente, l'immediatezza della prestazione di cura, dall'altro il «nutrimento» della tecnologia intelligente¹⁴ (*recte*, degli algoritmi di intelligenza artificiale), con il maggior numero possibile di dati, sì da perfezionare, in modo sempre più aggiornato, i processi valutativi di carattere clinico.

3. Il rapporto di cura attuato a distanza con dispositivi digitali.

Tra le diverse forme di impiego della telemedicina, particolare interesse giuridico assumono quelle

soluzioni mediche per condizioni rare, mediante i *Big Data* sanitari; in ambito chirurgico potenzia la capacità di lavorare con sempre maggiore precisione; attenua la medicina difensiva, e non soltanto riducendo gli errori medici e le diagnosi sbagliate». Si veda anche G. CANGELOSI, *I servizi pubblici sanitari: prospettive e problematiche della telemedicina*, in *Dir. fam.*, 2007, 431 ss.

⁹ Cfr. L. FERRARO, *op. cit.*, 837 s., il quale riferisce che soprattutto nella prima fase della pandemia da COVID-19, a fronte della difficoltà di garantire l'assistenza sanitaria a pazienti affetti da altre malattie, «la telemedicina ha rappresentato un tentativo di risposta alla domanda di salute diversa da quella pandemica, nel rispetto del distanziamento».

¹⁰ Reperibile in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/LSU/?uri=CELEX:32021R0522>.

¹¹ Reperibile in <https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf>. Sul tema v. M. CIANCIMINO, *Protezione e controllo dei dati in ambito sanitario e intelligenza artificiale. I dati relativi alla salute tra novità normative e innovazioni tecnologiche*, Napoli, 2020, 36; C. IRTI, *op. cit.*, 33. Sulle diverse funzioni della telemedicina v. A. PIOGGIA, *La sanità nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 165 ss.; P. COSMAI, *Il PNRR Salute 2.0: lo sviluppo dell'assistenza domiciliare conta sulla telemedicina*, in *Azienditalia*, 2022, 1555 ss.; ID., *Il Governo torna sulla telemedicina: fissati i requisiti funzionali e i livelli di servizio*, in *Azienditalia*, 2023, 60 ss.

¹² Sullo specifico profilo problematico si rinvia a C. IRTI, *op. cit.*, 33 ss.

¹³ Il testo continua specificando che «per ottenere i finanziamenti, tuttavia, i progetti dovranno innanzitutto potersi integrare con il fascicolo sanitario elettronico, raggiungere i *target* quantitativi di *performance* legati ai principali obiettivi della telemedicina e del sistema sanitario nazionale, nonché garantire che il loro sviluppo si traduca in un'effettiva armonizzazione dei servizi sanitari. Saranno infatti privilegiati progetti che insistono su più regioni, fanno leva su esperienze di successo esistenti, e ambiscono a costruire vere e proprie «piattaforme di telemedicina» facilmente scalabili».

¹⁴ La proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (Legge sull'intelligenza artificiale) del 21 aprile 2021 (COM(2021) 206 final, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52021PC0206> definisce l'intelligenza artificiale come «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» (art. 3, par. 1, n. 1, così come emendato dal Parlamento europeo il 14 giugno 2023).



con finalità di diagnosi e di cura, quelle cioè che si insinuano in un rapporto di cura. Il livello di problematicità si intensifica quando il dispositivo medico impiegato è dotato di un *software* di intelligenza artificiale, che non si limita cioè a raccogliere dei dati, ma si spinge pure ad elaborarli in dialogo con altri dati, generando *output* che si traducono in decisioni sia in termini di diagnosi sia in termini di trattamento sanitario da praticare. Un ancor più elevato livello di problematicità si scorge quando la tecnologia intelligente sia preposta oltre che a definire la terapia da praticare anche ad “amministrare” la fase esecutiva giungendo pure, nel corso della stessa, a ri-pensare la cura.

Insomma, il ricorso alla tecnologia per gestire il rapporto di cura a distanza può conoscere diversi livelli di criticità giuridica, a mano a mano che si registra la tendenza del congegno impiegato a passare da una funzione meramente *strumentale* all’attività diagnostica e di cura condotta dal medico, limitandosi cioè a raccogliere e a trasmettere a quest’ultimo i dati sanitari del paziente, all’assunzione di un ruolo vieppiù *decisionale* quando sia dotato di congegni di intelligenza capaci di appropriarsi di una o di entrambe le attività (di diagnosi e di cura) tradizionalmente svolte dalla persona del medico¹⁵.

Ebbene, l’analisi dei rischi a cui è esposto il paziente a seguito dell’impiego di strumenti di telemedicina (teleassistenza, teleconsulto, telemonitoraggio, telerefertazione) e del relativo regime dei rimedi, richiede, prima di tutto, di fissare talune premesse assiologiche del rapporto di cura¹⁶.

È evidente che quando questo rapporto si svolge a distanza per il tramite del ricorso a dispositivi medici digitali, esso si atpeggia all’attenzione del giuri-

sta con caratteri del tutto inediti, dovuti proprio all’ingresso, nella dinamica personale del rapporto di cura, della tecnica. In altre parole, quel rapporto che tradizionalmente si consuma *soltanto* all’insegna della relazione fiduciaria tra medico e paziente¹⁷, oggi può conoscere non soltanto l’implicazione *strumentale* della tecnica ma finanche la *sostituzione*, ad opera di essa, del medico, consegnando il paziente alla decisione e all’attuazione dell’*output* dell’algoritmo¹⁸.

Di qui, allora, il tipo normativo di problema: può il ricorso alla telemedicina spingersi fino a questo punto ovvero a far oltrepassare all’algoritmo la funzione *strumentale* per farlo accedere a (e fargli assumere) una funzione decisionale?

4. L’imprescindibile natura personale del rapporto medico-paziente.

Guardando al sistema ordinamentale, l’esito da ultimo paventato pare giuridicamente non ammesso.

La stessa l. 22.12.2017, n. 219, contenente norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, struttura il rapporto di cura *esclusivamente* tra medico e paziente, nel senso dell’alleanza terapeutica e sul fondamento del consenso informato¹⁹ e della fiducia²⁰. È al medico

¹⁷ R. PUCCELLA, *La relazione di fiducia tra medico e paziente*, in *Resp. med.*, 2019, 75 ss.

¹⁸ Cfr. C. PERLINGIERI, *Responsabilità*, cit., 164, la quale osserva che «occorre superare una considerazione unitaria della robotica che pur ha consentito di prospettare anche la eventuale soggettività giuridica del *robot*, in favore di un’analisi che tenga conto delle peculiarità dei *robot*, delle particolari funzioni e utilizzazioni evidenziandone i compiti specifici riproducenti il lavoro umano e dunque le capacità funzionalizzate all’impiego, sì da consentire l’individuazione di soluzioni adeguate al caso concreto in ordine alla natura e ai criteri di imputazione della responsabilità civile anche mediante la messa in evidenza della gradualizzazione e della diversificazione delle attività svolte dai *robot*».

¹⁹ Il Garante per la Protezione dei dati personali (*Chiarimenti sull’applicazione della disciplina per il trattamento dei dati relativi alla salute in ambito sanitario*, 7 marzo 2019, in <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9091942>) individua tra le categorie di trattamenti che esigono il consenso esplicito dell’interessato: «a) trattamenti connessi all’utilizzo di App mediche, attraverso le quali autonomi titolari raccolgono dati, anche sanitari dell’interessato, per finalità diverse dalla telemedicina oppure quando, indipendentemente dalla finalità dell’applicazione, ai dati dell’interessato possono avere accesso soggetti diversi dai professionisti sanitari o altri soggetti tenuti al segreto professionale».

²⁰ Cfr. P. ZATTI, *op. cit.*, 247 ss.; M. FOGLIA, *op. cit.*, 89 ss.; A. GORASSINI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento nella dimensione della c.d. vulnerabilità esistenziale*, in *Annali SISDIC*, II, 2018, 23 ss.; L. BOZZI, *La legge sulle disposizioni anticipate di trattamento tra esigenze di bilanciamento e rischi di assolutizzazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*,

¹⁵ In proposito v. F. LAGIOIA, *L’intelligenza artificiale in sanità: un’analisi giuridica*, Torino, 2020; C. PERLINGIERI, *L’incidenza dell’utilizzazione della tecnologia robotica nei rapporti civilistici*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 1241 ss.; L. FERRARO, *op. cit.*, 855; G. DI ROSA, *Quali regole per i sistemi automatizzati “intelligenti”?*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 832 ss.

¹⁶ Sul tema si rinvia a P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 247 ss.; M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018, *passim*; R. SENIGAGLIA, «Consenso libero e informato» del minore tra capacità e identità, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 1318 ss.; M. BIANCA, *La legge 22 dicembre 2017 n. 219. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Prime note di commento*, in *Famiglia*, 2018, 109 ss.; C. ROMANO, *Legge in materia di disposizioni anticipate di trattamento: l’ultrattività del volere e il ruolo del notaio*, in *Notariato*, 2018, 15 ss.; G. FERRANDO, *Rapporto di cura e disposizioni anticipate nella recente legge*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2018, 47 ss.; M. AZZALINI, *Legge n. 219/2017: la relazione medico-paziente irrompe nell’ordinamento positivo tra norme di principio, ambiguità lessicali, esigenze di tutela della persona, incertezze applicative*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 8 ss.



che compete il (la “amministrazione” del) trattamento sanitario, sin dalla fase della sua definizione, accompagnata dall’obbligo — strettamente funzionale alla realizzazione del diritto fondamentale all’autodeterminazione terapeutica — di informare il paziente sui contenuti e sulle conseguenze, ma anche sui mezzi impiegati e, in caso di congegni di IA, sui rischi e i benefici degli stessi, sempre tenendo conto, in concreto, delle condizioni culturali, psicologiche, di età e di maturità in cui versa il paziente²¹.

Il carattere empatico e la fiducia che connotano la relazione umana assumono peculiare evidenza proprio nel momento dell’informazione, la quale va dal medico selezionata e determinata nelle modalità comunicative allo scopo di mettere l’interessato nelle condizioni di scegliere liberamente ovvero di acconsentire o di rifiutare il trattamento (art. 1, 2° co.)²². La stessa attività di informazione si radica sulla fiducia, sulla relazione, essendo funzionale non soltanto alla cura della malattia, ma anche al prendersi cura della persona dell’interessato; tant’è che, in caso di rifiuto di trattamenti necessari per la sopravvivenza, il medico non può abbandonare il paziente alla sua scelta, ma lo deve informare sulle conseguenze di quanto ha deciso e su eventuali percorsi alternativi di cura (art. 1, 5° co.).

Oltretutto, il medico deve praticare trattamenti sanitari eticamente compatibili, tanto che può rifiutare le richieste del paziente che siano contrarie alla legge, alla deontologia professionale e alle buone pratiche clinico assistenziali (art. 1, 6° co.).

Ancora, in caso di prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, al medico è demandato il compito di definire il livello di *ragionevolezza* della somministrazione della cura nonché di *utilità* e *proporzionalità* dei trattamenti sanitari (art. 2); tutti principi, questi, il cui contenuto va definito te-

nendo conto, contestualmente, della malattia e della personalità del paziente.

Infine, nel caso in cui il paziente abbia redatto delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT), il medico, d’accordo (in dialogo dialettico) con il fiduciario, può anche disattenderle se ravvisa in esse delle incongruità evidenti o se le ritiene non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente o qualora scorga l’esistenza di terapie non esistenti all’atto della sottoscrizione delle DAT in grado di offrire al paziente la possibilità concreta di migliorare le proprie condizioni di vita (art. 4, 5° co.)²³.

Si è al cospetto, insomma, di percorsi valutativi discrezionali²⁴, da condurre necessariamente caso per caso con la sensibilità culturale del professionista che ha in cura la persona; valutazioni, quindi, che si radicano nell’essenza comunione del rapporto di cura consistente nella interazione fiduciaria tra medico e paziente: il paziente si deve fidare del medico perché l’ordinamento lo affida a lui, e se non si fida può rifiutare la sua prestazione. È nella comunicazione che si radica questo tipo di fiducia, tanto che è la stessa legge a sancire che «il tempo della comunicazione tra medico e paziente è tempo di cura» (art. 1, 8° co.)²⁵.

5. Il carattere necessariamente strumentale del dispositivo digitale impiegato nella telemedicina.

Gli adempimenti e i processi decisionali sanitari, che esigono di tener conto non soltanto dei parametri biologici e fisiologici del paziente, ma pure della sua dimensione personale nell’orizzonte della dignità²⁶, non sono pertanto consentiti all’algoritmo²⁷,

2018, 1351 ss.; G. DI ROSA, *La relazione di cura e di fiducia tra medico e paziente*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 26 ss.; R. PUCELLA, *op. cit.*, 77 ss.; T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, 2021, 48 ss.

²¹ Si veda C. DE MENECH, *Intelligenza artificiale e autodeterminazione in materia sanitaria*, in M. FACCIOLI (a cura di), *Profili giuridici dell’utilizzo della robotica e dell’intelligenza artificiale in medicina*, Napoli, 2022, 17 ss.; A. MARCHESE, *Profili civilistici dell’Information Technology in ambito sanitario*, Napoli, 2021, 351 ss.; R. TUCILLO, *Intelligenza artificiale e prestazioni sanitarie: impatto sulla relazione di cura e sullo statuto della responsabilità*, in *Dir. merc. tecn.*, 16 maggio 2022, 35; questo a. osserva che «l’aspetto più complesso attiene alla difficoltà di comunicare — e prima ancora di comprendere — il processo, spesso opaco e carente di trasparenza, che porta la intelligenza artificiale al responso. La verificabilità dell’*output* della macchina non solo è spesso complessa sotto il profilo cognitivo, ma è, talvolta, impedita dalla segretezza industriale che copre l’algoritmo». V. anche C. IRTI, *op. cit.*, 37 ss.

²² L. FERRARO, *op. cit.*, 851 ss.; A. MARCHESE, *op. cit.*, 123 ss.

²³ Su questo profilo problematico si rinvia a F.G. PIZZETTI, *Prime osservazioni sull’istituto delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT) previsto dall’art. 4 della legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *BioLaw Journal*, 2018, I, 59 ss.; A. APRILE e M. PICCININI, *Richieste “incongrue” del paziente ed obblighi del medico. Uno sguardo clinicamente orientato oltre l’obiter di Cass.*, n. 29469/2020, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 669 ss.

²⁴ Così R. TUCILLO, *op. cit.*, 10 s.

²⁵ Cfr. F. PIROZZI, *Il diritto all’autodeterminazione nell’attività sanitaria*, in *Riv. it. med. leg.*, 2020, 111 s.

²⁶ P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009, 34 ss.; ID., *La dignità dell’uomo e l’esperienza dell’indegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 377 ss.; S. RODOTÀ, *La rivoluzione della dignità*, Napoli, 2013, 13 ss.; C.M. MAZZONI, *Dignità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 161 ss.; V. SCALISI, *L’ermeneutica della dignità*, Milano, 2018, *passim*; F.D. BUSNELLI, *La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà*, in *Nuovo dir. civ.*, 2019, 33 ss.

²⁷ Si veda, in proposito, C. PERLINGIERI, *Responsabilità*, cit., 175.



per quanto “intelligente” possa definirsi, e comunque sono ad esso sottratti dalla legge.

Nel rapporto di cura, dunque, è sempre indispensabile la presenza del medico ed è sempre necessario impiegare il dispositivo digitale in funzione meramente *strumentale* all’attività del medico, senza alcuna autonomia di carattere decisionale.

La conferma di questo esito ricostruttivo proviene pure dalle fonti di *soft law*.

Il Codice di Deontologia richiede al medico, che nel trattamento sanitario ricorra all’utilizzo di strumenti informatici (tecnologie di informazione e comunicazione di dati clinici), di acquisire il consenso del paziente, di tutelare la sua riservatezza e sicurezza, nonché di perseguire «l’appropriatezza clinica» e di adottare «le proprie decisioni nel rispetto degli eventuali contributi multidisciplinari, garantendo la consapevole partecipazione della persona assistita»²⁸. L’effettività della dimensione relazionale e fiduciaria del rapporto di cura è ulteriormente garantita nel passaggio in cui è fatto obbligo al medico che fa ricorso alla tecnologia ai fini di prevenzione, diagnosi, cura o sorveglianza clinica, di attenersi ai principi di «proporzionalità, appropriatezza, efficacia e sicurezza», nel rispetto dei diritti della persona e degli indirizzi applicativi allegati» (art. 78), il cui contenuto deve essere definito in ragione anzitutto del contesto e della dimensione personale del paziente. E negli indirizzi applicativi allegati all’art. 78, al punto 6 è fatto divieto al medico, che utilizza sistemi telematici, di «*sostituire* la visita medica che si sostanzia nella relazione diretta con il paziente, con una relazione esclusivamente virtuale», consentendogli soltanto di «utilizzare gli strumenti di telemedicina per le attività di rilevazione o monitoraggio a distanza, dei parametri biologici e di sorveglianza clinica»²⁹.

Insomma, le parti del rapporto di cura restano il medico/la struttura sanitaria e il paziente. Il dispositivo digitale impiegato, sia pure intelligente, deve essere utilizzato soltanto come servizio/prestazione

sanitaria³⁰ e fonte di conoscenza per il medico, anche quando possa spingersi ad elaborare i dati clinici del paziente in un ambiente dialettico basato sui *Big Data*³¹, giungendo ad *output* che definiscono il tipo di trattamento sanitario ritenuto più adatto alla situazione clinica del paziente. Deve, pertanto, competere esclusivamente al medico la indispensabile valutazione personalistica e personalizzata della bontà del trattamento; attività questa di cui è incapace l’algoritmo, il quale, per questo, non può, in alcun modo, subentrare al medico sostituendosi a lui nel rapporto di cura.

Nello stesso ordine di senso si pongono pure le Linee guida per i servizi di telemedicina approvate con Decreto del Ministero della Salute il 21 settembre 2022³², alla cui conformità il PNRR subordina i progetti di telemedicina proposti dalle Regioni³³. Esse confermano e rafforzano il ruolo decisionale del medico, demandando a lui non soltanto la valutazione della compatibilità del dispositivo medico alle condizioni di salute del paziente, ma pure l’idoneità di quest’ultimo a utilizzare in modo corretto e sicuro lo strumento tecnologico. Nello specifico, preso atto che l’utilizzo dei servizi di telemedicina da parte dei pazienti richiede delle specifiche competenze e dotazioni tecnologiche, unite alla sussistenza di condizioni cliniche compatibili, le Linee guida riservano l’accesso ad essi ai soli pazienti che, all’esito di un accertamento e di un giudizio insindacabile del medico, risultino «*eleggibili* dal punto di vista clinico, tecnologico, culturale e di au-

³⁰ Cfr. R. TUCILLO, *op. cit.*, 32. L’a. osserva, in proposito, che «facendo applicazione dei principi espressi dalla giurisprudenza, che, in materia ospedaliera, ha costantemente ricordato come quella dell’ospedale sia una prestazione di assistenza nel dare degenza ai pazienti e nel mettere a disposizione degli stessi e del personale sanitario gli strumenti necessari per poter operare, è possibile ritenere che l’intelligenza artificiale faccia parte di quell’insieme di servizi e prestazioni che viene offerto dall’ente pubblico o privato». Il riferimento giurisprudenziale è, in particolare, a Cass., 8 marzo 2016, n. 4540, in *Resp. civ. prev.*, 2016,1632 ss.

³¹ *Big Data* da intendere come «massivi dati digitali costituiti dalle tracce delle informazioni personali rilasciate nell’ambiente mediante l’uso di tecnologie informatiche: si tratta di dati di enorme quantità, provenienti da fonti eterogenee, generati con grande velocità e pervasività»; così Comitato Nazionale per la Bioetica, *Tecnologie dell’informazione e della comunicazione e big data: profili bioetici*, 25 novembre 2016, in https://bioetica.governo.it/media/1802/p124_2016_tecnologie_informazione_comunicazione_it.pdf.

³² Gazzetta ufficiale 2 novembre 2022, n. 256 (in <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2022/11/02/22A06184/sg>). Le Linee guida hanno l’obiettivo di fornire un supporto tecnico alle Regioni per la progettazione dei servizi di telemedicina afferenti alla Missione sei del PNRR.

³³ Sui contenuti delle Linee guida si veda P. COSMAI, *Il Governo*, cit., 57 ss.

²⁸ Il Codice di Deontologia Medica è reperibile in <https://portale.fnomceo.it/wp-content/uploads/2020/04/CODICE-DEONTOLOGIA-MEDICA-2014-e-aggiornamenti.pdf>.

²⁹ Così negli «Indirizzi applicativi allegati all’art. 78 del Codice deontologico. Tecnologie informatiche», in https://www.omceo.me.it/ordine/cod_deo/indirizzi_applicativi_allegati_art_78.pdf. Al n. 7 si aggiunge che «il medico, nell’utilizzo di strumenti di informazione e comunicazione di dati clinici, deve tener conto della proporzionalità, necessità e sicurezza degli interventi, nonché della eticità delle prestazioni e della deontologia dei comportamenti, al fine di conseguire la massima appropriatezza clinica e gestionale e la sostenibilità dell’uso delle risorse disponibili. Il medico nell’utilizzazione degli strumenti tecnologici di cui sopra utilizza gli stessi principi e criteri generali che regolano l’utilizzazione di qualsiasi altro strumento finalizzato all’esercizio della sua professione».

tonomia» o che dispongano di un *caregiver* altrettanto idoneo alla fruizione dei servizi medesimi³⁴.

6. L'aggravio del rischio. Il problema della protezione dei dati personali.

| 476

Appurato che l'innesto della tecnica nel rapporto di cura non incide sul profilo soggettivo del rapporto, che mantiene intatta la sua struttura bilaterale (tra medico e paziente), il problema si concentra sull'aggravio dei rischi a cui è esposto il paziente a seguito dell'utilizzo *strumentale* di dispositivi medici digitali. Rischi che si intensificano ulteriormente quando lo strumento tecnologico è intelligente, preposto cioè non soltanto alla raccolta dei dati del paziente, ma pure alla loro elaborazione algoritmica in un sistema di *Big Data*³⁵.

Ebbene, un profilo problematico che senz'altro si ravvisa concerne la protezione dei dati personali del paziente, atteso che lo strumento di telemedicina che raccoglie i dati sanitari pone in essere un vero e proprio trattamento a norma dell'art. 4, par. 1, n. 2), GDPR, che può anche prevedere la diffusione e la trasmissione dei dati raccolti pure per finalità che eccedono le cure sanitarie da impartire all'interessato³⁶.

I *device* di telemedicina sono in grado non soltanto di monitorare costantemente i parametri biologici e fisiologici del paziente, ma pure di raccogliere dati relativi al suo stile di vita, e di mettere in dialogo gli uni con gli altri al fine di generare *output* personalizzati.

Ebbene, tutti questi dati se vengono selezionati, raccolti ed elaborati in funzione dell'accertamento delle condizioni di salute dell'interessato costituiscono pur sempre «dati relativi alla salute», definiti, appunto, dall'art. 4, n. 15, GDPR come «i dati per-

sonali attinenti alla salute fisica o mentale di una persona fisica, compresa la prestazione di servizi di assistenza sanitaria, che rivelano informazioni relative al suo stato di salute»³⁷.

Costituendo una categoria particolare di dati personali, essi vanno trattati a norma dell'art. 9, GDPR³⁸: con specifico riguardo all'ambito problematico della telemedicina, la base giuridica del trattamento può essere integrata da necessità legate, oltre che a finalità di cura³⁹, cioè per «diagnosi, assistenza o terapia sanitaria o sociale ovvero gestione dei sistemi e servizi sanitari o sociali sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri o conformemente al contratto con un professionista della sanità»⁴⁰ (art. 9, par. 2, lett. h) — subordinata al fatto che il trattamento avvenga ad opera e sotto la responsabilità di un professionista soggetto al segreto professionale o da altra persona pur sempre assoggettata a obblighi di segretezza, conformemente al diritto dell'Unione o degli Stati membri o alle norme stabilite dagli organismi competenti⁴¹ — anche a «motivi di interesse pubblico sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri» (art. 9, par. 2, lett. g) o a «motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica, quali la protezione di gravi

³⁷ Sul tema si veda, in particolare, l'ampia trattazione di A. MARCHESE, *op. cit.*, 153 ss.

³⁸ Si rinvia a M. CIANCIMINO, *op. cit.*, 14 s.; C. IRTI, *op. cit.*, 36 s.

³⁹ Con riferimento alle *app* che raccolgono dati sanitari, M. CIANCIMINO, *op. cit.*, p. 73 opportunamente segnala che occorre distinguere «fra *app* con finalità di telemedicina, generalmente utilizzate di concerto con un professionista sanitario, che, in virtù della specifica finalità svolta, sono esonerate dal richiedere il consenso esplicito per il trattamento dei dati dell'utente strettamente relativi al fine terapeutico; e *app* che raccolgono e trattano dati sanitari per fini diversi. (...) Queste ultime sono sottoposte agli ordinari vincoli sulla protezione dei dati personali, in particolare la necessità del consenso esplicito dell'utente al loro trattamento».

⁴⁰ Il Garante per la protezione dei dati personali (*Chiarimenti sull'applicazione della disciplina per il trattamento dei dati relativi alla salute in ambito sanitario*, 7 marzo 2019, cit.) ha precisato che le finalità di cura sono soltanto quelle essenziali; per quelle non essenziali è necessario il consenso o la ricorrenza di un'altra base giuridica.

⁴¹ Sempre il Garante (*Chiarimenti sull'applicazione della disciplina per il trattamento dei dati relativi alla salute in ambito sanitario*, 7 marzo 2019, cit.) segnala che questa situazione «presenta alcune peculiarità che ne caratterizzano l'applicabilità. Al riguardo, si precisa, innanzitutto, che i trattamenti per finalità di cura sulla base dell'articolo 9, par. 2, lett. h e par. 3 del Regolamento, sono propriamente quelli effettuati da (o sotto la responsabilità di) un professionista sanitario soggetto al segreto professionale o da altra persona anch'essa soggetta all'obbligo di segretezza. Diversamente dal passato, quindi, il professionista sanitario soggetto al segreto professionale, non deve più richiedere il consenso del paziente per i trattamenti necessari alla prestazione sanitaria richiesta dall'interessato, indipendentemente dalla circostanza che operi in qualità di libero professionista (presso uno studio medico) ovvero all'interno di una struttura sanitaria pubblica o privata».

³⁴ Cfr. P. COSMAI, *op. ult. cit.*, 58.

³⁵ In proposito, L. FERRARO, *op. cit.*, 846 s.

³⁶ Specifica, in proposito, il considerando 35 Reg. UE 2016/679: «Nei dati personali relativi alla salute dovrebbero rientrare tutti i dati riguardanti lo stato di salute dell'interessato che rivelino informazioni connesse allo stato di salute fisica o mentale passata, presente o futura dello stesso. Questi comprendono informazioni sulla persona fisica raccolte nel corso della sua registrazione al fine di ricevere servizi di assistenza sanitaria o della relativa prestazione di cui alla direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio; un numero, un simbolo o un elemento specifico attribuito a una persona fisica per identificarla in modo univoco a fini sanitari; le informazioni risultanti da esami e controlli effettuati su una parte del corpo o una sostanza organica, compresi i dati genetici e i campioni biologici; e qualsiasi informazione riguardante, ad esempio, una malattia, una disabilità, il rischio di malattie, l'anamnesi medica, i trattamenti clinici o lo stato fisiologico o biomedico dell'interessato, indipendentemente dalla fonte, quale, ad esempio, un medico o altro operatore sanitario, un ospedale, un dispositivo medico o un test diagnostico *in vitro*».





minacce per la salute a carattere transfrontaliero o la garanzia di parametri elevati di qualità e sicurezza dell'assistenza sanitaria e dei medicinali e dei dispositivi medici sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri» (art. 9, par. 2, lett. i), ma pure a fini di «archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici in conformità dell'art. 89, par. 1, sulla base del diritto dell'Unione o nazionale» (art. 9, par. 2, lett. j).

I dispositivi medici digitali intelligenti impiegati nella telemedicina potrebbero, inoltre, dar luogo ad attività di profilazione ogniqualvolta l'algoritmo, facendo interagire i dati personali del paziente con il sistema dei *Big Data*, compie delle analisi o previsioni di aspetti riguardanti la sua salute (art. 4, par. 1, n. 4, GDPR)⁴².

In proposito, l'art. 22, par. 1 e 4, GDPR conferma le coordinate di principio del rapporto di cura che abbiamo poc'anzi tracciato: il medico *non può* recepire acriticamente la decisione algoritmica «basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione». Peraltro, *nel rapporto di cura* questo divieto assume sempre *carattere assoluto*, neutralizzando pure l'operatività delle esimenti previste dal par. 2 coordinato con il par. 4⁴³; sicché, anche in presenza del consenso esplicito dell'interessato, il comportamento acritico del medico risulterebbe comunque illecito alla luce delle disposizioni normative poc'anzi evocate, le quali strutturano il rapporto medico-paziente all'insegna della interazione soggettiva che trova la sua essenza nella fiducia, tipica delle relazioni umane.

In virtù della previsione dell'art. 9, par. 4, GDPR — il quale sancisce che «gli Stati membri possono mantenere o introdurre ulteriori condizioni, comprese limitazioni, con riguardo al trattamento di dati genetici, dati biometrici o dati relativi alla salute» — il Codice in materia di protezione dei dati personali (c.d. Codice privacy, d. lg. 30.6.2003, n. 196, così come novellato dal d. lg. 10.8.2018, n. 101 e ulteriormente modificato), dedica alcune norme specifiche ai dati sanitari, vietandone, in particolare, la diffusione⁴⁴.

Segnatamente, quanto al trattamento di dati sanitari per finalità di interesse pubblico rilevante, l'art. 2 *sexies*, 1° co., lo consente soltanto quando è previsto da una fonte normativa. Relativamente, poi, ai dati privi di elementi identificativi diretti, il comma

1 *bis* (introdotto dal d.l. 8.10.2021, n. 139 convertito dalla l. 3.12.2021, n. 205) consente il trattamento, nei limiti delle finalità istituzionali di ciascuno, i) al Ministero della salute, all'Istituto superiore di sanità, all'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali, all'Agenzia italiana del farmaco, all'Istituto nazionale per la promozione della salute delle popolazioni migranti e per il contrasto delle malattie della povertà, nonché ii), relativamente ai propri assistiti, alle Regioni «anche mediante l'interconnessione a livello nazionale dei sistemi informativi su base individuale del Servizio sanitario nazionale». Il comma 2, inoltre, considera rilevante l'interesse pubblico relativo ai trattamenti in specifiche materie, puntualmente elencate, di cui si occupano soggetti che svolgono compiti di interesse pubblico o connessi all'esercizio di pubblici poteri, tra cui rientrano i «(...) u) compiti del servizio sanitario nazionale e dei soggetti operanti in ambito sanitario, nonché compiti di igiene e sicurezza sui luoghi di lavoro e sicurezza e salute della popolazione, protezione civile, salvaguardia della vita e incolumità fisica».

Il consenso dell'interessato è pure non necessario nei casi in cui i dati sanitari vengano utilizzati per ricerche scientifiche in campo medico, biomedico o epidemiologico effettuate in base a una specifica disposizione di legge e sia condotta e resa pubblica una valutazione d'impatto ex artt. 35 e 36, GDPR; o, ancora, quando, previo parere del competente Comitato etico a livello territoriale e consultazione del Garante, non sia possibile richiedere il consenso o ciò implichi uno sforzo sproporzionato o rischi di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento delle finalità della ricerca (art. 110, d. lg. 30.6.2003, n. 196)⁴⁵.

La normativa nazionale vieta, infine, la diffusione dei dati relativi alla salute, così come dei dati genetici e biometrici, il cui trattamento è soggetto, peraltro, al rispetto delle misure di garanzia adottate dal Garante per la protezione dei dati personali ai sensi dell'art. 2 *septies* (art. 2 *septies*, ultimo comma)⁴⁶.

Nonostante nei casi appena indicati dalle fonti anzidette il trattamento dei dati sanitari possa lecitamente avvenire anche senza il consenso dell'interessato, il titolare deve comunque adempiere gli obblighi di informazione sanciti dagli artt. 13 e 14, GDPR. Nelle questioni di cui ci stiamo occu-

⁴² Sul tema v. B. PARENZO, *Profilazione e discriminazione. Dal GDPR alla Proposta di Regolamento sull'IA*, in *Tecn. dir.*, 2023, 105 ss.

⁴³ Un discorso diverso va fatto con riferimento alla profilazione operata per altre finalità; in tal caso il par. 4 dell'art. 22 GDPR fa salva l'ipotesi in cui «sia d'applicazione l'art. 9, par. 2, lett. a) o g), e (...) siano in vigore misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato».

⁴⁴ Cfr. C. IRTI, *op. cit.*, 38.

⁴⁵ Sul punto si rinvia ad A. BERNES, *La protezione dei dati personali nell'attività di ricerca scientifica*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 175 ss.

⁴⁶ In proposito, si considerino i contenuti della proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sullo Spazio Europeo dei Dati Sanitari COM(2022), 197 final, del 3 maggio 2022, cit.

pando, gli artt. 78, 79 e 80 del Codice privacy pongono questo adempimento in capo a diversi soggetti (medico di medicina generale, pediatra di libera scelta, strutture pubbliche e private che erogano prestazioni sanitarie e socio-sanitarie, competenti servizi o strutture di altri soggetti pubblici operanti in ambito sanitario o della protezione e sicurezza sociale) con il vincolo formale della chiarezza e comprensibilità. Nello specifico, le informazioni rese devono evidenziare, in modo analitico, eventuali trattamenti di dati personali che presentano rischi specifici per i diritti e le libertà fondamentali, nonché per la dignità dell'interessato, in particolare in caso di trattamenti effettuati, tra l'altro, «(b) nell'ambito della teleassistenza o telemedicina» (art. 78, 5° co.). Anche in questa previsione viene valorizzata la relazione personale medico-paziente, in seno alla quale si dipana la comunicazione volta a far conoscere all'interessato i rischi a cui si espone con l'impiego della telemedicina in termini di trattamento dei suoi dati personali.

Il sistema normativo concernente il trattamento dei dati sanitari, appena tracciato, consente di pervenire a uno schema di sintesi presidiato dal *principio di finalità* del trattamento: nel rapporto medico-paziente i dati relativi alla salute possono essere trattati dal sanitario soltanto nell'attuazione del rapporto di cura; il trattamento può eccedere la finalità di cura solamente quando, entro i limiti stabiliti dalla legge, sussistono motivi di interesse pubblico o di ricerca⁴⁷; in ogni altra situazione, pure in presenza del consenso esplicito del paziente⁴⁸, il medico o la struttura sanitaria, in considerazione dello specifico ruolo istituzionale, non può trattare i dati raccolti⁴⁹.

7. Forme e “centri” di responsabilità.

⁴⁷ Si veda A. BERNES, *op. cit.*, 182 s.

⁴⁸ C. IRTI, *op. cit.*, 36 ss. opportunamente osserva che, «rispetto all'uso delle tecnologie digitali in ambito medico, si pone, altresì, in modo pregnante la difficile questione di che valore attribuire e come regolare forme di espressione del consenso racchiuse in “strutture digitali” quali “gesti telematici proceduralizzati” (tasti virtuali, spunta di casella, etc.), dal momento che questi gesti sono preposti ad esprimere un consenso di natura incontestabilmente ibrida, a cavallo tra consenso informativo e consenso terapeutico».

⁴⁹ A questi principi è ispirata anche la proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sullo Spazio Europeo dei Dati Sanitari avente lo scopo di migliorare l'accesso delle persone fisiche ai propri dati sanitari elettronici e il controllo su tali dati «nel contesto dell'assistenza sanitaria (uso primario dei dati sanitari elettronici) e per altre finalità di cui beneficerebbe la società quali la ricerca, l'innovazione, la definizione delle politiche, la sicurezza dei pazienti, la medicina personalizzata, le statistiche ufficiali o le attività normative (uso secondario dei dati sanitari)» (considerando 1).

Considerate le smisurate potenzialità degli algoritmi che possono essere impiegati nella telemedicina, il perimetro delle finalità che legittimano il trattamento dei dati personali è esposto a forti rischi di sconfinamento, specie quando il processo decisionale automatizzato opera all'interno di un sistema di *Big Data*, in cui le informazioni sanitarie raccolte vengono messe in comunicazione con altri dati al fine di operare la profilazione delle condizioni di salute e, più in generale, di vita del paziente. Un meccanismo, questo, che, di per sé, espone la sfera della personalità del paziente a non pochi rischi in termini di illecito trattamento dei dati personali, nonché di corretta valutazione delle condizioni di salute dell'individuo⁵⁰.

Rispetto a questa “zona di rischio”, l'apparato rimediario articolato dall'ordinamento giuridico riscontra gravi fallimenti di effettività proprio là dove, nella pratica di telemedicina — diagnosi, somministrazione delle cure, monitoraggio continuo del paziente —, il *device* impiegato è intelligente ovvero capace di giungere, con la tecnica dell'algoritmo, a decisioni autonome.

Ebbene, continuando a focalizzare l'indagine sul rapporto di cura, dall'impiego di questi strumenti possono discendere diverse forme e diversi centri di responsabilità, tutti individuabili per mezzo degli apparati normativi di cui è dotato l'ordinamento, intesi in chiave ermeneutica.

Nello specifico si può prospettare, anche in concorso tra loro:

A) Responsabilità per danni da illecito trattamento dei dati personali *ex art.* 82, GDPR, imputabile al titolare del trattamento (o al responsabile), ovvero, nel nostro caso, alla struttura sanitaria o al medico⁵¹. Una forma di responsabilità, questa, che, radicandosi nella dinamica di un rapporto obbligatorio — con la struttura sanitaria o con il medico libero professionista che abbia agito nell'adempimento di un'obbligazione assunta con il paziente — va correttamente qualificata in termini contrattuali *ex art.* 1218 e ss. c.c.

⁵⁰ Cfr. F.G. CUTTAIA, *Lo sviluppo della telemedicina e i profili di tutela della privacy ad essa connessi*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n. 201-202/2018, 42 ss.; M. RENNA, *Sicurezza e gestione del rischio nel trattamento dei dati personali*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 1352 ss.

⁵¹ Sul tema si rinvia a S. SICA, *Verso l'unificazione del diritto europeo alla tutela dei dati personali*, in S. SICA, V. D'ANTONIO, G.M. RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, Milano, 2016, 1 ss.; C. CAMARDI, *Note critiche in tema di danno da illecito trattamento dei dati personali*, in *Jus civile*, 2020, 786 ss.; G. DI ROSA, *Quali regole*, cit., 823 ss.; A. MARCHESE, *op. cit.*, 317 ss.; U. SALANITRO, *Illecito trattamento dei dati personali e risarcimento del danno nel prisma della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 426 ss.

B) Responsabilità per danni arrecati al paziente dal funzionamento del dispositivo medico impiegato, ovvero da una sua errata diagnosi, somministrazione delle terapie o erroneo monitoraggio del paziente. Da quanto sin qui argomentato, anche quando il dispositivo medico è dotato di un *software* di intelligenza artificiale, che consente all' algoritmo di giungere ad *output* autonomi facendo dialogare i dati del paziente con altri dati e definendo di volta in volta le scelte da attuare, è pur sempre il medico che deve essere ritenuto responsabile del trattamento sanitario⁵².

Difatti, specialmente nel rapporto di cura, non è ammissibile, neppure in termini teorici, predicare la responsabilità dell' algoritmo, riconoscendo in esso una qualche forma di soggettività giuridica⁵³. Si è detto che il rapporto di cura è per definizione a struttura bilaterale, tra medico/struttura sanitaria e paziente, e, nella dinamica relazionale di questo rapporto, il dispositivo medico tecnologico impiegato può fungere soltanto da *strumento* e mai da *sostituto* di erogazione della cura. Il presidio decisionale e di vigilanza, pertanto, è sempre del medico a cui il paziente si affida nella relazione di cura e di fiducia basata sul consenso informato; una relazione in seno alla quale l'incontro tra l'autonomia del paziente e la professionalità del medico si declina in termini necessariamente singolari, avendo come costante riferimento la personalità dello specifico paziente.

Nel rapporto di cura, in cui la prestazione è erogata attraverso il ricorso alla telemedicina, opererà, pertanto, nel caso qui considerato, la disciplina della responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie di cui all'art. 7 l. 8.3.2017, n. 24⁵⁴.

⁵² Cfr. G. VOTANO, *Intelligenza artificiale in ambito sanitario: il problema della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2022, 673. L'a. osserva che «i dispositivi di A.I. non possono essere ritenuti responsabili in proprio per i danni causati a terzi. Ne deriva che, certamente, l'obbligazione risarcitoria dovrà farsi gravare su un agente umano, che potrebbe essere il fabbricante, l'operatore, il proprietario, o l'utilizzatore dell'oggetto che ha arrecato il danno».

⁵³ Sul tema v. A. SANTOSUOSSO, C. BOSCARATO, F. CAROLEO, *Robot e diritto: una prima ricognizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 494; C. PERLINGIERI, *L'incidenza*, cit., 1241 ss.; G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, trad. it. a cura di P. FEMIA, Napoli, 2019, 30 ss.; U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, in *Giur.it.*, 2019, 1689 ss.; M. MONTEROSSO, *L'orizzonte intergenerazionale del diritto civile. Tutela, soggettività, azione*, Pisa, 2020, *passim*. Si veda anche la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, recante "Raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica", consultabile in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A52017IP0051>.

⁵⁴ Sui diversi "centri" di responsabilità v. A. D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria: una nuova disciplina speciale*, in *Corr. giur.*, 2017, 769; N. RIZZO, *Strutture della responsabilità civile e intelligenza artificiale: i problemi*

Segnatamente, per i danni iatrogeni patiti dal paziente, potrà essere chiamata a rispondere, a titolo di responsabilità contrattuale *ex art.* 1218 ss. c.c., la struttura sanitaria che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvale dell'opera del sanitario che ha preso in cura quel paziente oppure il medico stesso che abbia agito nell'adempimento di un'obbligazione contrattuale assunta con il paziente.

Nel primo caso, quando cioè sia la struttura sanitaria a rispondere a titolo di inadempimento per le condotte dolose o colpose del medico, quest'ultimo potrà essere chiamato a sua volta a rispondere del proprio operato a titolo di responsabilità extracontrattuale a norma dell'art. 2043 c.c.⁵⁵

Insomma, quando il medico opera all'interno di una struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata, sono due i centri di responsabilità che possono ravvisarsi in caso di danni patiti dal paziente nell'esecuzione del rapporto di cura in telemedicina: la struttura, assoggettata al regime della responsabilità contrattuale di cui all'art. 1218 ss. c.c.; il medico, soggetto invece al regime della responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c.⁵⁶

C) Responsabilità per danni derivanti da un difetto tecnico del dispositivo medico impiegato, da *input* sbagliati dati all'algoritmo⁵⁷, da un difetto di manutenzione, aggiornamento, sostituzione del *device*⁵⁸. Il tutto ulteriormente aggravato se sono stati

in medicina, in M. FACCIOLI (a cura di), *Profili giuridici dell'utilizzo della robotica e dell'intelligenza artificiale in medicina*, cit., 6 ss.

⁵⁵ Così art. 7, l. 8.3.2017, n. 24.

⁵⁶ Sull'evoluzione della disciplina della responsabilità medica v., tra gli altri, V. ZENO-ZENCOVICH, *La sorte del paziente. La responsabilità del medico per l'errore diagnostico*, Padova, 1994, 76 ss.; P. STANZIONE e V. ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1998, 254 ss.; M. FRANZONI, *La nuova responsabilità in ambito sanitario*, in *Resp. med.*, 2017, 5 ss.; C. GRANELLI, *La riforma della disciplina della responsabilità sanitaria: chi vince o chi perde?*, in *Contratti*, 2017, 377 ss.; G. PONZANELLI, *Medical malpractice: la legge Bianchi-Gelli. Una premessa*, in *Danno resp.*, 2017, 268; B. MEOLI, S. SICA, P. STANZIONE, (a cura di), *Commentario alla legge 8 marzo 2017, n. 24. Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*, Napoli, 2018, 89 ss.; U. RUFFOLO (a cura di), *La nuova responsabilità medica*, Milano, 2018, 3 ss.; D. MARCELLO, *Prestazione sanitaria e responsabilità civile*, Napoli, 2019, 170 ss.; F. CRISCUOLO, *La nuova disciplina del rapporto medico-paziente tra buone pratiche, natura dell'obbligazione e responsabilità del sanitario*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 751 ss.; R. TUCILLO, *op. cit.*, 29 s.

⁵⁷ Come efficacemente segnalato da C. PERLINGIERI, *Responsabilità*, cit., 173 «gli algoritmi sono, principalmente, una creazione umana come è umana la fonte dei dati forniti e trattati (gli *input*) per costruire modelli statistici diretti alla formulazione di previsioni o di comprensione critica i quali, in presenza di un *test* del programma per ciascuna classe di *input* del problema con un risultato diverso da quello atteso, dovranno essere riformulati».

⁵⁸ Cfr. C. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, 170.

impiegati dispositivi non conformi a quanto prescritto dal Reg. UE 2017/745 (relativo ai dispositivi medici)⁵⁹. Anche in queste ipotesi, essendo comunque, nel rapporto di cura, il trattamento sanitario imputabile esclusivamente al medico/struttura sanitaria, non potrà che operare la disciplina sulla responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie nei termini poc'anzi indicati; saranno, in particolare, imputabili alla struttura sanitaria tutti quei danni discendenti da aspetti organizzativi, ivi compresa l'ipotesi in cui essa disponga, con un protocollo operativo, che alcune decisioni siano assunte sulla base delle indicazioni fornite da dispositivi intelligenti⁶⁰. Nel caso, poi, di danno arrecato al paziente direttamente dal dispositivo medico (per problemi legati al suo funzionamento), opererà in capo alla struttura sanitaria la responsabilità oggettiva da cose in custodia ex art. 2051 c.c.⁶¹

8. La proposta di Regolamento sull'IA.

Al cospetto di codesta copertura normativa sul piano dei rimedi, rafforzata dalla previsione di vincoli di assicurazione obbligatoria in capo alla struttura sanitaria e al medico (art. 10, l. 8.3.2017, n. 24) — prevedendo il ricorso a polizze, la cui operatività temporale deve coprire tutto il periodo di vita del diritto al risarcimento del paziente —, quando la fonte del danno è il funzionamento di un dispositivo medico intelligente l'effettività del rimedio risarcitorio rischia di essere vanificata.

Ora, atteso che nella gran parte dei casi di danni discendenti dall'impiego di dispositivi medici tecnologici nella telemedicina si verte in materia di responsabilità contrattuale, stando alla disciplina generale il danneggiato che intenda ottenere il risarcimento dei relativi danni ha l'onere di provare il fatto (*recte* l'inadempimento), il danno e il nesso di

⁵⁹ Sulla distribuzione delle responsabilità operata da tale disciplina v. C. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, 167; G. VOTANO, *op. cit.*, 672 ss. Si veda, inoltre, Corte Giust. UE, 7 dicembre 2017, C-329/16, *Snitem e Philips France c. Premier ministre e Ministre des Affaires sociales et de la Santé*, la quale adotta un'interpretazione estensiva di "dispositivo medico", comprensiva anche di *device* non impiegati direttamente nel o sul corpo umano ma destinati ad uno specifico uso medico.

⁶⁰ G. VOTANO, *op. cit.*, 677.

⁶¹ C. PERLINGIERI, *Responsabilità*, cit., 174; N. RIZZO, *op. cit.*, 7. In taluni casi, non è stata esclusa neppure l'operatività dell'art. 2052 c.c., riguardante il danno cagionato da animali. Ma come è stato giustamente osservato è «inutile operativamente voler fissare una demarcazione e decidere, in maniera stringente, la qualificazione della responsabilità sulla base dell'art. 2051 o 2052 c.c. dal momento che entrambe le norme assegnano al candidato danneggiante la medesima prova liberatoria del fortuito, quindi la dimostrazione che si è verificato un evento straordinario e imprevedibile, che ha portato alla causazione del danno» (N. RIZZO, *op. loc. ult. cit.*).

causalità⁶²; compete, invece, al danneggiante, che intenda liberarsi dalla responsabilità, l'onere di provare l'impossibilità sopravvenuta, a lui non imputabile, della prestazione, in termini di assolvimento alla diligenza professionale ex art. 1176 c.c. fatte salve le ipotesi di responsabilità oggettiva, come quando il danno derivi da illecito trattamento dei dati personali in cui il titolare o il responsabile (la struttura sanitaria o il medico) si libera soltanto se «dimostra che l'evento dannoso non gli è in alcun modo imputabile» (art. 82 GDPR)⁶³.

Oltretutto, quando si tratta di dispositivi medici intelligenti, capaci di scelte autonome, occorre considerare le delicate situazioni di *trolley problem*⁶⁴, particolarmente complesse e insidiose, governate dall'algoritmo nonché la zona di opacità e incontrollabilità che connota i suoi processi valutativi e decisionali (*black box*)⁶⁵; il profilo di rilevanza di questa complessità tecnologica, nel momento di valutazione della responsabilità, può in taluni casi (da individuare in concreto) esprimersi nell'operatività dell'art. 2236 c.c., il quale, appunto, limita la responsabilità del professionista alle sole ipotesi di dolo o colpa grave quando «la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà»⁶⁶.

In sostanza, il medico/la struttura sanitaria potrebbe in non poche situazioni, in ragione delle circostanze del singolo caso (al di fuori, quindi, di automatismi astratti, legati al "genere tecnologico"), scagionarsi dalla responsabilità adducendo l'oggettiva incontrollabilità dei processi autonomi dell'algoritmo⁶⁷.

⁶² Si veda, in proposito, N. RIZZO, *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: causa e conseguenze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 327 ss.

⁶³ Si rinvia a S. SICA, *op. cit.*, 8 ss.; C. CAMARDI, *op. cit.*, 793 ss.

⁶⁴ J.J. THOMPSON, *The Trolley Problem*, in *Yale Law Journal*, 1985, XCIV, 1395.

⁶⁵ Cfr. U. RUFFOLO, *op. cit.*, 502 s.

⁶⁶ L'art. 9 della l. 8.3.2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco) prevede il diritto di rivalsa della struttura sanitaria, in deroga a quanto dispone l'art. 2055 c.c. Segnatamente, la rivalsa nei confronti dell'esercente la professione sanitaria è consentita soltanto nel caso di dolo o colpa grave. In dottrina ci si è interrogati sull'incidenza dell'impiego di dispositivi intelligenti sull'operatività dell'art. 2236 c.c.; l'interrogativo è volto a chiarire se «detta norma estenda il suo ambito applicativo alle prestazioni sanitarie eseguite con l'intervento di dispositivi intelligenti, alla luce della complessità innovativa e sofisticatezza delle tecnologie utilizzate», così G. VOTANO, *op. cit.*, 675. L'a. affronta la questione ritenendo che «possa escludersi che una simile impostazione possa trovare accoglimento in giurisprudenza, giacché, tradizionalmente, l'art. 2236 c.c. viene interpretato in senso particolarmente restrittivo in ambito sanitario».

⁶⁷ Si veda V. DI GREGORIO, *Intelligenza artificiale e responsabilità civile: quale paradigma per le nuove tecnologie?*, in *Danno resp.*, 2022, 53. L'A. segnala che «un prodotto costruito con una progettazione algoritmica è tanto innovativo e di immediato utilizzo quanto in grado di generare danni causati da un

Ne discende che quando il danno è inferto dalle scelte dell’algoritmo, risulta talvolta difficile, se non anche impraticabile, per il danneggiato assolvere, vittoriosamente, l’onere della prova e, quindi, ottenere il ristoro dei danni patiti⁶⁸.

Proprio a questa situazione di possibile ineffettività rimediale, a cui consegnerebbe la tecnologia dell’algoritmo, si rivolgono alcune importanti recenti proposte normative promananti dalle istituzioni dell’Unione europea.

Ai dispositivi medici dotati di *software* di intelligenza artificiale sono senz’altro applicabili le garanzie previste dalla proposta di Regolamento che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale del 21 aprile 2021⁶⁹.

Una normativa, questa, che conferma ulteriormente l’idea che il dispositivo medico impiegato nella telemedicina deve rimanere vincolato alla funzione di *strumento* dell’attività del medico, da questi controllato, valutato ed eventualmente corretto.

Già la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica, con specifico riguardo ai *robot* medici, aveva evidenziato l’importanza della *formazione* del personale sull’utilizzo di questi dispositivi, ponendo la regola a tenore della quale tanto la fase iniziale di programmazione quanto le scelte finali devono sempre spettare al medico⁷⁰. Di qui, allora, il principio della funzione *strumentale e non decisionale* che deve sempre caratterizzare i dispositivi medici, ivi compresi quelli intelligenti. Principio che trova ulteriore espressione nel passaggio della Risoluzione in cui si afferma, a chiare lettere, che l’utilizzo delle tecnologie in questione non deve sminuire o pregiudicare il rapporto medico paziente, «bensì fornire al medico un’assistenza nella diagnosi e/o nella cura del paziente allo scopo di ridurre il rischio di errore umano e di aumentare la qualità della vita e la speranza di vita».

Ebbene, la vigilanza e il presidio medico nell’utilizzo della tecnologia intelligente nella telemedicina sono garantiti dalla proposta di Regolamento sull’intelligenza artificiale, la quale classifica

tali dispositivi medici come sistemi di intelligenza artificiale ad «alto rischio» destinatari delle relative regole (v. considerando 30), tutte ordinate dai principi di «qualità elevata dei dati, documentazione e tracciabilità, trasparenza, sorveglianza umana, precisione e robustezza»⁷¹, funzionali ad attenuare i rischi per i diritti fondamentali e a potenziare la sicurezza dei processi decisionali automatizzati⁷².

Nello specifico, i sistemi di intelligenza artificiale ad «alto rischio», ivi compresi quelli sanitari, sono presidiati dai principi di trasparenza⁷³ e di sorveglianza umana, esigendo che siano «progettati e sviluppati, anche con strumenti di interfaccia uomo-macchina adeguati, in modo tale da essere efficacemente supervisionati da persone fisiche in misura proporzionale ai rischi associati a tali sistemi» (art. 14, par. 1)⁷⁴.

Principi, quindi, che neutralizzano la possibilità del medico/struttura sanitaria di invocare l’esimente della *black box*, della “zona”, cioè, di opacità e incontrollabilità del funzionamento dell’algoritmo.

In questo modo viene posto rimedio a tutti quei casi in cui il medico agisca recependo *acriticamente* l’*output* del *software* di intelligenza artificiale rivelatosi pregiudizievole, adducendo, a fronte di un’eventuale domanda risarcitoria, l’impossibilità oggettiva di controllare la correttezza della decisione. Permangono, tuttavia, le difficoltà, in termini di assolvimento dell’onere della prova, nei casi in cui il medico abbia supervisionato il sistema e all’esito delle sue (personali) valutazioni abbia comunque deciso di recepire l’*output* generato dall’algoritmo, anche a seguito di un processo di profilazione, arrecando un danno al paziente.

9. La proposta di Direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale.

Alle difficoltà di fondare la responsabilità del medico in termini di colpa e di nesso di causalità tende a soccorrere la proposta di Direttiva relativa

⁷¹ Così nella Relazione alla Proposta di Regolamento sull’intelligenza artificiale.

⁷² Cfr. C. IRTI, *op. cit.*, 44.

⁷³ Per i sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio è posto un principio di trasparenza, richiedendo che siano «progettati e sviluppati in modo tale da garantire che il loro funzionamento sia sufficientemente trasparente da consentire ai fornitori e agli utenti di comprendere ragionevolmente il funzionamento del sistema» (art. 13, par. 1).

⁷⁴ La disposizione aggiunge che «le persone fisiche incaricate di garantire la sorveglianza umana dispongono di un livello sufficiente di alfabetizzazione in materia di IA conformemente all’articolo 4 ter nonché del sostegno e dell’autorità necessari per esercitare tale funzione, durante il periodo in cui il sistema di IA è in uso e per consentire indagini approfondite a seguito di un incidente».

difetto di progettazione o di programmazione o da vizi delle componenti che possono sottrarsi al controllo, deviando dal modello prefigurato ovvero creare pregiudizi derivanti dai meccanismi di auto-apprendimento che agiscono in maniera difforme da quanto previsto nell’originaria programmazione».

⁶⁸ Cfr. M. FACCIOLI, *L’art. 2236 c.c. e l’onere della prova*, in M. FRANZONI (a cura di), *Le responsabilità nei servizi sanitari*, Bologna-Roma, 2011, 61 ss.; P. COMOGLIO, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova. L’accertamento del fatto nella diffusione delle conoscenze*, Torino, 2018, 63 ss.

⁶⁹ I riferimenti alle previsioni normative tengono conto degli emendamenti del Parlamento europeo del 14 giugno 2023.

⁷⁰ Si veda V. DI GREGORIO, *op. cit.*, 56 ss.



all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale, del 28 settembre 2022⁷⁵.

La proposta prevede regole agevolative in materia di onere della prova e regole sulla divulgazione di elementi di prova «relativi a sistemi di intelligenza artificiale (IA) ad alto rischio per consentire all'attore, in un'azione civile di responsabilità extracontrattuale per colpa, di supportare adeguatamente la domanda di risarcimento del danno» (art. 1).

Atteso che più si eleva il grado di autonomia e di sofisticatezza tecnologica dello strumento di IA impiegato più difficile sarà provare il nesso di causalità tra la condotta del medico e il danno patito⁷⁶, la

⁷⁵ COM(2022) 496 final, consultabile in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0496>.

La necessità di introdurre una disciplina della responsabilità civile nell'utilizzo di strumenti di intelligenza artificiale è stata affermata dal Parlamento europeo con la Risoluzione del 16 febbraio 2017, recante "Raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica" (cit.), e con la Risoluzione 20 ottobre 2020 recante "Raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale" (consultabile in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX:52020IP0276>). Nella prima Risoluzione il Parlamento, tra l'altro, «sottolinea l'importanza di un'adeguata istruzione, formazione e preparazione per il personale sanitario, quali i medici e gli assistenti sanitari, al fine di garantire il grado più elevato possibile di competenza professionale nonché per salvaguardare e proteggere la salute dei pazienti; evidenzia la necessità di definire i requisiti professionali minimi che un chirurgo deve possedere per poter far funzionare ed essere autorizzato a usare i robot chirurgici; considera fondamentale rispettare il principio dell'autonomia supervisionata dei robot, in base al quale la programmazione iniziale di cura e la scelta finale sull'esecuzione spetteranno sempre a un chirurgo umano; sottolinea la particolare importanza della formazione onde consentire agli utenti di familiarizzarsi con i requisiti tecnologici del settore; richiama l'attenzione sulla tendenza crescente all'autodiagnosi mediante l'uso di un robot mobile e, di conseguenza, sulla necessità che i medici siano formati per gestire i casi di autodiagnosi; ritiene che l'utilizzo delle tecnologie in questione non debba sminuire o ledere il rapporto medico paziente, bensì fornire al medico un'assistenza nella diagnosi e/o nella cura del paziente allo scopo di ridurre il rischio di errore umano e di aumentare la qualità della vita e la speranza di vita».

⁷⁶ Cfr. G. VOTANO, *op. cit.*, 676. Si veda, inoltre, Cass., 11 novembre 2019, n. 28991, in *Corr. giur.*, 2020, 304 ss., con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *La Cassazione mette a punto e consolida il proprio orientamento in materia di onore della prova sul nesso di causa nella responsabilità contrattuale del sanitario*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 327 ss., con nota di N. RIZZO, *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: causa e conseguenze*; in *Danno resp.*, 2020, 71 ss., con nota di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità "materiale": perseverare diabolicum*. In questa pronuncia, la Suprema Corte ha fissato il seguente principio di diritto: «Ove sia dedotta la responsabilità contrattuale del sanitario per l'inadempimento della prestazione di diligenza professionale e la lesione del diritto alla salute, è onere del danneggiato provare,

proposta di Direttiva sancisce una *presunzione* di esistenza del nesso di causalità tra la colpa del convenuto/utente e l'*output* o la mancata produzione di un *output* generato da un sistema di IA quando ricorrano determinate condizioni, tra le quali il fatto che l'attore provi che l'utente «non ha rispettato l'obbligo di utilizzare il sistema di IA o di monitorarne il funzionamento conformemente alle istruzioni per l'uso che accompagnano il sistema o, se del caso, l'obbligo di sospenderne o interromperne l'uso», ma pure quando l'attore provi che l'utente ha alimentato il sistema di IA con «dati di *input* sotto il suo controllo che non sono pertinenti alla luce della finalità prevista dal sistema» (art. 4). In queste previsioni sono comprese le ipotesi di danno discendente dal cattivo funzionamento del dispositivo medico o dalla sua scorretta alimentazione con *input* non pertinenti o non adeguati⁷⁷.

In tutto ciò, però, va considerato che l'art. 1 delimita il campo applicativo della Direttiva alle «azioni civili di responsabilità extracontrattuale per colpa volte a ottenere il risarcimento del danno causato da un sistema di IA».

Considerato, tuttavia, che la responsabilità sanitaria è in Italia per lo più di tipo contrattuale, essa esulerebbe, in molti casi, dal perimetro operativo della Direttiva. La quale, pertanto, per riuscire a dotare di effettività pure i rimedi contrattuali, che si attivano in presenza di danni generati da congegni di intelligenza artificiale, andrebbe integrata contemplando tutte le tipologie di responsabilità. In sostanza, si tratterebbe di prevedere nelle ipotesi in cui il funzionamento dell'algoritmo — ivi compreso quello impiegato nelle pratiche di telemedicina — dia luogo a responsabilità contrattuale, una fattispecie di responsabilità oggettiva — accompagnata dall'obbligo di assicurazione e dall'istituzione di un fondo di garanzia⁷⁸ — sul modello di quanto sancito dall'art. 82 GDPR, ovvero l'esonero dalla responsabilità dell'obligato (nel nostro caso medico/struttura sanitaria) soltanto se egli dimostra che «l'evento dannoso non gli è in alcun modo imputabile»⁷⁹.

anche a mezzo di presunzioni, il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica, o l'insorgenza di nuove patologie, e la condotta del sanitario, mentre è onere della parte debitrice provare, ove il creditore abbia assolto il proprio onere probatorio, che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile l'esatta esecuzione della prestazione».

⁷⁷ R. TUCILLO, *op. cit.*, 31 ss.

⁷⁸ Su questi profili problematici si veda C. PERLINGIERI, *L'incidenza*, cit., 1242 ss.; G. VOTANO, *op. cit.*, 679; M.B. CASALI, U.R. GENOVESE, *Intelligenza artificiale e responsabilità sanitaria: il punto di vista del medico legale*, in M. FACCIOLO (a cura di), *op. cit.*, 117 ss.

⁷⁹ Cfr. V.A. LIOR, *A strict liability vis-à-vis ai monopolization*, in *Columbia Science and Technology Law Review*, 22, I, 2020, 90; A.D. SELBST, *Negligence and AI's Human Users*, in *Boston*

In questi termini si raggiungerebbe pure l'obiettivo di uniformare tutta la disciplina della responsabilità.

In definitiva, il problema di effettività dei rimedi posto dall'impiego, nel rapporto di cura in telemedicina, di dispositivi medici intelligenti va urgentemente definito, anche al fine di accrescere la fiducia sociale in queste pratiche fondamentali per l'implementazione della medicina di prossimità e per il superamento delle disuguaglianze sociali nell'attuazione del diritto alla salute.

SISTEMI INTELLIGENTI E REGOLE DI RESPONSABILITÀ

Di Antonino Astone

| 484

SOMMARIO: 1. *Delimitazione dell'indagine. Descrizione e funzionamento dei sistemi di Intelligenza artificiale.* - 2. *Artificial Intelligence e interventi delle Istituzioni europee. Le proposte di disciplina unionale.* - 3. *Il progetto di codice etico per l'Intelligenza artificiale.* - 4. *Dispositivi autonomi ed attività negoziale: la responsabilità da inadempimento. Soggettività giuridica degli agenti software. Rilievi critici.* - 5. *Prodotti intelligenti e responsabilità da cose in custodia.* - 6. *Produzione, commercializzazione ed utilizzazione di sistemi IA ad alto rischio quale attività pericolosa.* - 7. *Responsabilità per danni derivanti da smart products. Necessità di un adeguamento della disciplina europea della responsabilità del produttore. La proposta di Direttiva Product Liability.* - 8. *Segue. La responsabilità del produttore tra regole di responsabilità oggettiva e valutazione dell'elemento della colpa.* - 9. *La Proposta di Direttiva IA.*

ABSTRACT. *L'indagine si propone l'obiettivo di individuare le regole di governo delle responsabilità derivante dal ricorso all'intelligenza artificiale, la quale, acquisita dignità di scienza, trova applicazione ad ogni settore dell'esperienza umana, definendo un complesso di operazioni che utilizzano tecnologie fondate, tra l'altro, su algoritmi, che consentono di prevedere determinati effetti al verificarsi di alcuni fatti o di individuare metodi di apprendimento delle macchine, simili a quelli dell'uomo. Muovendo da tali premesse il contributo, esamina le proposte di disciplina unionale in materia di Artificial Intelligence, si interroga criticamente sulla soggettività giuridica degli agenti software, al fine di individuare i soggetti, responsabili degli eventi dannosi riconducibili ai dispositivi intelligenti, sui quali graverà l'obbligazione risarcitoria, sia nella dimensione infraneoziale che rispetto ai terzi, nonché i criteri di imputazione della responsabilità. Gli ulteriori approfondimenti vengono dedicati alla disamina della recente proposta di Direttiva Product Liability ed a quella in materia di I.A., dal cui impianto regolativo in particolare emerge che l'obiettivo della certezza ed omogeneità delle regole nello spazio comunitario non esclude la possibile concorrente operatività di alcuni profili della vicenda risarcitoria purchè non in contrasto con la disciplina unionale.*

The aim of the survey is to identify the rules of governance of responsibilities deriving from the use of artificial intelligence, which, having acquired the dignity of science, is applied to every sector of human experience, defining a complex of operations using technologies based, inter alia, on algorithms, which allow the prediction of certain effects upon the occurrence of certain facts or the identification of machine learning methods, similar to those of humans. On the basis of these premises, having examined the proposals for Union discipline in the field of Artificial Intelligence, it critically questions the legal subjectivity of software agents, in order to identify the subjects, responsible for the harmful events attributable to intelligent devices, on which the indemnification obligation will be imposed, both in terms of the breach of trade and in relation to third parties, and for the criteria for attribution of liability. Further studies are dedicated to the examination of the recent proposal of the Product Liability Directive and to that concerning I.A., whose regulatory framework in particular shows that the objective of certainty and homogeneity of the rules in the Community does not exclude the possible concurrent operation of certain aspects of the compensatory action as long as it does not conflict with Union law.



1. Delimitazione dell'indagine. Descrizione e funzionamento dei sistemi di Intelligenza artificiale.

L'indagine si propone l'obiettivo di individuare le regole di governo della responsabilità derivante dal ricorso all'intelligenza artificiale, alla quale non è certamente agevole tentare un approccio definitorio, come dimostra la vasta letteratura che si è formata in materia, e ciò malgrado siano stati fatti tentativi in tal senso -oltre che in sede di proposte di regolamentazione del fenomeno in esame, come si dirà oltre- da parte di un gruppo di esperti istituito dalla Commissione europea¹.

I sistemi di intelligenza artificiale (IA) vengono definiti da questi esperti come "sistemi software (ed eventualmente hardware) progettati dall'uomo che, dato un obiettivo complesso, agiscono nella dimensione fisica o digitale percependo il proprio ambiente attraverso l'acquisizione di dati, interpretando i dati strutturati o non strutturati raccolti, ragionando sulle conoscenze, o elaborando le informazioni derivate da questi dati e decidendo le migliori azioni da intraprendere per raggiungere l'obiettivo dato". Questi sistemi "possono usare regole simboliche o apprendere un modello numerico, e possono anche adattare il loro comportamento analizzando come l'ambiente è influenzato dalle loro azioni precedenti"².

La Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, riprende la suddetta nozione, specificando che "l'intelligenza artificiale indica sistemi che mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere specifici obiettivi"³.

L'intelligenza artificiale ha ormai acquisito dignità di scienza e trova applicazione ad ogni settore dell'esperienza umana⁴, definendo un

complesso di operazioni, che utilizzano tecnologie sofisticate fondate, tra l'altro, su algoritmi, che consentono di prevedere determinati effetti o soluzioni derivanti dal verificarsi di alcuni fatti, oppure di individuare metodi di apprendimento delle macchine, simili a quelli dell'uomo, dotate di software che attribuiscono alle stesse capacità di movimento e poteri decisori non diversi da quelli degli esseri umani⁵. I sistemi di intelligenza artificiale possono avvalersi di una serie di algoritmi o di un solo algoritmo complesso, che assembla più algoritmi in relazione alle funzioni affidate al sistema. Sono pertanto tecnologie complesse, i cui processi si connotano per opacità ex post ed imprevedibilità ex ante⁶, che richiedono un adattamento dei criteri tradizionali di imputazione della responsabilità.

Si configura pertanto una nuova società algoritmica, popolata da entità superintelligenti⁷, dotate di capacità cognitive superiori a quelle degli esseri umani, che solleva, per quanto di interesse in questa sede, il problema della imputazione degli eventi dannosi riconducibili alla loro sfera di azione⁸.

Queste considerazioni pongono quindi al giurista il problema preliminare della idoneità delle categorie giuridiche tradizionali a dare sistemazione organica ad un fenomeno certamente non nuovo. L'idea di creare macchine cui affidare compiti, che vengono normalmente affidati alla intelligenza umana, in grado di emanciparsi dalla stessa e per molti versi di superarla, affonda infatti le sue radici addirittura nel sillogismo aristotelico; tuttavia è con

è anche demandata in alcuni casi la formulazione della diagnosi.

⁵ G. ALPA, *Prefazione*, 13, in Id. (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, 2020. Afferma altresì il Gruppo di esperti che "come disciplina scientifica, l'IA include diversi approcci e diverse tecniche, come l'apprendimento automatico (di cui l'apprendimento profondo e l'apprendimento per rinforzo sono esempi specifici), il ragionamento meccanico (che include la pianificazione, la programmazione, la rappresentazione delle conoscenze e il ragionamento, la ricerca e l'ottimizzazione), e la robotica (che include il controllo, la percezione, i sensori e gli attuatori e l'integrazione di tutte le altre tecniche nei sistemi ciberfisici)."

⁶ U. SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1247.

⁷ N. BOSTROM, *Superintelligence*, Oxford, University Press, 2014.

⁸ Le tecnologie intelligenti hanno incidenza diretta anche sulla formazione e sul ruolo del giurista, ed infatti "la complessità dei materiali da cui trarre il quid iuris è ormai ben al di là della mera complessità delle fonti ed appare una sfida educativa che incombe sulla formazione del giurista contemporaneo avere le competenze necessarie per gestirla, risultando modificati il profilo e i compiti del ruolo sociale a cui questi è chiamato" (A. GORASSINI, *Il valore della cultura giuridica nell'era digitale*, in *Tecnologie e diritto*, 2021, 38).

¹ Sulla nozione complessa oltre che frammentata di Intelligenza artificiale A. D'ALESSIO, *La responsabilità civile dell'intelligenza artificiale antropocentrica*, in *Persona e merc.*, 2023, 243 ss.

² High-Level Expert Group on Artificial Intelligence.

³ COM (2018) *L'intelligenza artificiale per l'Europa*. Precisa altresì la Comunicazione che "i sistemi basati sull'IA possono consistere solo in software che agiscono nel mondo virtuale (per esempio assistenti vocali, software per l'analisi delle immagini, motori di ricerca, sistemi di riconoscimento vocale e facciale); oppure incorporare l'IA in dispositivi hardware (per esempio in robot avanzati, auto a guida autonoma, droni o applicazioni dell'Internet delle cose)".

⁴ E' sufficiente il riferimento, a titolo esemplificativo, alla circolazione degli autoveicoli, dotati di strumenti automatici, o al settore sanitario, in cui gli interventi chirurgici vengono spesso realizzati con l'ausilio di attrezzature robotiche alle quali



la formulazione del calcolo algebrico di Ramon Llull nel XIII secolo che comincia ad ipotizzarsi la possibilità di rappresentare la conoscenza sulla base di un ragionamento meccanizzabile, così influenzandosi la storia successiva del calcolo e delle macchine intelligenti⁹. Si deve al matematico Alan Mathison Turing, uno dei fondatori della intelligenza artificiale, negli anni 50 del secolo scorso il contributo più rilevante in materia con l'elaborazione di un test "The imitation game", consistente in un esperimento che consentiva di verificare se una macchina potesse considerarsi o meno soggetto pensante alla stessa stregua dell'essere umano¹⁰.

Nello stesso periodo si propongono modelli di neuroni artificiali costituenti le premesse degli ulteriori sviluppi dell'intelligenza artificiale¹¹ e dei sistemi deduttivi, che hanno consentito di registrare il passaggio da modelli algoritmici tradizionali, in cui è l'essere umano a programmare l'attività e/o i compiti affidati alle macchine intelligenti, a modelli algoritmici più avanzati, che consentono alle macchine di attingere autonomamente a sistemi di dati successivamente elaborati, adattando il comportamento agli stimoli provenienti dall'esterno¹².

Attraverso il meccanismo deduttivo la conoscenza viene rappresentata simbolicamente, tuttavia le modalità di apprendimento automatico utilizzano un modello sub-simbolico in cui i simboli vengono manipolati attraverso operazioni semplificate ed in assenza di una regola descrittiva del processo di modificazione e/o acquisizione della conoscenza¹³. In termini più espliciti, si rinuncia a fornire alla macchina una rappresentazione della conoscenza, espressa attraverso algoritmi in grado di compiere attività mentali di tipo sillogistico ed inferenziale, e si indica invece un metodo di apprendimento che consente alla macchina di valutare ed organizzare i dati cui la stessa ha accesso.

Coesistono pertanto due tipologie di algoritmi, uno che addestra e l'altro che viene addestrato al

fine di realizzare le funzioni attribuite al sistema¹⁴. Rimane tuttavia la consapevolezza che la decisione algoritmica non può sostituirsi a quella umana ogni qualvolta si debbano "affrontare questioni nuove, sviluppare soluzioni creative, cogliere attitudini, preferenze", rendendosi in questi casi opportuna una interazione tra intelligenza umana e artificiale, ferma restando la piena autodeterminazione degli esseri umani¹⁵.

I modelli di apprendimento automatico, tuttavia comportano problemi applicativi, specie in campo medico, di non poco momento in relazione ai possibili eventi dannosi scaturenti dal ricorso ad una rete neurale.

2. Artificial Intelligence e interventi delle Istituzioni europee. Le proposte di disciplina unionale.

Proprio perché, come sopra rilevato, nell'ultimo decennio si è assistito ad un incremento massiccio delle tecnologie robotiche in numerosi ambiti, il legislatore europeo ha avvertito l'esigenza di fissare un quadro giuridico in materia di robotica ed intelligenza artificiale al fine di dare risposta alle situazioni di interesse dei soggetti coinvolti dal ricorso a questa tecnologia.

L'itinerario normativo europeo, ancora a livello di proposte, prende le mosse dal Progetto di Relazione recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL)), c.d. Rapporto Delvaux, che ha suscitato accesi dibattiti tra i giuristi ed al quale dovrà ispirarsi il legislatore nei successivi interventi¹⁶.

La Proposta di Risoluzione muove dalla premessa -che giustifica il richiesto intervento del legislatore- che da sempre gli esseri umani "hanno fantasticato sulla possibilità di costruire macchine intelligenti, spesso androidi con caratteristiche umane" e che l'umanità si trova alle soglie di una nuova rivoluzione industriale.

Lo snodo della Proposta è rappresentato dai profili attinenti alla responsabilità derivante dal ricorso ai sistemi di intelligenza artificiale; si afferma in questa direzione che, poiché oggi i robot sono in grado di svolgere attività tradizionalmente

⁹ M. GABBRIELLI, *Dalla logica al deep learning: una breve riflessione sull'intelligenza artificiale*, in U. Ruffolo (a cura di), *XXVI Lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale*, Torino, 2021, 22.

¹⁰ A. M. TURING, *Intelligent machinery*, London, 1948, 3 ss. in M. Michie (a cura di), *Machine intelligence*, Edinburgh University, 1969.

¹¹ W. S. MCCULLOCH, W. PITTS, *A logical calculus of the ideas immanent in nervous activity*, in *The bulletin of mathematical biophysics*, 1943, 5.

¹² Si passa gradualmente dall'automazione all'autonomia, in tal senso A. FUSARO, *Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 1344.

¹³ M. GABBRIELLI, *op. cit.*, 27.

¹⁴ G. SARTOR- F. LAGIOIA, *Decisioni algoritmiche tra etica e diritto*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, 69, i quali si soffermano sulla distinzione tra metodi per l'apprendimento automatico supervisionato, non supervisionato e per rinforzo.

¹⁵ G. SARTOR- F. LAGIOIA, *op. cit.*, 81, 82.

¹⁶ F. RODI, *Gli interventi dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale e robotica: problemi e prospettive*, in G. Alpa, (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, cit., 191.



attribuite all'uomo, con capacità cognitive autonome, che li rendono sempre più simili ad agenti che interagiscono con l'ambiente circostante, potendo alterarlo in modo significativo, diventa essenziale la questione della responsabilità giuridica derivante dall'azione nociva dei robot (Considerando Q). Si osserva inoltre, condivisibilmente, che, maggiore è l'autonomia attribuita ai robot, più diventa difficile considerarli meri strumenti dei soggetti che ne sono proprietari e/o utilizzatori o ancora fabbricanti e questo rende necessarie nuove regole di governo della responsabilità riferibile ai robot per le azioni o omissioni di cui si rendono autori, ma soprattutto l'individuazione del loro status giuridico, se cioè si tratti di soggetti o piuttosto semplici res (Considerando T).

La Proposta di Risoluzione in esame evidenzia come nell'attuale quadro giuridico i robot non possano essere considerati responsabili per atti o omissioni che causano danni a terzi e che le norme in materia di responsabilità presuppongono che il comportamento (commissivo od omissivo) del robot sia comunque riferibile ad uno specifico agente umano (fabbricante, proprietario o utilizzatore), in grado di impedire il comportamento dannoso del robot. Peraltro la responsabilità dell'agente umano può trovare una ragionevole giustificazione se il robot è considerato come un oggetto pericoloso e difettoso, con conseguente applicazione delle norme in materia di responsabilità ex art. 2050 c.c. e da prodotto difettoso. Disciplina quest'ultima che però riguarda soltanto i danni causati dai difetti di fabbricazione di un robot e purchè il danneggiato dimostri il danno, il difetto del prodotto e la connessione causale tra difetto e danno.

La Proposta invita inoltre la Commissione ad individuare uno status giuridico per i robot autonomi più sofisticati sì da considerarli come persone elettroniche, possibili destinatari dell'obbligazione risarcitoria scaturente da eventi dannosi agli stessi riferibili, con l'attribuzione di personalità elettronica ai robot che assumono decisioni autonome ed interagiscono in modo indipendente con i terzi. La stessa valuta altresì l'opportunità di introdurre un sistema globale di registrazione per alcune categorie di robot avanzati, dotati di specifiche caratteristiche, nel mercato interno dell'Unione.

Il 16 febbraio 2017 il Parlamento europeo ha approvato una Risoluzione recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica, il cui contenuto è parzialmente coincidente con quello del Rapporto Delvaux, specie per quanto attiene alla responsabilità per i danni causati dai robot. Con la Risoluzione si

indicano piuttosto le linee di sviluppo della successiva produzione legislativa.

La Risoluzione nei suoi Considerando¹⁷ rileva come, secondo l'attuale quadro giuridico, la responsabilità da prodotto e le norme che disciplinano la responsabilità per azioni dannose siano applicabili ai danni causati dai robot e dall'intelligenza artificiale; nel contempo evidenzia che nell'ipotesi in cui un robot possa prendere decisioni autonome, le norme tradizionali non sono sufficienti per attivare la responsabilità per i danni dallo stesso causati, in quanto non consentirebbero di individuare il soggetto su cui grava l'obbligazione risarcitoria né di esigere da tale soggetto la riparazione dei danni prodottisi. In ogni caso, si osserva che la normativa vigente non è in grado di dare una risposta adeguata al problema dei danni causati dalla nuova generazione di robot, dotati di capacità di adattamento e di apprendimento, che implicano un certo grado di imprevedibilità nel loro comportamento, poiché imparano in modo autonomo, in base alle esperienze diversificate di ciascuno, e interagiscono con l'ambiente esterno in modo imprevedibile.

Il Parlamento invita pertanto la Commissione a presentare una proposta di atto legislativo sulle questioni giuridiche relative allo sviluppo e all'utilizzo della robotica e dell'intelligenza artificiale, insieme a strumenti non legislativi quali linee guida e codici di condotta, fermo restando che l'adottando strumento legislativo non dovrà in alcun modo limitare né la tipologia né l'entità dei danni risarcibili alla parte lesa in ragione della provenienza del danno da un soggetto non umano.

Si afferma inoltre che la responsabilità deve essere proporzionata all'effettivo livello di istruzioni impartite al robot e al grado di autonomia di quest'ultimo, sicché maggiore è la capacità di apprendimento o l'autonomia di un robot e la durata della formazione, maggiore sarà la responsabilità del suo formatore.

Si evidenzia altresì che una possibile soluzione al problema dell'attribuzione della responsabilità per il danno causato da robot sempre più autonomi potrebbe essere quella della previsione di un regime di assicurazione obbligatorio, integrato da un fondo per garantire la possibilità di risarcire i danni in caso di assenza di copertura assicurativa.

In data 25 aprile 2018 la Commissione europea ha adottato la già richiamata Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni (Com. 2018) 137, riguardante "l'Intelligenza artificiale per l'Europa".

¹⁷ Considerando AE, AF, AI.



La Commissione ritiene che l'Unione europea dovrebbe avere un approccio coordinato per sfruttare al massimo le opportunità offerte dall'IA e per affrontare le nuove sfide che questa comporta; la finalità dell'intervento è quella di dare impulso alla capacità tecnologica e industriale dell'UE e all'adozione dell'IA in tutti i settori economici, sia privati che pubblici, attraverso un incremento degli investimenti in ricerca e innovazione e un migliore accesso ai dati. E questo dimostra che l'Unione europea intende collocarsi in una prospettiva competitiva nel panorama internazionale rispetto ad altre economie sviluppate.

L'iniziativa europea deve comunque assicurare un quadro etico e giuridico adeguato, basato sui valori dell'Unione e coerente con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Ciò richiede l'intervento "sulle norme esistenti riguardanti la responsabilità per danno da prodotti difettosi, l'analisi dettagliata delle sfide emergenti e la collaborazione con i portatori di interessi, attraverso l'Alleanza europea per l'IA, per lo sviluppo di linee guida etiche riguardo all'IA".

Non presenta profili innovativi nella direzione della creazione di un quadro giuridico europeo certo la Comunicazione della Commissione del 7 dicembre 2018 COM (2018) 795 relativa ad un Piano coordinato sull'intelligenza artificiale.

La finalità della Comunicazione è ancora una volta quella di stimolare gli investimenti poiché l'Europa è in ritardo per quanto riguarda gli investimenti privati nell'IA e, senza uno sforzo significativo, "l'UE rischia di perdere le opportunità offerte dall'IA, con la prospettiva di far fronte a una fuga di cervelli e di diventare un consumatore di soluzioni di IA sviluppate altrove"¹⁸.

Al profilo della responsabilità derivante dal ricorso a sistemi di intelligenza artificiale automatizzati fanno riferimento alcuni documenti sovranazionali, in particolare la Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020, recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale ([2020/2014\(INL\)](#)), cui hanno fatto seguito la proposta di Regolamento della Commissione europea del 21 aprile 2021, che prevede regole

¹⁸ Al fine di ottimizzare gli investimenti ed evitare di duplicare gli sforzi, "la Commissione propone che siano sviluppati diversi siti di prova di riferimento su larga scala, aperti a tutti gli operatori del settore in tutta Europa, utilizzando fino a 1,5 miliardi di EUR della sezione relativa all'IA del programma Europa digitale proposto, sulla base dell'esperienza dei centri di eccellenza esistenti negli Stati membri. Tra le strutture di prova che gli Stati membri stanno costituendo figurano quelle utilizzate per le prove transfrontaliere di guida autonoma e connessa e per la sperimentazione in scala reale degli ospedali intelligenti".

armonizzate sulla intelligenza artificiale -preceduta dalla Relazione sulle implicazioni della Intelligenza artificiale, dell'internet delle cose e della robotica in materia di sicurezza e di responsabilità del 19 febbraio 2020 COM (2020) 64 final e dal Libro bianco sull'intelligenza artificiale del 19 febbraio 2020 COM (2020) 65 final- e la proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale.

Si afferma nella Risoluzione che non è necessario rivedere in toto i regimi di responsabilità essendo sufficienti adeguamenti specifici e coordinati degli stessi al fine di assicurare ai danneggiati un giusto ristoro. Si rileva inoltre l'efficacia della Direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi, che deve essere soltanto adattata alla nuova realtà del mondo digitale "per affrontare le sfide poste dalle tecnologie digitali emergenti, garantendo in tal modo un livello elevato di efficace protezione dei consumatori".

La Risoluzione si sofferma in particolare sulla responsabilità dell'operatore di un sistema di IA in ragione della circostanza che lo stesso controlla il rischio associato al sistema ed è "il primo punto di contatto visibile per la persona interessata", diversificandola a seconda della tipologia di rischi.

Se trattasi di un sistema di IA che "comporta un rischio intrinseco elevato" -quando cioè presenta "un elevato potenziale di causare danni a una o più persone, in un modo che è casuale e che va ben oltre quanto ci si può ragionevolmente aspettare"- e che agisce in modo autonomo, appare ragionevole la previsione di un regime comune di responsabilità oggettiva; viceversa per gli altri sistemi di IA, che non presentino un elevato rischio intrinseco e non siano autonomi, sarebbe sufficiente un regime di responsabilità per colpa.

Quanto all'entità dell'obbligazione risarcitoria si afferma nell'allegato alla Risoluzione che, qualora un operatore di un sistema di IA ad alto rischio sia stato ritenuto responsabile per danni, si risarcisce fino a un importo massimo di due milioni di euro, in caso di morte o in caso di danni alla salute o all'integrità fisica, e fino ad un importo massimo di un milione di euro in caso di danni patrimoniali causati a terzi. L'azione risarcitoria è soggetta ad un termine di prescrizione di 30 anni in caso di danni non patrimoniali, decorrenti dalla data in cui si è verificato il danno, mentre per quelli patrimoniali trova applicazione alternativamente un termine trentennale decorrente dalla data in cui ha avuto inizio l'attività del sistema di IA ad altro rischio o decennale con decorrenza dal momento del verificarsi del danno, trovando comunque



applicazione il termine che scadrà per primo e ferma restando l'operatività della sospensione e della interruzione della prescrizione come previste dai diritti nazionali.

Si ribadisce che un'adeguata copertura della responsabilità è essenziale anche per accrescere la fiducia nella nuova tecnologia a fronte della possibilità di subire danni o di affrontare azioni legali intentate dalle persone interessate.

La proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2021- COM /2021/206 final, approvata dal Parlamento in data 14 giugno 2023, che stabilisce regole armonizzate sulla intelligenza artificiale (Artificial Intelligence Act), persegue lo scopo di migliorare il funzionamento del mercato interno con la previsione di un quadro giuridico uniforme per quanto riguarda lo sviluppo, la commercializzazione e l'uso di un sistema di intelligenza artificiale. Questo viene definito come “un software sviluppato con una o più delle tecniche e degli approcci elencati nell'allegato I, che può, per una determinata serie di obiettivi definiti dall'uomo, generare output quali contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono”.

Il Regolamento si propone altresì il raggiungimento di un elevato livello di protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali, oltre che la garanzia della libera circolazione transfrontaliera di beni e servizi basati sull'IA, sì da evitare restrizioni allo sviluppo, alla commercializzazione e all'uso di sistemi di IA.

L'atto normativo oggetto di proposta differenzia per categorie i sistemi di intelligenza artificiale, regolamentandone i profili di sicurezza, con un approccio fondato sul rischio (rectius sulla riduzione del rischio) che gli stessi presentano per gli utenti, fermo restando il divieto di utilizzo di determinate pratiche di intelligenza artificiale, contrarie ai principi dell'Unione e ai diritti fondamentali riconosciuti e tutelati a livello sovranazionale¹⁹.

In questa direzione è vietata l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di un sistema di IA che si avvale di tecniche subliminali che, indipendentemente dalla consapevolezza che ne ha la persona, determinano il comportamento della stessa sì da arrecarle un pregiudizio alla salute fisica o psichica; è inoltre vietata l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di un sistema di IA che fa leva sulle vulnerabilità di uno specifico

gruppo di persone, in ragione dell'età o della disabilità fisica o mentale, orientandone il comportamento sì da renderlo, anche solo potenzialmente, pregiudizievole alla salute fisica o psichica.

Il divieto si estende all'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di sistemi di IA da parte delle autorità pubbliche o per loro conto ai fini della valutazione o della classificazione dell'affidabilità delle persone fisiche per un determinato periodo di tempo sulla base del loro comportamento sociale o di caratteristiche personali o della personalità note o previste, con un punteggio sociale che determini: il verificarsi di un trattamento pregiudizievole di persone fisiche o gruppi di persone in contesti non collegati a quelli in cui i dati sono stati originariamente generati o raccolti; un trattamento pregiudizievole o sfavorevole di determinate persone fisiche o di interi gruppi di persone fisiche ingiustificato o sproporzionato rispetto al loro comportamento sociale o alla gravità dello stesso. E' ancora vietato l'uso di sistemi di identificazione biometrica remota "in tempo reale" in spazi accessibili al pubblico a fini di attività di contrasto, con l'eccezione dei casi in cui il ricorso a tale misura sia necessario per ricercare potenziali vittime di reato, compresi i bambini scomparsi; prevenire la minaccia imminente per la vita o l'incolumità fisica delle persone fisiche o di un attacco terroristico; l'identificazione dell'autore di un reato o di un sospettato del reato di cui all'articolo 2, paragrafo 2, della Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio.

La proposta di regolamento demanda agli Stati membri la determinazione delle sanzioni -che dovranno essere dissuasive, effettive e proporzionate- conseguenti alla violazione delle disposizioni in essa contenute, considerando gli interessi dei piccoli fornitori nonché delle start-up e della loro sostenibilità economica. L'inosservanza del divieto delle pratiche di intelligenza artificiale di cui all'articolo 5 e la non conformità del sistema di IA ai requisiti di cui all'articolo 10 della Proposta, comportano l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie fino a 30.000.000 di EUR o, se l'autore del reato è una società, fino al 6% del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se superiore, in modo non dissimile da quanto previsto dal Regolamento generale sulla protezione dei dati personali.

Quanto alla categorizzazione dei sistemi di IA gli articoli 6 e seguenti della Proposta contengono una organica regolamentazione dei sistemi di IA ad alto rischio, ritenendo tali quelli destinati ad essere utilizzati come componente di sicurezza di un prodotto o essi stessi un prodotto, disciplinati dalla

¹⁹ Sul punto S. ORLANDO, *Regole di immissione sul mercato e "pratiche di intelligenza artificiale" vietate nella proposta di Artificial intelligence act*, in *Persona e merc.*, 2022, 346 ss.

normativa di armonizzazione dell'Unione elencata nell'allegato II; altro presupposto perché si configuri un sistema di IA ad alto rischio è che il prodotto, il cui componente di sicurezza è il sistema di IA, o il sistema di IA stesso in quanto prodotto, è soggetto a una valutazione della conformità da parte di terzi ai fini dell'immissione sul mercato o della messa in servizio. Sono inoltre considerati sistemi di IA ad alto rischio anche quelli indicati nell'allegato III.

Vengono poi specificati i requisiti che i sistemi di IA devono possedere ed i controlli cui gli stessi sono sottoposti prima della loro immissione sul mercato sì da garantirne la sicurezza. Si prevede che detti sistemi siano progettati e sviluppati con adeguati strumenti di interfaccia uomo-macchina in modo da poter essere efficacemente supervisionati da persone fisiche durante il periodo in cui gli stessi sono in uso. Vengono altresì individuati gli obblighi e le correlate responsabilità dei soggetti (fornitori, importatori, distributori, utenti) coinvolti in relazione alla funzione svolta nel sistema di IA.

Il fornitore, ad esempio, è tenuto a garantire la conformità del sistema di IA ad alto rischio ai requisiti normativamente richiesti per la sua immissione nel mercato, mentre il distributore dovrà verificare che il sistema di IA sia effettivamente conforme alle prescrizioni richieste, quindi il rispetto degli obblighi gravanti sul fornitore o sull'importatore. L'utilizzatore dovrà invece farne uso in modo conforme alle istruzioni, incorrendo in caso contrario in responsabilità. Le affinità con la disciplina del danno da prodotto difettoso sono evidenti, potendosi assimilare il sistema di IA ad alto rischio ad un prodotto difettoso qualora non siano osservate le disposizioni dettate in tema di sicurezza²⁰.

Alla proposta di Regolamento hanno fatto seguito in data 28 settembre 2022 due proposte di Direttiva, le quali integrano la tutela preventiva, affidata alla sicurezza dei sistemi di IA, con quella risarcitoria. Ed infatti entrambe le proposte, sulle quali ci si soffermerà nel prosieguo dell'indagine, sono espressamente dedicate al profilo della responsabilità: una, c.d. Direttiva Product Liability, in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, COM/2022/495 final, abroga la direttiva 85/374/CEE, l'altra invece, c.d. Direttiva sulla responsabilità IA, COM/2022/496 final, relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale

all'intelligenza artificiale. Entrambe le iniziative sono dirette ad adeguare il regime della responsabilità alle trasformazioni dell'era digitale.

Come si legge nella Relazione che accompagna la Direttiva IA, la Commissione ha adottato un approccio olistico alla responsabilità proponendo adeguamenti alla disciplina in materia di responsabilità del produttore per danno da prodotti difettosi nonché un'armonizzazione mirata con la Direttiva IA. In particolare, la Proposta di Direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi prevede un risarcimento per alcuni tipi di danni subiti principalmente da persone fisiche; quella sulla IA contempla invece le azioni di responsabilità a livello nazionale, principalmente per colpa di una persona, al fine di risarcire qualsiasi tipo di danno e qualsiasi tipo di danneggiato. Si tratta di due atti complementari che definiscono un sistema generale di responsabilità civile efficace, che non si sostituisce alle regole di responsabilità presenti nei vari ordinamenti nazionali, nei quali regole diverse possono essere previste con riferimento all'imputazione della responsabilità, all'onere probatorio gravante sui danneggiati nonché ai legittimati all'azione risarcitoria ed all'entità del danno risarcibile.

Per ragioni di completezza argomentativa occorre rilevare che la regolamentazione proposta presenta evidenti relazioni con altre discipline sovranazionali, in particolare con quella relativa alla protezione dei dati personali, Regolamento UE 2016/679, con il Regolamento UE 2065/2022 in materia di mercato unico dei servizi digitali, ed ancora con il Regolamento 2019/881 relativo alla cibersecurity, e con la proposta di Regolamento in materia di ciberresilienza²¹.

3. Il progetto di codice etico per l'Intelligenza artificiale.

Nel 2016 è stato adottato l'Ethical Aligned Design (EAD), contenente alcuni principi che devono orientare la progettazione e la realizzazione dei sistemi di IA. Detti principi consistono in primo luogo nel rispetto dei diritti umani, in particolare dei dati personali, il cui trattamento deve avvenire previo consenso informato²². Si evidenzia altresì

²¹ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai requisiti orizzontali di cibersecurity per i prodotti con elementi digitali COM (2022) 454 final.

²² In realtà da tempo è oggetto di studio la Roboetica, riflessione filosofica che si propone di studiare le conseguenze positive e negative dei robot nella società (G. TZAFESTAS, *Roboethics. A navigating overview*, Berlino, Springer, 2016, 3 ss.). In materia A. TURANO, *Robotica e roboetica: questioni e*

²⁰ In questa direzione anche G. DI ROSA, *Quali regole per i sistemi automatizzati intelligenti?* in *Riv. dir. civ.*, 2021, 852.



che nella realizzazione dei sistemi di IA deve perseguirsi l'obiettivo del benessere personale e sociale; ed ancora si precisa che deve essere assicurata la responsabilità per i danni provocati dalle tecnologie intelligenti, le cui decisioni non devono comunque sfuggire al controllo dell'uomo. Altro principio che viene fissato è quello della trasparenza, non solo nella progettazione ma anche nel funzionamento dei sistemi intelligenti, evitando utilizzazioni non corrette degli stessi, foriere di eventi pregiudizievoli per i cittadini.

Il rispetto di detti principi si auspica possa arginare il rischio sempre più concreto di un'accentuata dipendenza sociale dalle macchine intelligenti²³ e rende improcrastinabile l'enunciazione di una tavola internazionale di principi comuni a tutti i Paesi, nella consapevolezza che trattasi di un obiettivo non facile, essendo alcuni di essi del tutto "refrattari alla individuazione di principi etici cui uniformare l'impiego dell'IA"²⁴.

Il 18 dicembre 2018 l'High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, cui la Commissione europea ha affidato il compito di sviluppare un progetto di orientamenti etici dell'intelligenza artificiale, ha pubblicato un progetto di linee guida etiche per un IA affidabile (The draft Ethics guidelines for Trustworthy AI), che si colloca in una prospettiva antropocentrica sulla scia del rapporto Delvaux. Si scongiura così il rischio che l'intelligenza artificiale divenga un "competitore dell'essere umano, una sua evoluzione che darwinianamente ne potrebbe segnare la sostituzione se non l'estinzione"²⁵. Come è stato efficacemente rappresentato²⁶, la prospettiva totalizzante della macchina richiede "un diritto esistenziale legato alla permanenza della vita e delle persone, una convergenza tra gli uomini, necessaria ma possibile, che postuli una civiltà -sia pure fortemente diversificata- pronta a lottare il fondamentalismo macchinico e il suo pericolo totalizzante di schiacciamento dell'umano".

Il progetto, che si rivolge a tutti coloro che utilizzano e creano sistemi di IA, muove dalla premessa che l'intelligenza artificiale sia una forza dirompente e trasformativa del tessuto sociale.

Le linee guida predisposte dal Gruppo di esperti si suddividono in tre capitoli: il primo si sofferma

sulla individuazione dei principi etici dell'IA dai quali, nel secondo capitolo, si traggono le linee guida per una IA affidabile. Il terzo è invece dedicato ai profili realizzativi delle linee guida predisposte.

I principi posti a fondamento delle Linee guida etiche sono stati desunti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dai Trattati e sono rappresentati dalla dignità umana, dalla libertà, dall'uguaglianza e dalla non discriminazione delle minoranze, dal rispetto dei diritti dei cittadini, dallo Stato di diritto, dalla democrazia e dalla giustizia²⁷.

Dai suddetti diritti fondamentali il Gruppo di esperti ha elaborato una serie di principi etici che possono riassumersi nei seguenti: la strumentalità dei sistemi di IA rispetto al benessere della collettività; il principio secondo il quale l'IA non dovrebbe danneggiare gli esseri umani; il rispetto dell'autonomia dell'essere umano, e ciò a conferma della finalità umano-centrica cui devono ispirarsi i sistemi di IA; ed ancora il principio della giustizia dei sistemi di IA, che implica il diritto a rimedi effettivi ed in particolare al risarcimento in caso di pregiudizi derivanti dall'uso di tecnologie intelligenti nonché la idoneità dei sistemi di IA ad essere compresi anche da soggetti non esperti si da accrescere la fiducia dei cittadini negli stessi.

Ai suddetti principi, pur non avendo gli stessi valenza normativa, dovrà uniformarsi la successiva produzione normativa in materia di IA alla quale è rivolto il monito di conciliare la costruzione di un mercato digitale con la tutela dei diritti fondamentali della persona²⁸.

4. Dispositivi autonomi ed attività negoziale: la responsabilità da inadempimento. Soggettività giuridica degli agenti software. Rilievi critici.

In presenza di macchine intelligenti, che sviluppano una enorme capacità di calcolo ed elaborazione di dati, anche non strutturati, collegati tra loro, con potenzialità ricollegabili alla combinazione di algoritmi, che danno vita ad un processo in grado di svolgere le medesime funzioni della mente umana, il giurista positivo non può sottrarsi all'interrogativo riguardante l'individuazione dei soggetti, responsabili degli eventi dannosi riconducibili ai dispositivi intelligenti, sui quali graverà l'obbligazione risarcitoria, e ciò sia nella dimensione

prospettive nazionali ed europee, in G. Alpa, (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, cit., 132.

²³ Sul punto E. FAZIO, *Intelligenza artificiale e diritti della persona*, Napoli, 2023, 90.

²⁴ Così G. ALPA, *Quale modello normativo europeo per l'intelligenza artificiale?*, in *Contr. impr.*, 2021, 1004.

²⁵ In questi termini M. COSTANZA, *L'intelligenza artificiale e gli stilemi della responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2019, 1686.

²⁶ P. PERLINGIERI, *Sul trattamento algoritmico dei dati*, in *Tecnologie e diritto*, 2020, 191.

²⁷ F. RODI, *op. cit.*, 204.

²⁸ Sul punto G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale contratto e responsabilità*, in *Contr. impr.*, 2020, 720.

infranegoziale che rispetto ai terzi, nonché dei criteri di imputazione della responsabilità.

Quid iuris qualora l'attività negoziale sia riconducibile alle decisioni autonome di agenti software?

Chi risponde dei danni derivanti dall'inadempimento?

L'indagine sulla responsabilità robotica è indubbiamente in correlazione con quella sulla qualificazione degli agenti digitali come soggetti e/o persone elettroniche²⁹.

Deve osservarsi in limine che, malgrado i robots tendano a sostituirsi sempre più nelle attività tipicamente umane, gli stessi non possono tuttavia surrogarsi del tutto all'uomo ed alle sue facoltà sensoriali e cognitive, scaturendo le operazioni automatizzate da un'attività di rielaborazione di dati, che la macchina apprende di continuo dall'uomo e sui quali si fondano le attività predittive degli elaboratori elettronici, secondo diversi schemi interattivi.

L'applicazione dei sistemi di intelligenza artificiale all'attività negoziale avviene mediante la formalizzazione in un codice informatico delle dichiarazioni contrattuali, nelle quali non si prescinde del tutto dall'intervento dell'uomo nell'iter perfezionativo del contratto. E questo dato non è privo di rilevanza ai fini dell'individuazione del soggetto responsabile dell'eventuale inadempimento.

L'evoluzione delle tecnologie informatiche ha introdotto: il data oriented contract in cui si affida l'esecuzione delle prestazioni programmate a processi informatici; il computable contract, che consente di effettuare autonome scelte negoziali, pur sempre soggette all'intervento ed al governo dell'uomo³⁰. Ed ancora si segnalano i Ricardian contracts, che, attraverso un prose parameters and code, collegano il testo contrattuale al codice informatico sulla base di parametri, che consentono l'esecuzione successiva da parte del computer³¹. E' tuttavia con gli smart contracts che l'intera vicenda contrattuale, dalle trattative alla esecuzione delle prestazioni dedotte nel programma negoziale, viene automatizzata e governata da un software, che ne incorpora le varie fasi, tradotte digitalmente.

²⁹ G. DI ROSA, *op. cit.*, 842, il quale è decisamente critico sulla possibilità di considerare i robot soggetti giuridici. Sul punto anche E. FAZIO, *op. cit.*, 181.

³⁰ Si sofferma sulle espressioni delle tecnologie digitali applicate all'attività contrattuale, F. DI GIOVANNI, *Attività contrattuale e intelligenza artificiale*, in *Giur. it.*, 2019, 7, 165; ID., *Sui contratti delle macchine intelligenti*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, cit., 256.

³¹ Su questa classificazione anche M. MAUGERI, *Smart contracts e disciplina dei contratti*, Bologna, 2021, 28.

L'accordo diviene così interamente automatizzato ed il regolamento contrattuale tradotto in un code contenente precise istruzioni alla macchina: verificatisi i presupposti indicati nel code si attivano risposte predeterminate.

In particolare il comma 2 dell'art. 8 ter del decreto legge 14 dicembre 2018, n. 135, convertito nella legge n. 12/2019, definisce il contratto intelligente "un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse". Lo smart contract può in concreto atteggiarsi ad un vero e proprio contratto il cui accordo, come già rilevato, è totalmente automatizzato, essendo le clausole contrattuali incorporate nel software e tradotte nel linguaggio informatico del codice. La sua caratteristica è data dalla produzione automatica degli effetti al verificarsi dei presupposti indicati dalle parti e tradotte in linguaggio informatico, secondo la sequenza logica if this then that.

L'imput all'(automatica) esecuzione del contratto può scaturire da fattori interni, già tradotti nel linguaggio della macchina, o provenire da circostanze esterne al programma; in questo secondo caso si registra l'intervento di un elemento esterno - tecnicamente definito oracolo- che invia un imput al sistema, L'oracolo istituisce un collegamento tra la piattaforma blockchain ed il mondo esterno ed accerta il verificarsi delle condizioni cui è subordinata l'esecuzione o la mancata esecuzione dell'accordo; lo stesso può sostanzarsi in una macchina, ad esempio un sistema automatico di comunicazione di dati, oppure in un essere umano, che svolge un'attività materiale al cui verificarsi si producono gli effetti programmati nel code. Attivato lo smart contract, sulla base di quanto programmato e scritto nel codice sorgente, ha inizio l'esecuzione dello stesso, che non può essere interrotta così realizzandosi un self enforcement del contratto.

La macchina intelligente, sulla base delle informazioni veicolate dall'oracolo, è in grado di: verificare la congruenza di proposta ed accettazione, nonché l'avverarsi del presupposto cui è subordinato l'evento traslativo o l'esecuzione della prestazione contrattuale; impiegare facoltà valutative, assumendo decisioni negoziali di acquisto o vendita di determinati beni, qualora sussistano i presupposti indicati nel codice informatico, quali, ad esempio, determinate oscillazioni dei prezzi dei prodotti finanziari³².

³² I. A. CAGGIANO, *Il contratto nel mondo digitale*, in *Nuova giur. comm.*, 2018, 1152 ss; G. SALITO, voce *Smart contract*, in *Digesto disc. priv.*, Torino, 2019, 5.; A. MUSIO, *La storia non finita dell'evoluzione del contratto tra novità tecnologiche e*



In questi casi il processo di automazione è massimo e, a parte l'intervento iniziale dell'uomo, l'attività negoziale è interamente robotica.

Sembra allora che gli agenti software sviluppino processi intenzionali, con un agire orientato al raggiungimento di uno scopo ed una capacità comunicativa, costituente questa, nella riflessione giuridica, elemento determinante ai fini dell'attribuzione agli stessi della capacità di agire e della personalità³³.

L'agire autonomo in senso giuridico degli agenti software presuppone innanzitutto che essi perseguano finalità proprie e non aliene e assumano decisioni non prevedibili tra diverse alternative da parte del programmatore, che potrà intervenire non ex ante bensì ex post.

L'autonomia dell'agente software è quindi legata alla capacità dello stesso di assumere decisioni in condizioni di incertezza, derivante dalla indeterminatezza della programmazione nonché dalla "scarsa strutturazione dell'ambiente con il quale l'algoritmo si confronta"³⁴.

La suddetta capacità di acquisizione autonoma di conoscenze e di apprendimento sulla base dell'esperienza maturata, con conseguenti scelte contrattuali non prevedibili dal contraente umano, renderebbe l'agente software del tutto somigliante all'uomo, facendo presumere un apporto volitivo dello stesso, così come altri stati soggettivi rilevanti, ed una conseguente soggettività e/o personalità elettronica -come proposto dal Parlamento europeo con la Risoluzione del 16 febbraio 2017 nel quadro di una serie di alternative³⁵- e titolarità di un

conseguenti esigenze di regolazione, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 1, 233.

³³ E. ESPOSITO, *Artificial communication? The production of contingency by algorithms*, in *Zeitschrift für Soziologie*, 2017, 250; G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi* (a cura di P. Femia), Napoli, 2019, pp. 46, 92. Rileva quest'ultimo autore che "gli agenti software sono -al pari delle imprese o delle altre organizzazioni formali- null'altro che meri flussi informativi, i quali diventano "persone" (o persone parziali), quando nel processo comunicativo pervengono ad una identità sociale e ad essi sia effettivamente attribuita una propria capacità di agire, insieme alle necessarie disposizioni organizzative, quali ad esempio, le regole di rappresentanza" (p. 46).

³⁴ G. TEUBNER, *op. cit.*, 56.

³⁵ Si legge nel § 59 della Risoluzione che la Commissione è invitata a valutare soluzioni giuridiche possibili tra cui "f) l'istituzione di uno status giuridico specifico per i robot nel lungo termine, di modo che almeno i robot autonomi più sofisticati possano essere considerati come persone elettroniche responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato, nonché eventualmente il riconoscimento della personalità elettronica dei robot che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con terzi". In dottrina sulla soggettività degli agenti artificiali S. N. LEHMAN-WILZIG, *Frankenstein Unbound: Towards a Legal Definition of Artificial Intelligence*, in *Futures*, 1981, 442; G. TEUBNER, *Rights of Non-*

patrimonio su cui soddisfarsi in caso di accertata responsabilità³⁶. Consapevoli tuttavia delle difficoltà applicative per il danneggiato, non avendo le macchine intelligenti una collocazione fisica ben definita che consenta di individuare il domicilio o la residenza della parte debitrice, il cui patrimonio viene escusso.

La persona elettronica peraltro assumerebbe decisioni autonome senza la mediazione dell'uomo, non costituendo un mero nuncius dell'agente umano, c.d. principal, nella prospettiva di una progressiva assimilazione delle intelligenze artificiali a quelle umane, *rectius naturali*³⁷.

Il riconoscimento di una personalità digitale ad agenti autonomi, altrimenti da considerare alla stregua delle res, costituirebbe infatti una garanzia per i danneggiati nei casi in cui non sia possibile attivare una risposta risarcitoria secondo le regole vigenti nel diritto dei torts, perché, ad esempio, gli smart products non presentano elementi di pericolosità, pur essendo causativi di eventi pregiudizievoli, oppure in ragione della difficoltà oggettiva che si incontrerebbe nella individuazione dei soggetti ritenuti responsabili³⁸. Nell'impossibilità di formulare un giudizio di rimproverabilità la responsabilità conseguente ad una personalità elettronica perseguirebbe unicamente una finalità compensativa, affidandosi quella preventiva alla disciplina in materia di sicurezza del prodotto intelligente³⁹.

In realtà la soggettività esprime la titolarità di una situazione di interesse, divenendo il soggetto un autonomo centro di imputazione di atti e rapporti giuridici; e questo vale anche per la personificazione di entità (collettive) non umane, che devono essere pur sempre portatrici di un

humans? Electronic Agents and Animals as New Actors in Politics and Law, in *Journal of Law and Society*, 2006, 497 ss.; M. COECKELBERGH, *Robot Rights? Towards a social relational justification of moral consideration*, in *Ethics and Information Technology*, 2010, 209 ss.; S. M. MAYINGER, *Die Kunstliche person. Untersuchung rechtlicher Veränderungen durch die Installation von Softwareagenten im Rahmen von Industrie 4.0, unter besonderer Berücksichtigung des, Datenschutzrechts, Fachmedien Recht und Wirtschaft* deutscher, Frankfurt am Main, 2017, 244.

³⁶ F. DI GIOVANNI, *Sui contratti delle macchine intelligenti*, *cit.*, 267.

³⁷ U. RUFFOLO, *La personalità elettronica*, in *Id.*, *Intelligenza artificiale.*, *cit.*, 217.

³⁸ Per questi rilievi E. PALMERINI, *Soggettività e agenti artificiali: una soluzione in cerca di problema?*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2020, 2, 465. U. RUFFOLO, *op. loc. ult. cit.*, 214, ritiene invece che responsabilizzare la macchina comporterebbe una limitazione della responsabilità patrimoniale ad uno specifico patrimonio con una conseguente riduzione della tutela dei danneggiati.

³⁹ E. PALMERINI, *op. cit.*, p. 465.



interesse superindividuale per assumere la qualità di soggetto giuridico⁴⁰.

Le facoltà cognitive e volitive che si attribuiscono alla macchina intelligente, in una prospettiva antropomorfa, non decidono allora di per sé sole della soggettività della stessa in difetto dei suddetti requisiti. Pertanto, poiché le decisioni assunte dagli agenti intelligenti, pur autonomamente adottate, sono in ogni caso riferibili ad un agente umano cui vengono attribuiti gli effetti delle decisioni medesime, non appare teoricamente fondata l'attribuzione di una soggettività agli algoritmi decidenti né "all'ibrido uomo-macchina"⁴¹. Né può condividersi la qualificazione della macchina intelligente in termini di procurator o nuncius, presupponendo le stesse pur sempre una forma di soggettività⁴². Ed infatti, pur volendo accedere alla proposta qualificazione dell'agente software -dotato di autonomia- come rappresentante, che effettua scelte consapevoli tra più alternative possibili, discostandosi dal modello programmato dall'agente umano, rimane pur sempre da superare l'ostacolo costituito dall'attribuzione di rilevanza -secondo i principi generali in materia- agli stati soggettivi del rappresentante e non a quelli del rappresentato; e ciò appare difficile da configurare rispetto ad entità inanimate (non senzienti) quali gli agenti software, ai quali dovrebbe in questa logica essere riconosciuta la soggettività giuridica quali parti dell'atto⁴³.

⁴⁰ Sulla soggettività giuridica senza pretesa di esaustività si segnalano i contributi di A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939; T. FROSINI, *Il soggetto di diritto come situazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, 240 ss.; P. ZATTI, *Persona giuridica e soggettività. Per una definizione del concetto di "persona" nel rapporto con la titolarità di situazioni soggettive*, Padova, 1975; F. ALCARO, *Riflessioni critiche intorno alla soggettività giuridica. Significato di un'evoluzione*, Milano, 1976; S. AMATO, *Il soggetto e il soggetto di diritto*, Torino, 1990; N. LIPARI, *Diritti fondamentali e CATEGORIE CIVILISTICHE*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, 413 ss.; S. COTTA, *Soggetto umano e soggetto giuridico*, Milano, 1997; P. GALLO, *Soggetto di diritto*, in *Dig. discipl. priv. sez. civ.*, XVIII, 2000. Più di recente M.R. MARELLA, *Antropologia del soggetto di diritto. Note sulle trasformazioni di una categoria giuridica*, in *Oss. dir. civ., comm.*, 2021, 71 ss.

⁴¹ In questa direzione U. RUFFOLO, *op. cit.*, p. 226, secondo il quale il delegante umano accetta il rischio di una decisione errata, non prevedibile né determinabile.

⁴² In dottrina (G. TEUBNER, *op. cit.*, 73) si propone di "elaborare regole specifiche adeguate alle dichiarazioni di volontà rilasciate da un rappresentate digitale, attraverso una prudente analogia delle norme sulla rappresentanza". Qualifica in termini di rappresentanza il rapporto tra agente digitale e utilizzatore del software anche G. SARTOR, *Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto?*, in *Contratto impr.*, 2002, 486.

⁴³ G. DI ROSA, *op. cit.*, p. 843, secondo il quale "il passaggio dalla (mera) automazione (che attiene sicuramente all'oggetto

Peraltro l'attribuzione di una soggettività elettronica si scontra con il dato della inesistenza di una autonomia assoluta delle macchine intelligenti rispetto all'operatore umano, che effettua a monte scelte produttive, anche in caso di autogestione del sistema, fermo restando che spesso a dette macchine, pur dotate di margini di scelta tra più alternative possibili, vengono affidati compiti esecutivi. Come si è efficacemente rappresentato, le macchine intelligenti che l'uomo costruisce "non fanno che perfezionare, potenziare e moltiplicare il tipo di intelligenza che le crea, per cui non si può delegare la scelta ad una macchina, anche se è intelligente, a meno di non ridurre l'intelligenza umana alla funzione di una macchina"⁴⁴.

La responsabilità in questi casi grava allora, sulla base di criteri di imputazione oggettiva, su chi ha curato l'organizzazione o ha operato avvalendosi pur sempre della macchina⁴⁵, o ancora sul produttore, con una possibile pluralità di responsabili, e non sulla macchina stessa. Siffatti criteri infatti per un verso non presuppongono l'attribuzione di una soggettività alle macchine intelligenti e per altro verso tutelano efficacemente il danneggiato.

Ed è verosimilmente questo il percorso risarcitorio che sarà seguito dai danneggiati, che possono beneficiare altresì della previsione di un obbligo di assicurazione a carico dei veicoli autonomi, secondo quanto stabilito dalla Direttiva 2009/103 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 settembre 2009, concernente l'assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli e il controllo dell'obbligo di assicurare tale responsabilità.

Né, per le ragioni sopra esposte, appare condivisibile il tentativo di estendere la soggettività ai care robots, macchine intelligenti applicate su dispositivi fisici ed utilizzate per supportare persone con disabilità fisiche o cognitive, alle cui sollecitazioni rispondono, così creando l'apparenza di provare emozioni e sentimenti alla stessa stregua degli esseri umani⁴⁶. In questo caso il ricorso alla *fictio* della soggettività è determinato dalla esigenza

del diritto) alla (ben più incisiva) autonomia segnerebbe la possibilità della personificazione dell'entità robotica (il mondo dei soggetti del diritto) e, dunque, di quel dualismo che connota la fattispecie rappresentativa, agendo quindi la nuova entità in nome e per conto di altri attraverso una propria (autonoma) volontà".

⁴⁴ A. GORASSINI, *op. cit.*, 45, il quale afferma inoltre che "il nostro cervello ha fin dalla nascita un talento che nessun software per quanto potente sembra possa imitare".

⁴⁵ In forza di una preposizione, che potrebbe anche comportare l'applicazione alla macchina di una soggettività non piena. Su questa problematica G. TEUBNER, *op. cit.*, 27 ss.

⁴⁶ E. Palmerini, *op. cit.*, 471.



di valorizzare la relazione che di fatto si instaura tra l'essere umano e la macchina, da non considerare alla stregua di una semplice res⁴⁷.

A queste entità dovrebbero pertanto essere riconosciute tutta una serie di situazioni giuridiche soggettive, finalizzate tuttavia non alla realizzazione di interessi facenti capo ad esse -dato questo che giustificerebbe l'attribuzione della soggettività- bensì a tutelare i sentimenti di affezione che i destinatari di questi robot sociali sviluppano nei loro confronti e che richiedono un intervento dell'ordinamento diretto a sanzionare comportamenti pregiudizievoli e/o abusivi⁴⁸.

Le ragioni addotte non sembrano tuttavia sufficienti per giuridicizzare, con l'attribuzione della soggettività, una relazione tra uomo e macchina, che non si instaura certamente tra pari e non è sostitutiva del contatto umano, che per nessun verso può essere affidato ad un essere non senziente.

Né ancora appare condivisibile, in una prospettiva funzionale, l'attribuzione ai robot autonomi di una

capacità giuridica parziale avuto riguardo al ruolo effettivamente svolto dagli agenti software. Si configurerebbe una capacità speciale strumentale al fine per il quale la macchina agisce⁴⁹. I robots autonomi, in quanto dotati di capacità di elaborazione e di effettuare valutazioni discrezionali, sarebbero in ogni caso titolari dell'attività posta in essere, pur avendo questa "minore ricchezza di quella umana"⁵⁰.

Peraltro, anche la già richiamata Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020, ritenuto

che "tutte le attività, i dispositivi o i processi fisici o virtuali che sono guidati da sistemi di IA possono essere tecnicamente la causa diretta o indiretta di danni o pregiudizi, ma sono quasi sempre il risultato della creazione, della diffusione o dell'interferenza con i sistemi da parte di qualcuno", ha rilevato che non è necessario conferire personalità giuridica ai sistemi di IA.

Il Parlamento europeo poiché "l'opacità, la connettività e l'autonomia dei sistemi di IA potrebbero rendere, nella pratica, molto difficile o addirittura impossibile ricondurre specifiche azioni dannose dei sistemi di IA a uno specifico input umano o a decisioni adottate in fase di progettazione", ritiene possibile "aggirare tale ostacolo considerando responsabili le varie persone nella catena del valore che creano il sistema di IA, ne eseguono la manutenzione o ne controllano i rischi associati"⁵¹.

Ritenuto per le ragioni sopra evidenziate che l'agente digitale non possa essere considerato allo stato un soggetto giuridico, in presenza di una negoziazione automatizzata si pone il problema dell'imputazione degli effetti del contratto e della individuazione dei soggetti sui quali grava l'obbligazione risarcitoria in caso di inadempimento.

Il dato, emerso dalla trattazione che precede, che le macchine intelligenti procedono a comparare proposte di contratto, selezionando quelle economicamente più vantaggiose, negoziano il contenuto del contratto procedendo a differenziare le condizioni con le controparti, assumono decisioni, pur in assenza di istruzioni da parte dell'agente umano, e determinano esiti contrattuali non prevedibili dallo stesso, impone una riflessione sulla necessità di adeguare alcune regole codicistiche alle nuove tecnologie, verificando la compatibilità dei principi che governano la vicenda contrattuale realizzantesi nel mondo reale.

Il dispositivo autonomo, pur sviluppando processi cognitivi assimilabili per certi versi a quelli umani, manca di discernimento, limitandosi a trasformare i dati ricevuti in elementi di ragionamento di cui non è in grado di fissare le premesse⁵², lo stesso pertanto non può essere destinatario di un giudizio di colpevolezza; ciò nonostante ci si deve rappresentare la possibilità della non corretta esecuzione delle prestazioni dedotte nella contrattazione automatizzata, con conseguente pregiudizio per l'altro contraente. Se, come sopra rilevato, l'autonomia delle macchine

⁴⁷ M. COECKELBERGH, *op. cit.*, 209.

⁴⁸ K. DARLING, *Extending legal protection to social robots: The effects of antropomorphism, empathy and violent behaviour towards robotic objects*, in *Robot Law* a cura di R. CALO', A.M. FROOMKIN, I. KERR, CHELTENHAM, EDWARD ELGAR PUBLISHING, 213.

⁴⁹ F. CAROCCIA, *Soggettività giuridica dei robots?* in G. ALPA, *Diritto e intelligenza artificiale*, cit., p. 250. Sulla fondatezza, con riferimento alla materia degli algoritmi, di una gradualità e relatività della teoria della soggettività giuridica e delle riflessioni della dottrina germanica contemporanea riguardo alla personalità elettronica, P. PERLINGIERI, *Sul trattamento algoritmico dei dati*, in *Tecnologie e dir.*, 2020, 186, il quale ritiene che la capacità di agire digitale vada "considerata per le sue peculiarità e finalità e secondo il ruolo che di fatto assume l'intelligenza artificiale che varia dalla sua esclusiva strumentalità da parte dell'uomo alla sua completa autonomia, sia pure associata o integrata con quella dell'uomo in una uova simbiosi uomo-macchina con reciproci flussi informativi, tale da costituire comunque una propria identità capace di autodeterminarsi, adattandosi alle più varie strategie decisionali".

⁵⁰ F. ALCARO, *Intelligenza artificiale e attività giuridica*, in AA.VV., *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità. Atti del 14° Convegno Nazionale della SISDiC.*, Napoli, 2020, 23.

⁵¹ Punto n. 7 della Risoluzione.

⁵² E. BATTELLI, *Necessità di un umanesimo tecnologico: sistemi di intelligenza artificiale e diritti della persona* in (a cura di) D. Buzzelli-M. Palazzo, Pisa, 2022, 92 ss..

intelligenti non è assoluta, ma pur sempre condizionata da scelte produttive, e nella specie anche di programmazione, esclusa l'estensione della soggettività, non rimane che la responsabilità di colui nel cui interesse avviene l'agire dei dispositivi autonomi e che risulta essere destinatario degli effetti dell'attività negoziale, salva in ogni caso la concorrente responsabilità dell'agente umano che ne ha programmato il funzionamento. Si pensi alle operazioni di c.d. trading on line in cui la valutazione delle condizioni contrattuali ed il perfezionamento del contratto sono rimessi a macchine intelligenti, dotate di capacità elaborativa di dati ed informazioni. Ed ancora il riferimento è alla negoziazione degli strumenti finanziari in cui "in cui un algoritmo informatizzato determina automaticamente i parametri individuali degli ordini, come ad esempio l'avvio dell'ordine, la relativa tempistica, il prezzo, la quantità o le modalità di gestione dell'ordine dopo l'invio, con intervento umano minimo o assente," ex art. 1 bis, comma 6, quinquies, T.U.F. La responsabilità grava in questi casi sul soggetto che ha deciso di avvalersi o ha notificato il ricorso a sistemi di intelligenza artificiale.

Al riguardo non sarebbe peraltro nemmeno conducente, oltre che positivamente fondata, l'applicazione analogica della disciplina dettata per la responsabilità del debitore per fatto degli ausiliari ex art. 1228 c. c., anche nell'ipotesi in cui il dispositivo intelligente svolgesse un ruolo esecutivo di una programmazione effettuata dall'operatore umano, c.d. addestratore⁵³. In questo caso si richiede infatti, oltre al nesso causale tra fatto dell'ausiliario, inadempimento e danno⁵⁴, la rimproverabilità soggettiva della condotta all'ausiliario stesso, nella specie di difficile configurazione trattandosi di entità inanimate. Pertanto l'agente umano, destinatario degli effetti ex contractu, cui in tesi possono anche essere riferite le scelte di programmazione, deve rispondere dell'inadempimento riconducibile al dispositivo autonomo, così come avviene in caso di obbligazioni costituenti espressione di attività d'impresa⁵⁵. La macchina intelligente quando si immette nel traffico giuridico, anche se con i margini di autonomia sopra evidenziati, non persegue infatti un interesse proprio; appare quindi

⁵³ Sul punto A. AMIDEI, *Intelligenza Artificiale e product liability: sviluppi del diritto dell'Unione europea*, in *Intelligenza Artificiale e diritto*, a cura di E. GABRIELLI e U. RUFFOLO, in *Giur. it.*, 2019, 1725.

⁵⁴ Per ulteriori approfondimenti sul tema G. CECCHERINI, *Responsabilità per fatto degli ausiliari. Clausole di esonero da responsabilità. Artt. 1228-1229*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2003, 98 ss.

⁵⁵ U. SALANITRO, *op. cit.*, 1254.

equo che dell'eventuale inadempimento risponda chi si appropria degli effetti derivanti dall'agire dei dispositivi autonomi. Non viene dunque in rilievo una responsabilità per fatto altrui bensì per fatto proprio ex art. 1218 c.c., riconducibile all'operatore umano nella cui sfera giuridica si producono gli effetti, con il limite dell'impossibilità della prestazione derivante da causa allo stesso non imputabile, di cui il legislatore sembra tuttavia accogliere una nozione naturalistica⁵⁶.

Malgrado il legislatore del 1942 non qualifichi, ai fini dell'esonero da responsabilità, l'impossibilità della prestazione come oggettiva ed assoluta, richiedendo soltanto la non imputabilità della stessa al debitore, deve, tuttavia, ritenersi che in tale prospettiva la responsabilità debitoria è meramente oggettiva, derivante dal fatto inadempimento e non fondata sulla colpa: come è stato autorevolmente sostenuto, in questo caso "sopravvenuta l'impossibilità della prestazione, non tanto la colpa è rilevante come fonte di responsabilità, quanto l'assenza di colpa come elemento concorrente a formare una fattispecie estintiva dell'obbligazione. La colpa impedisce l'estinzione dell'obbligazione, così che pure in questa ipotesi il debitore risponde per inadempimento"⁵⁷.

Il comportamento illecito -in quanto causativo di danno⁵⁸- del dispositivo autonomo determina di per sé solo la responsabilità dell'operatore umano con conseguente irrilevanza della valutazione del comportamento di quest'ultimo in termini di diligenza se non al limitato fine di stabilire se vi sia stato o meno esatto adempimento. Ciò troverebbe riscontro nella disciplina delle obbligazioni, che colloca la norma in materia di diligenza nell'esecuzione della prestazione proprio nell'ambito della disciplina generale dell'adempimento, elevandola a criterio di verifica della esattezza dello stesso⁵⁹.

⁵⁶ Per un panorama degli orientamenti dottrinali sulla natura, soggettiva o oggettiva, della responsabilità per inadempimento, M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, 187 ss.; L. MENGONI, *La responsabilità contrattuale*, in *Jus*, 1986, 87 ss.; G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore, sub. art. 1218 c.c.*, in *Il Codice civile. Commentario* diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2006, 94 ss.; M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Id.*, *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2004, 1267 ss.

⁵⁷ L. MENGONI, *op. cit.*, 102

⁵⁸ Si ritiene infatti che sia il danno a qualificare un comportamento come illecito, sul punto A. ASTONE, *L'autonomia rilevanza dell'atto illecito. Specificità dei rimedi*, Milano, 2012, 52.

⁵⁹ Si è rilevato al riguardo (M. GIORGIANNI, *op. cit.*, 209) che in caso di adempimento dell'obbligazione dovrà accertarsi se il debitore ha usato la diligenza del buon padre di famiglia, mentre in caso di inadempimento l'art. 1176 c.c. non può essere invocato. E ciò in quanto se la prestazione è possibile il debitore è responsabile.



In questa direzione si rileva che una interpretazione della disciplina positiva in materia di inadempimento delle obbligazioni, fedele al criterio sistematico, esclude l'integrazione tra l'art. 1176 e l'art. 1218 c.c., in quanto la prima disposizione fa riferimento alla diligenza quale modalità di adempimento della prestazione⁶⁰; pertanto il difetto di diligenza qualifica sic et simpliciter il debitore come inadempiente, il quale è responsabile, qualora non provi l'impossibilità derivante da causa allo stesso non imputabile⁶¹. Per nessun verso indica, allora, un criterio di attribuzione della responsabilità. Esclusa l'identificazione dell'imputabilità della impossibilità della prestazione con la colpa del debitore⁶², appare condivisibile l'opinione che ravvisa nella non imputabilità l'esclusione di un nesso causale tra comportamento del debitore e fatto causativo dell'inadempimento⁶³. Nella specie pertanto l'operatore umano – sia o meno lo stesso anche addestratore- sul quale, se portatore dell'interesse programmato dal contratto, ricadono gli effetti dell'agire dei dispositivi autonomi, dovrà fornire la non agevole prova che l'evento dannoso deriva da un rischio atipico del tutto estraneo alla propria sfera di azione⁶⁴.

5. Prodotti intelligenti e responsabilità da cose in custodia.

Di là dalla dimensione infraneoziale si ripropone l'interrogativo di chi debba rispondere dei danni cagionati da una macchina intelligente e come debba qualificarsi in questo caso l'illecito sul versante aquiliano, nel quale le *regulae agendi* sono dirette a comporre i conflitti per un verso mediante la riduzione dei costi per la collettività, per altro verso attraverso la distribuzione dei rischi di danno

⁶⁰ Per ulteriori approfondimenti sul punto sia consentito rinviare a A. ASTONE, *op. cit.*, 244 ss.

⁶¹ C. CASTRONOVO, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 9, secondo il quale il collegamento tra le due norme "intuito come necessario, ma in realtà smentito dalla legge, è il frutto della precomprensione secondo cui la colpa come correlato negativo della diligenza vada intuita dietro ogni riferimento che la legge faccia a quest'ultima. Ma ove pure si voglia accedere a tale precomprensione, essa non implica che si debba fare capo all'art. 1176 per dare contenuto alla imputazione della responsabilità che l'art. 1218 esige in funzione della responsabilità del debitore".

⁶² L. MENGONI, *op. cit.*, 124. In senso contrario L. BIGLIAZZI GERI U. BRECCIA, F. D. BUSNELLI U. NATOLI, *Diritto civile*, 3, Torino, 1989, 138, che identificano la causa imputabile al debitore con un comportamento doloso o colposo di questi.

⁶³ P. RESCIGNO, *Fortuito, causa non imputabile e diligenza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1951, 388.

⁶⁴ In questa direzione anche U. SALANITRO, *op. cit.*, 1254.

conseguenti ad attività che presentano un'indubbia utilità⁶⁵.

In realtà sembra che le norme vigenti in materia di responsabilità civile, con i dovuti correttivi interpretativi, siano in grado di dare una risposta adeguata al problema della risarcibilità dei danni derivanti dal ricorso all'intelligenza artificiale.

Se, come sopra rilevato, il dispositivo autonomo è una entità inanimata, del danno eventualmente dallo stesso causato risponde -nella nostra esperienza giuridica- il proprietario o utilizzatore quale custode della cosa con il limite del caso fortuito ex art. 2051 c. c., disposizione questa che va evolutivamente interpretata fino a ricomprendervi anche le cose intelligenti.

Ed infatti colui che ha ricevuto una cosa in custodia, avendo sulla stessa, a qualsiasi titolo, un effettivo e non occasionale potere, in quanto ne controlla le modalità di uso o di conservazione, risponde del danno causato dalle cose stesse con il limite del caso fortuito, da intendersi quale causa estranea del tutto inevitabile⁶⁶.

⁶⁵ A riguardo C. SALVI, *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1187. Assunto condiviso da E. FAZIO, *op. cit.*, 189.

⁶⁶ Sono sostanzialmente due le concezioni del caso fortuito che sono state elaborate: quella soggettiva che individua il caso fortuito in un evento dannoso non prevedibile e non superabile con l'uso della normale diligenza; e quella oggettiva che considera il caso fortuito come causa estranea inevitabile. Sulla nozione soggettiva di caso fortuito in dottrina A. CANDIAN, *voce Caso fortuito e forza maggiore*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1958, 988; G. COTTINO, *voce Caso fortuito*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, VI, 377; P. FORCHIELLI, *Responsabilità civile*, Padova, 1983, 58; C. M. BIANCA, *Diritto civile. 5. La responsabilità*, Milano, 1994, 718; G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, Napoli 1999, 76. In giurisprudenza accolgono la teoria soggettiva del caso fortuito Cass. 6.05.1961, 1060, in *Foro it.*, *Rep.* 1961, *voce Responsabilità civile*, p. 73; Trib. Milano 19.10.1995, in *Foro it. Rep.* 1996, *voce Caso fortuito*. Affermano, viceversa, la natura oggettiva del caso fortuito P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 191 il quale rileva il carattere di relatività del caso fortuito, derivante dalla connessione della nozione di caso fortuito con quella di probabilità; C. CASTRONOVO, *Tra rischio e caso fortuito: la responsabilità da cassette di sicurezza*, in *Banca Borsa e titoli di credito*, 1978, 57; M. COMPORI, *Causa estranea, caso fortuito e responsabilità oggettiva*, in *Foro it.*, 1985, I, C. 2694. In giurisprudenza la concezione oggettiva del caso fortuito si afferma negli anni 80 con Cass. 6.01.1983, n. 75, in *Foro it. Rep.*, 1983, *voce Responsabilità civile*, p. 125, e viene ribadita da: Cass. 14.03.1983, in *Foro it. Rep.*, 1983, *voce Responsabilità civile*, p. 126, Cass. 6.07.2006, n. 15383, in *Foro it. Rep.*, 2006, *voce Responsabilità civile*, p. 444; Cass. 6.07.2006, n. 15384, in *Foro it.*, 2006, 3358, con nota di P. LAGHEZZA. Di recente Cass., 22.05.2023, n. 14065, in *Guida al dir.*, 2023, n. 14065, che ha affermato il carattere oggettivo e non presunto della responsabilità di cui all' art. 2051 c.c., essendo sufficiente, per la sua configurazione, la dimostrazione da parte dell'attore del nesso di causalità tra la cosa in custodia ed il danno, mentre sul custode grava l'onere della prova

La fattispecie è stata tradizionalmente interpretata in termini di presunzione di colpa in capo al custode che avrebbe omesso l'adozione di tutte le misure necessarie per evitare il verificarsi del danno. Pertanto, lo stesso deriverebbe non dalla cosa, bensì da un comportamento umano omissivo⁶⁷. Tuttavia, l'individuazione in capo al custode di una presunzione di colpa sembra abbia costituito una adesione, non del tutto consapevole, da parte della giurisprudenza all'orientamento tradizionale che attribuisce all'elemento della colpa un ruolo preponderante nell'ambito dei criteri di responsabilità⁶⁸. Lo dimostra la circostanza che, ai fini dell'esonero dalla responsabilità, veniva richiesta pur sempre non la prova dell'assenza di colpa, cioè dell'adozione di un comportamento diligente e della conseguente inevitabilità del fatto, bensì quella positiva del caso fortuito, inteso dunque, non come evento dannoso non prevedibile e non superabile mediante la normale diligenza, ma quale causa estranea inevitabile⁶⁹. Allo stesso va equiparato sia il fatto del danneggiato che quello del terzo, che ha autonomamente provocato il danno, interruttivo del rapporto causale tra cosa ed evento dannoso. In mancanza di tale prova il custode risponde del danno cagionato dalla cosa, pur se lo

stesso sia incapace di intendere e di volere⁷⁰. Nella complessiva dinamica della fattispecie esaminata si prescinde, allora, del tutto da un comportamento umano colpevole, commissivo od omissivo, e ciò sia in sede di imputazione del danno al custode, che ai fini della configurazione del fatto impeditivo⁷¹. La responsabilità non si fonda dunque, su un atto illecito del responsabile; in quanto scaturente dalla circostanza obiettiva della custodia oltre che dal mero collegamento causale tra cosa e danno prodotto, acquista carattere oggettivo⁷². In questa direzione si è osservato che la cosa deve cagionare il danno, e non costituire strumento della condotta dell'uomo. Il danno scaturisce dal dinamismo intrinseco alla cosa o dall'insorgenza in essa di un agente dannoso, indipendentemente dall'azione dell'uomo⁷³; in termini ancora più espliciti, nel verificarsi dell'evento dannoso può anche inserirsi il comportamento dell'uomo, purché lo stesso non spieghi efficacia causale prevalente⁷⁴.

Per quanto di interesse in questa sede è allora la mera relazione che intercorre tra il proprietario e/o utilizzatore ed il dispositivo autonomo, che giustifica la responsabilità ex art. 2051 c.c. e l'allocatione del danno presso lo stesso, non la

liberatoria del caso fortuito, rappresentato da un fatto naturale o del danneggiato o di un terzo, connotato da imprevedibilità ed inevitabilità, dal punto di vista oggettivo. Malgrado la concezione oggettiva si sia consolidata nelle decisioni giurisprudenziali vi è qualche decisione che afferma la responsabilità soggettiva del custode ex art. 2051 c.c. Al riguardo appare significativa Cass. 20.02.2006, n. 3651, in *Foro it.*, 2006 I, c. 2801, voce *Responsabilità civile*, con nota di P. LAGHEZZA, in *Corr. giur.*, 2006, 1358, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1503, con nota di D. RINALDI, nella quale si afferma che “la prova liberatoria del fortuito attiene infatti alla prova che il danno si è verificato in modo non prevedibile né superabile con l'adeguata diligenza, e cioè con lo sforzo diligente dovuto in relazione alle circostanze concrete del caso

⁶⁷ G. ALPA, *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991, 323. Nella stessa direzione anche C. M. BIANCA, *op. cit.*, 718 per il quale fondamento della responsabilità del custode ex art. 2051 c.c. è la violazione del suo dovere di sorveglianza. Secondo l'autore la presunzione legale di colpa del custode trova una sua giustificazione poiché l'idoneità della cosa a produrre un danno impone di adottare tutte le misure necessarie per rendere la cosa innocua. Di inosservanza di un obbligo di custodia quale elemento idoneo a fondare la responsabilità ex art. 2051 c.c. parla anche F.D. BUSNELLI, voce *Illecito civile*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989, 24. In giurisprudenza giustifica la responsabilità del custode in forza del dovere di sorveglianza Cass. 14.01.1992, n. 347, in *Giust. civ.*, 1992, I, 1, 2202 ed in *Corriere giur.*, 1992, con nota di P. CAPORALI.

⁶⁸ F. GALGANO, *I fatti illeciti*, Padova, 2008, 120.

⁶⁹ In tal senso Cass. 21.01.1987, n. 522, in *Mass. Foro it.*, 1987, secondo la quale “la presunzione legale di colpa dell'art. 2051 cod. civ. a carico del custode, importa che questi, per andare esente da responsabilità, debba fornire la prova positiva del fortuito, senza potersi giovare della ignoranza dello stato della cosa e della incertezza circa la causa dell'evento dannoso”.

⁷⁰ M. FRANZONI, *op. cit.*, 439.

⁷¹ M. COMPARTI, *Fatti illeciti: le responsabilità oggettive*, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2009, 286. F. GALGANO, *op. cit.*, 118, secondo il quale in questo caso “non è neppure configurabile un fatto, che possa dirsi commesso da qualsiasi soggetto”.

⁷² C. SALVI, *La responsabilità civile*, in *Trattato dir. priv.*, a cura di G. Iudica – P. Zatti, Milano, 1998, 114; M. FRANZONI, *op. cit.*, 439. Esclude una presunzione di colpa anche R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, 644. Manifesta perplessità sul carattere oggettivo della responsabilità ex art. 2051 c.c. U. Salanitro, *op. cit.*, 1255. Sul carattere oggettivo della responsabilità in questione Cass. 20.05.1998, n. 5031, in *Foro it. Rep.* 1998, voce *Responsabilità*, 274; Cass. 15.02.2000, n. 1682, in *Foro it. Rep.* 2000, voce *Responsabilità*, 332; Cass. 20.05.2009, n. 11965, in *Diritto & Giust.*, 2009, che fissa anche i rapporti tra 2043 e 2051 c.c., Di recente ribadisce la natura oggettiva della responsabilità in questione Cass., s.u., 30.06.2022, n. 20943, in *Giust. civ. Mass.*, 2022, secondo cui “La responsabilità di cui all'art. 2051 c.c., ha carattere oggettivo, e non presunto, essendo sufficiente, per la sua configurazione, la dimostrazione da parte dell'attore del nesso di causalità tra la cosa in custodia ed il danno, mentre sul custode grava l'onere della prova liberatoria del caso fortuito, senza alcuna rilevanza della diligenza o meno del custode”.

⁷³ In questi termini si esprime Cass. 18.06.1999, n. 6121, in *Mass. Foro it.*, 1999.

⁷⁴ C. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., 115. Anche in giurisprudenza si avverte la necessità di “distinguere tra “fatto della cosa” e “fatto dell'uomo”, ai fini dell'individuazione dell'ambito d'applicazione dell'art. 2051 c.c. in luogo dell'art. 2043 c.c. Invero, secondo la giurisprudenza, il danno si considera cagionato dalla cosa quando è prodotto da essa per effetto del suo “intrinseco dinamismo”, al di fuori di un'azione diretta dell'uomo” (Cass. S.U. 1991, n. 12019).



violazione del dovere di custodia⁷⁵. La circostanza che il proprietario o chi utilizza il dispositivo autonomo non abbia di fatto un potere di controllo su di esso, idoneo a neutralizzarne le potenzialità dannose, non costituisce elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità in questione né elemento di cui tener conto per escludere l'obbligazione risarcitoria in capo al custode⁷⁶.

Né il criterio fondativo della responsabilità in esame può rinvenirsi nell'assunzione del rischio secondo criteri di natura economica, conseguente alla instaurazione del rapporto di custodia, o nell'esposizione al pericolo, poiché il legislatore non richiede per l'operatività dello speciale regime di responsabilità né il carattere strumentale della cosa rispetto ad una organizzazione produttiva, né una pericolosità intrinseca della cosa stessa⁷⁷.

È evidente come la natura oggettiva della responsabilità avvantaggi, anche in caso di ricorso ai sistemi di IA, il danneggiato nel soddisfacimento della sua pretesa risarcitoria.

6. Produzione, commercializzazione ed utilizzazione di sistemi IA ad alto rischio quale attività pericolosa.

È lecito chiedersi, anche alla luce della disciplina unionale *in itinere*, se l'attività di produzione, commercializzazione ed utilizzazione di sistemi di intelligenza artificiale possa rientrare tra quelle pericolose ex art. 2050 c.c. con applicazione del relativo statuto risarcitorio⁷⁸.

In questa direzione la Proposta di Regolamento del 21 aprile 2021 in materia di Intelligenza Artificiale, pur non affrontando espressamente i profili della responsabilità derivante dal ricorso a sistemi intelligenti, al titolo III prevede regole specifiche per quelli che creano un rischio elevato per la salute e la sicurezza o per i diritti

fondamentali delle persone fisiche, la cui immissione sul mercato è consentita subordinatamente al rispetto di determinati requisiti obbligatori e ad una valutazione della conformità ex ante.

In particolare, come sopra rilevato, la proposta individua due categorie principali di sistemi di IA ad alto rischio: quelli destinati ad essere utilizzati come componenti di sicurezza di prodotti, soggetti a valutazione della conformità ex ante da parte di terzi; ed altri sistemi di IA indipendenti, che presentano implicazioni principalmente in relazione ai diritti fondamentali elencati nell'allegato III.

Pericolose devono tuttavia considerarsi non soltanto quelle attività che presentano un pericolo di danno in fase di produzione ma anche quelle in cui la pericolosità è intrinseca al prodotto finale immesso sul mercato e commercializzato. Significative in tal senso le auto a guida autonoma o le tecnologie robotiche, impiegate nell'attività medica con finalità diagnostiche e/o terapeutiche, rispetto alle quali l'evoluzione della tecnica è spesso più veloce del ciclo di vita del prodotto, che rimane sul mercato anche quando obsoleto, ed il cui rischio da sviluppo è di per sé indice di pericolosità della relativa attività⁷⁹.

Sebbene la pericolosità dell'attività svolta costituisca l'elemento connotativo della fattispecie in esame, non può, tuttavia, ritenersi che sia stata accolta "l'idea che la creazione di un pericolo costituisca una ragione sufficiente, indipendentemente dalla colpa, per l'imputazione della responsabilità", attesa la indubbia rilevanza delle modalità di svolgimento dell'attività pericolosa⁸⁰. Il tenore letterale dell'enunciato normativo, ed un'interpretazione storicamente orientata, non consentono, allora, di riferire la previsione di cui all'art. 2050 c.c. alla regola del puro collegamento causale, con la conseguenza che il comportamento illecito, e la situazione di pericolo che lo stesso crea, non è in grado da solo di determinare il sorgere dell'obbligazione risarcitoria.

Ciò nonostante la disposizione è stata oggetto di letture dottrinali ed applicazioni giurisprudenziali non soggettivistiche, ma improntate prevalentemente al criterio della responsabilità

⁷⁵ Su un piano generale riferito alle cose in sé M. COMPORTI, *op. cit.*, 298. Di responsabilità per colpa presunta degli ideatori e/o programmatori degli algoritmi anche di deep learning per i danni derivanti da sistemi algoritmici parla M. GAMBINI, *Responsabilità civile e controlli del trattamento algoritmico*, in P. Perlingieri- S. Giova-I. Prisco (a cura di), *Il Trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, Napoli, 2020, 334.

⁷⁶ In questa direzione Cass., 27.04.2023, n. 11152, in *Foro it.*, 2023, 5, I, p. 1419, secondo cui "La capacità di vigilare la cosa, di mantenerne il controllo, di neutralizzarne le potenzialità dannose, difatti, non è elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità, bensì elemento estrinseco del quale va tenuto conto alla stregua di canone interpretativo della ratio legis, cioè come strumento di spiegazione di "un effetto giuridico che sta a prescindere da essi".

⁷⁷ C. SALVI, *op. ult.*, cit., 115.

⁷⁸ Esclude tale possibilità U. SALANITRO, *op. cit.*, 1256.

⁷⁹ U. RUFFOLO, *Le responsabilità da artificial intelligence, algoritmo e smart product; per i fondamenti di un diritto dell'intelligenza artificiale self-learning*, in ID., *op. cit.*, 108. Al riguardo anche A. ALBANESE, *La responsabilità civile per i danni da circolazione di veicoli ad elevata automazione*, in *Europa dir. priv.*, 2019, 995 ss.

⁸⁰ Così C. SALVI, *op. cit.*, 123, il quale esclude che la categoria del pericolo sia idonea a costituire titolo autonomo di responsabilità, posto che il semplice verificarsi di un danno come conseguenza dello svolgimento di un'attività, non può che qualificare l'attività stessa ex post come pericolosa.

oggettiva, quasi ai margini della stessa⁸¹. Ed infatti la prova liberatoria, a prescindere dalla formulazione letterale, sia pure indirettamente, consisterebbe nella prova del caso fortuito⁸². L'esclusione della colpa dai criteri fondativi della responsabilità in questione emergerebbe altresì dalla considerazione che la fattispecie in questione ricolleggerebbe la responsabilità all'oggettiva causazione del danno nell'esercizio di un'attività pericolosa e non alla mancata adozione delle misure di prevenzione; mentre sul versante della prova liberatoria l'esercente l'attività pericolosa non dovrebbe fornire la prova dell'osservanza di un generico dovere di diligenza e prudenza nell'esercizio dell'attività, bensì dell'adozione di tutte le regole cautelari e di prudenza valutate preventivamente come idonee ad evitare eventi di danno⁸³. In termini più espliciti dovrebbe fornirsi la prova del c.d. fatto tecnico, cioè dell'adozione preventiva di una organizzazione tecnica, che si aggiunge ma non sostituisce la prova dell'assenza di colpa⁸⁴.

Con riferimento ai sistemi di IA considerati ad alto rischio occorre allora verificare se l'osservanza delle prescrizioni indicate dall'emanando Regolamento siano o meno sufficienti ad escludere la sussistenza di una obbligazione risarcitoria ex art. 2050 c.c. qualora sia derivato un eventus damni dal loro uso, fermo restando che comunque la loro inosservanza costituisce sic et simpliciter prova della mancata adozione delle misure idonee ad evitare eventi dannosi.

In realtà, anche con riferimento all'attività di produzione ed utilizzazione di sistemi di IA, deve

⁸¹ In questi termini R. NICOLÒ, *Intervento*, in *Atti del I° Convegno di dritto cosmico*, Milano, 1963, 173 ss. Nel senso, invece, che va esclusa la responsabilità oggettiva C. SALVI, *op. cit.*, 128; C. M. BIANCA, *op. cit.*, 709, per il quale la responsabilità ex art. 2050 c.c. è una responsabilità aggravata per colpa presunta. In giurisprudenza per la presunzione di colpa nella responsabilità da attività pericolose Cass. 30.01.2009, n. 2493, in *Guida al diritto*, 2010, 45.

⁸² M. FRANZONI, *op. cit.*, 438 secondo cui se l'agente fornisce la prova della idoneità delle misure adottate ad evitare tutti i possibili danni, l'attività non sarebbe qualificabile come pericolosa e non troverebbe applicazione l'art. 2050 c.c., poiché nel concetto di attività pericolosa è implicito che la scienza e la tecnica non possono eliminare in toto le conseguenze pregiudizievoli dell'attività stessa.

⁸³ Così anche Cass. 24.11.2003, n. 17851, in *Foro it. Rep.*, 2003, voce *Responsabilità civile*, pp. 248-250, secondo cui non è sufficiente la prova negativa di non avere violato norme di comune prudenza o norme di legge, ma occorre anche quella positiva di avere adottato ogni misura idonea ad impedire l'evento di danno.

⁸⁴ M. COMPORTELLI, *op. cit.*, 161 e 168 ss., secondo il quale la fattispecie dell'art. 2050 c.c. è da ascrivere alla responsabilità oggettiva in senso lato, in ragione della mancata considerazione specifica della colpa sia nel fatto costitutivo che in quello impositivo.

ritenersi che non basta la prova negativa di non aver commesso alcuna violazione delle norme di legge o di comune prudenza, ma occorre quella positiva di avere impiegato ogni cura o misura volta ad impedire l'evento dannoso⁸⁵. La mera osservanza delle prescrizioni tecniche, specie in una materia soggetta a rapida evoluzione tecnologica, non esonera allora dalla responsabilità, occorrendo verosimilmente la prova di avere adottato tutte le misure ritenute idonee secondo le conoscenze scientifiche del momento⁸⁶.

Anche la giurisprudenza è stata particolarmente rigorosa nella valutazione della prova liberatoria, escludendo la colpa dal novero degli elementi costitutivi della responsabilità ex art. 2050 c.c., e richiedendo, piuttosto, la prova dell'interruzione del nesso causale tra esercizio dell'attività pericolosa e danno, spostando così l'asse dell'onere probatorio dalle modalità della condotta al rapporto di causalità⁸⁷. E ciò equivale alla indiretta dimostrazione del caso fortuito⁸⁸.

7. Responsabilità per danni derivanti da smart products. Necessità di un adeguamento della disciplina europea della responsabilità del produttore. La proposta di Direttiva Product Liability.

La scelta da parte del danneggiato del percorso da intraprendere per ottenere il risarcimento dei danni causati da prodotti difettosi, a causa del software o di altre componenti digitali, è incrementata dalla possibilità di ricorrere, in via concorrente⁸⁹, anche alla luce del disposto dell'art. 2 della Proposta di Direttiva Product Liability di cui si dirà infra, alla disciplina europea della responsabilità del produttore, attuata nel nostro ordinamento con d.p.r. 24 maggio 1988, ora confluita nel codice del consumo. La normativa europea, concepita per apprestare tutela in caso di difetto dei prodotti analogici, causativo di danni, pur contenendo significative aperture, deve, tuttavia, essere adattata alle tecnologie digitali emergenti ed alla conseguente immissione sul mercato di nuovi e più sofisticati prodotti. Adattamento che non richiede tuttavia il ricorso ad

⁸⁵ In questa direzione anche Cass., 5.05.2023, n. 11975, in *Guida al dir.*, 2023, 24.

⁸⁶ In questa direzione anche A. AMIDEI, *La proposta di Regolamento UE per un Artificiale Intelligence Act: prime riflessioni sulle ricadute in tema di responsabilità da Intelligenza Artificiale*, in *Tecnologie e diritto*, 1, 2022, 21.

⁸⁷ Attribuisce specifica rilevanza all'assenza del collegamento causale, Cass. 6.03. 2008, n. 6036, in *Foro it.*, 2008, 6, 1876.

⁸⁸ M. FRANZONI, *op. cit.*, 385.

⁸⁹ Ma per ragioni diverse dal carattere difettoso di un prodotto.

una normativa settoriale specificamente dedicata alla responsabilità derivante da difetti dei prodotti intelligenti⁹⁰. In questa direzione sembra muoversi la Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi del 28 settembre 2022, COM (2022) 495 final, -che dovrebbe abrogare la direttiva 374/85 CEE- la quale si colloca nella prospettiva più generale di fissare norme comuni in materia di responsabilità degli operatori economici per il danno causato da prodotti difettosi a persone fisiche, senza alcun riferimento specifico, nella delimitazione dell'oggetto, ai soli difetti dei prodotti digitali, rinunciando pertanto ad adottare una disciplina ad hoc per i danni derivanti dall'uso di IA.

Il primo interrogativo che l'interprete si pone in subiecta materia è se *de iure condito* i prodotti intelligenti possano rientrare nella nozione di prodotto, fornita dalla Direttiva 374/85 CEE, e ciò anche in considerazione della circostanza -non priva di rilievo- che gli smart products sono collegati in rete ed incorporano un software, che consente di scambiare dati con altri prodotti intelligenti.

Questi sistemi intelligenti tuttavia consentono al produttore, stante la connessione in rete, di avere un collegamento diretto e costante con gli utilizzatori dei prodotti e di esercitare così un penetrante controllo sull'utilizzo degli stessi, evitando l'insorgere e/o risolvendo problemi di sicurezza legati al loro uso.

La complessità delle nuove tecnologie rende inoltre non semplice l'individuazione dei soggetti responsabili degli eventi dannosi derivanti dal loro impiego, in ragione del controllo che possono esercitare sul prodotto, potendosi in astratto distinguere in alcuni casi nell'ambito di uno smart product: il fabbricante del prodotto, il produttore del software incorporato e l'ideatore dell'algoritmo incorporato nel software⁹¹. Una pluralità di soggetti che possono concorrere nella produzione dell'eventus damni.

A questo riguardo la proposta di Direttiva Product Liability, nel tentativo di comprendere i possibili segmenti della filiera produttiva e distributiva, propone una definizione di fabbricante come "una persona fisica o giuridica che sviluppa,

produce o fabbrica un prodotto o lo fa progettare o fabbricare, o che lo commercializza apponendovi il proprio nome o marchio, oppure che sviluppa, produce o fabbrica un prodotto per uso proprio".

Quanto invece alla nozione di prodotto la stessa viene ampliata sì da dare ingresso a beni che presentano una complessità tecnologica elevata, quali i file per la fabbricazione digitale, che contengono informazioni riguardanti la produzione di un bene di consumo attraverso, ad esempio, una stampante 3D. L'eventuale difetto di questo prodotto tecnologico si riverbererà sul bene realizzato, con la conseguente possibilità che lo stesso sia fonte di eventi pregiudizievoli per i suoi fruitori⁹².

All'interrogativo se nella nozione di prodotto di cui alla Direttiva 374/85 CEE rientri il software, questione questa particolarmente dibattuta, non essendo lo stesso considerato bene mobile ma servizio, in quanto bene non tangibile, e quindi escluso dall'ambito applicativo della disciplina sulla responsabilità da prodotto difettoso⁹³, la proposta di Direttiva in questione dà risposta positiva, contemplandolo espressamente quale prodotto dal cui difetto possono scaturire, in concorso con gli altri elementi, danni risarcibili.

Ed infatti, mentre in un primo momento il software era immesso sul mercato quale componente di un prodotto finito, del cui difetto, anche se riconducibile alla sua componente, rispondeva comunque il fabbricante, si è nel tempo acquisita consapevolezza che il software, pur suscettibile di essere componente che integra un altro prodotto, è pur sempre dotato di una sua autonomia anche rispetto all'hardware, non dovendo necessariamente integrarsi con esso⁹⁴. In realtà l' inclusione del software nella nozione di prodotto -del quale l'algoritmo può considerarsi quale componente-, operata dalla proposta di Direttiva Product Liability, poteva desumersi de iure condito già in via interpretativa, rilevando il software come oggetto dell'attività intellettuale del suo ideatore, quindi come bene -quali che siano le

⁹⁰ In questa prospettiva si colloca U. RUFFOLO, *Per i fondamenti di un diritto della robotica self-learning; dalla machinery produttiva all'auto driverless: verso una "responsabilità da algoritmo"?*, in Id. (a cura di), *Intelligenza artificiale e responsabilità*, Milano 2017, 1 ss. In senso adesivo A. AMIDEI, *Il nuovo volto della responsabilità da prodotto difettoso*, in *Tecnologie e diritto*, 1, 2023, 29.

⁹¹ Sul punto A. FUSARO, *Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 6, 1246.

⁹² A. AMIDEI, *op. ult. cit.*, 33.

⁹³ Su tale esclusione A. QUARTA, *La dicotomia bene-servizio alla prova del supporto digitale*, in *Contr. impr.*, 2019, 1015. In giurisprudenza Corte giust., 10.06.2021, c. 65/20, Krone-Verlag Gesellschaft, in *Danno resp.*, 2021, 690, con nota di commento di A. PARZIALE, *Informazioni sanitarie erranee sul giornale e responsabilità del produttore: il carattere "intrinseco" del difetto nella zona grigia tra bene e servizio*.

⁹⁴ Sul punto anche le riflessioni di G. NOTO LA DEGA, *Il "cloud computing". Alla ricerca del diritto perduto nel web 3.0*, in *Europa dir. priv.*, 2014, 577. Peraltro la proposta di Artificial Intelligence Act prevede che l'Intelligenza artificiale possa essere considerata sia come prodotto autonomo che come componente di altro prodotto.



modalità con le quali se ne acquisisce la disponibilità⁹⁵-, piuttosto che come attività in sé, rilevante nella sua dimensione relazionale con i potenziali destinatari⁹⁶.

Il dato significativo è allora la messa a disposizione del software sul mercato, da intendersi questa, de iure condendo, come “la fornitura di un prodotto per la distribuzione, il consumo o l'uso sul mercato dell'Unione nel corso di un'attività commerciale, a titolo oneroso o gratuito” (art. 4 della Proposta di Direttiva).

Una efficace tutela del danneggiato si ottiene, così ampliando il novero dei soggetti passivi dell'obbligazione risarcitoria, ricomprendendo anche il produttore di una componente del prodotto finito - il cui difetto ha contribuito alla causazione del danno- e non soltanto il fabbricante dello stesso, come peraltro avviene già sulla base della Direttiva 374/85 CEE e della normativa di attuazione. Questa estensione di responsabilità appare peraltro oggi particolarmente significativa in ragione del diffondersi delle nuove tecnologie digitali in cui il software è spesso integrato con altre componenti del prodotto ed interagisce con altri dispositivi, determinando anche il livello di sicurezza del bene. In questa logica la Proposta di Direttiva specifica che per componente del prodotto deve intendersi “qualsiasi articolo, tangibile o intangibile, o qualsiasi servizio correlato, integrato in un prodotto o interconnesso con esso dal fabbricante di tale prodotto o sotto il controllo di tale fabbricante”; intendendo per servizio correlato quel servizio digitale “integrato in un prodotto o interconnesso con esso in modo tale che la sua assenza impedisce al prodotto di svolgere una o più delle sue funzioni”.

Si propone pertanto di considerare quale componente del prodotto, ai fini dell'attribuzione della relativa responsabilità del fornitore, anche un elemento esterno al prodotto pur se allo stesso connesso, a condizione però che possa esercitarsi il controllo del fabbricante. Alla responsabilità di quest'ultimo si aggiunge pertanto quella del fornitore del servizio correlato.

Elemento centrale della responsabilità in esame rimane la qualifica come difettoso da attribuire allo smart product. Al riguardo la proposta di Direttiva

⁹⁵ A. AMIDEI, *op. cit.*, 36, il quale rileva come dalla proposta di Direttiva emerga l'esclusione del regime della responsabilità da prodotto difettoso per i software liberi, sviluppati e forniti al di fuori di un'attività commerciale (p. 38).

⁹⁶ A. ZACCARIA, *La responsabilità del “produttore” di software*, in *Contr. impr.*, 1993, 303; A. ALBANESE, *op. cit.*, 995; R. MONTINARO, *Responsabilità da prodotto difettoso e tecnologie digitali tra soft law e har law*, in *Pers. merc.*, 2020, 370; C. PERLINGIERI, *Diritto privato delle nuove tecnologie: contenuti e competenze*, in *Tecnologie e dir.*, 2021, 83.

non fa altro che specificare, adeguandola alla nuove realtà tecnologica, la nozione di difettosità fornita dalla Direttiva 374/85 CEE, secondo la quale “un prodotto è difettoso quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere” tenuto conto delle circostanze indicate nell'art. 6, ferma restando la distinzione tra prodotto sicuro, in quanto conforme alle regole tecniche ed idoneo ad essere messo in circolazione nel territorio dell'Unione europea, e prodotto non difettoso. La sicurezza del prodotto -che si sostanzia in una valutazione ex ante ai fini dell'immissione sul mercato- non esclude infatti, sulla base di un accertamento ex post, che lo stesso presenti in condizioni normali di impiego un difetto⁹⁷, che può essere di fabbricazione in quanto, pur appartenendo ad una serie di prodotti rispettosi delle prescrizioni tecniche in materia, risulti non possedere quelle caratteristiche; oppure può venire in rilievo un difetto di informazione al consumatore sull'uso del prodotto o sulle precauzioni da adottare nell'uso stesso; ed ancora, il prodotto, pur conforme e quindi sicuro, può risultare difettoso in relazione ad altre categorie di rischi non espressamente tipizzati dalle regole della esperienza e della tecnica⁹⁸.

La proposta di Direttiva individua quali circostanze da ritenere rilevanti ai fini della valutazione della difettosità del prodotto anche “gli effetti sul prodotto dell'eventuale capacità di continuare ad imparare dopo la sua diffusione”, ed il riferimento è in questo caso ai prodotti dotati di capacità di autoapprendimento; nonché “gli effetti sul prodotto di altri prodotti che ci si può ragionevolmente attendere siano utilizzati insieme al prodotto”, richiamando in particolare quei prodotti destinati a divenire parte integrante di altri prodotti.

Poiché i nuovi prodotti intelligenti, per la loro idoneità a modificarsi nel tempo, sia in conseguenza del processo di autoapprendimento che della possibilità di essere integrati con nuovi elementi, possono presentare difetti sopravvenuti, può ragionevolmente affermarsi la responsabilità del produttore anche qualora il bene, pur non essendo difettoso al momento della sua immissione in commercio, lo diventi successivamente, con la necessità di una lettura congiunta degli art. 6 e 10, lettera c) della proposta di Direttiva, qualora la stessa sarà attuata in questi termini.

⁹⁷ A. ALBANESE, *op. cit.*, 1220. Il rispetto delle regole tecniche, che consentono l'immissione in commercio, è ritenuta sufficiente ad escludere la responsabilità del produttore da E. AL MUREDEN, *Autonomous cars e responsabilità civile tra disciplina vigente e prospettive de iure condendo*, in *Contr. impr.*, 2019, 917 ss..

⁹⁸ In questi termini A. FUSARO, *op. cit.*, 1349.



L'intero impianto regolativo della responsabilità del produttore, risultante anche de iure condendo dalla proposta di Direttiva, presuppone, ai fini della ripartizione del rischio tra produttore e danneggiato, un soggetto che è in grado di esercitare un controllo sul prodotto stesso o su una sua componente, un soggetto quindi in grado di governare i rischi connessi al difetto del prodotto. Soltanto nella misura in cui il produttore è in grado di esercitare un controllo sul prodotto immesso in commercio, si giustifica l'attribuzione allo stesso di una responsabilità conseguente al difetto del prodotto. E come si è già rilevato nei prodotti digitali il produttore è in grado di esercitare un controllo sul bene anche dopo la sua immissione in commercio⁹⁹.

Questo dato giustifica allora la previsione di cui all'art. 6 della proposta di Direttiva secondo cui ai fini dell'accertamento della difettosità del prodotto deve valutarsi "il momento in cui il prodotto è stato immesso sul mercato o messo in servizio oppure, qualora il fabbricante mantenga il controllo sul prodotto dopo tale momento, il momento in cui il prodotto è uscito dal controllo del fabbricante"; controllo consistente nella possibilità che ha il fabbricante di autorizzare "a) l'integrazione, l'interconnessione o la fornitura da parte di terzi di un componente, compresi aggiornamenti e migliorie del software, o b) la modifica di un prodotto".

Nella medesima logica del controllo va interpretata la previsione di esclusione della responsabilità in caso di rischio da sviluppo, che la Proposta di Direttiva ripropone, integrandola alla luce delle nuove realtà tecnologiche, nell'art. 10, lettera e). In questi casi non può affermarsi la responsabilità del produttore per quei difetti che all'epoca della immissione in commercio del prodotto non era possibile conoscere, tenuto conto dello stato oggettivo delle conoscenze tecniche e scientifiche.

Tuttavia deve considerarsi la possibilità che il produttore ha di esercitare un controllo sul bene anche in una fase successiva, monitorandone il funzionamento. In questa direzione la Proposta di Direttiva esclude la responsabilità del fabbricante qualora lo "stato oggettivo delle conoscenze scientifiche e tecniche al momento dell'immissione del prodotto sul mercato o della sua messa in servizio, oppure durante il periodo in cui il prodotto era sotto il controllo del fabbricante, non permetteva di scoprire l'esistenza del difetto", con la precisazione che lo stato delle conoscenze scientifiche si identifica con il livello più avanzato di conoscenze oggettive accessibili, come si legge nei considerando, e non con quello del singolo

fabbricante. Ai fini dell'esclusione della responsabilità deve allora dimostrarsi che lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, esistenti fino al momento in cui il controllo è stato e/o poteva essere esercitato, non consentiva di ravvisare nel prodotto l'esistenza di un difetto.

Sul versante probatorio il danneggiato, senza alcuna inversione del relativo onere, dovrà fornire la prova del difetto del prodotto, come normativamente inteso, del danno e del rapporto di derivazione causale tra difetto e danno. Non può tuttavia sottacersi che la complessità tecnologica degli smart products rende certamente non agevole l'onus probandi gravante sul danneggiato, specie riguardo al nesso eziologico tra difetto e danno. Per tali ragioni la Proposta di Direttiva ha previsto la possibilità per il danneggiato, che ha fornito fatti e prove sufficienti a sostenere la plausibilità della domanda risarcitoria, di accedere alle informazioni tecniche riguardanti i fatti di causa e di chiedere al giudice di ordinare al convenuto di divulgare i pertinenti elementi di prova a sua disposizione (art. 8).

La mancata ottemperanza da parte del convenuto all'ordine di disclosure comporta l'operatività della presunzione di difetto del prodotto.

Ed ancora è stata prevista (art. 9), al fine di agevolare il danneggiato, tutta una serie di ulteriori presunzioni relative circa il difetto del prodotto qualora: a) l'attore provi che il prodotto non rispetta i requisiti obbligatori di sicurezza stabiliti dal diritto dell'Unione o nazionale diretti a proteggere dal rischio del danno verificatosi; oppure b) l'attore provi che il danno è stato causato da un malfunzionamento evidente del prodotto durante l'utilizzo normale o in circostanze ordinarie. In questa direzione già la Corte di giustizia ha previsto forme di agevolazione probatoria per i danneggiati attraverso il ricorso a meccanismi di natura presuntiva riguardo a prodotti che presentano una elevata complessità tecnologica¹⁰⁰.

Si presume altresì l'esistenza del nesso di causalità tra il carattere difettoso del prodotto e il danno nel caso in cui sia stata raggiunta la prova che il prodotto è difettoso e che la natura del danno cagionato è coerente con il difetto in questione.

Al fine di assicurare al danneggiato integrale ristoro del danno subito, si propone di eliminare la franchigia di 500 euro, prevista dalla Direttiva 374/85 CEE e di prevedere la risarcibilità del danno da perdita o corruzione di dati non usati per scopi professionali.

¹⁰⁰ Corte giust., 5.03.2015, c. 503 e 504/13; Corte giust., 21.06.2017, c. 621/15, in *Resp. civ. prev.* 2017, 1796, con nota di commento di R. PUCCELLA, *Danno da vaccini, probabilità scientifica e prova per presunzioni*.

⁹⁹ A. AMIDEI, *op. cit.*, 44.



8. Segue. La responsabilità del produttore tra regole di responsabilità oggettiva e valutazione dell'elemento della colpa.

504 Occorre ora indagare, con argomentazioni che prescindono dal tipo di prodotto se analogico o digitale, la natura e la portata della responsabilità del produttore, quale risultante dalla direttiva 374/85 CEE, e dalla proposta di Direttiva sopra richiamata, nonché dal d.p.r. 24 maggio 1988, n. 224, la cui disciplina è ora confluita nel codice del consumo.

La mera *lectura legis*, in particolare -ma non solo- delle norme di apertura della Direttiva 374/85 CEE e del decreto attuativo sulla responsabilità del produttore, induce l'interprete a ricondurre la speciale responsabilità prevista dalla citata normativa ad un regime di responsabilità oggettiva¹⁰¹.

Si afferma, infatti, con formula categorica non dissimile da quella ricorrente in altre previsioni codicistiche di responsabilità¹⁰², che il produttore (ora individuato dall'art. 115 del codice del consumo nel fabbricante del prodotto finito o di una sua componente, nel produttore della materia prima, nell'agricoltore, cacciatore o pescatore) è responsabile dei danni causati dal difetto del prodotto (art. 114 cod. cons.). Non vi è nel documento normativo in esame un riferimento espresso alla colpa del produttore, né sembra *expressis verbis* ammettersi la prova di avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno, o di un comportamento diligente nella fabbricazione del prodotto¹⁰³. Prescindendosi, dunque, dalla prova della colpa, la responsabilità del produttore non sembra ascrivibile alla responsabilità soggettiva, pur non definendo una responsabilità per rischio di impresa, imputata al produttore in quanto tale¹⁰⁴.

Una responsabilità che, sulla base di una relazione di appartenenza che lega il danneggiante al prodotto¹⁰⁵, scaturisce dalla messa in circolazione

del prodotto stesso, che non offre la sicurezza che deve legittimamente attendersi da esso, avuto riguardo a tutta una serie di circostanze normativamente previste, ed in tal senso difettoso; per nessun verso configurabile in termini di assolutezza stante la previsione di cause di esonero della stessa.

In apparenza coerente con una regola di responsabilità oggettiva è il già esaminato regime probatorio previsto dalla normativa in esame a carico del danneggiato.

Si è precisato, in ordine al carico probatorio del danneggiato, che il difetto, quale elemento materiale nel quale si traduce il collegamento causale tra prodotto e danno¹⁰⁶, va inteso non come vizio di fabbricazione o di progettazione del prodotto, che il danneggiato deve provare, bensì come insicurezza del prodotto stesso che si rende palese attraverso l'uso¹⁰⁷.

Malgrado la previsione di cause di esclusione della responsabilità del produttore sembri introdurre dei temperamenti all'assolutezza della stessa, tuttavia la natura oggettiva della responsabilità ha trovato nella riflessione giuridica un ulteriore indice di rilevanza positiva proprio nell'analitica delle cause di esonero, le quali, si è ritenuto, si iscrivono nella logica dell'assenza di un apporto causale del produttore nel verificarsi dell'evento dannoso¹⁰⁸.

Così è per la mancata messa in circolazione del prodotto, per la mancata fabbricazione dello stesso per la vendita o per qualsiasi altra forma di distribuzione, per la mancata fabbricazione del prodotto nell'esercizio dell'attività professionale, per la conformità del prodotto a una previsione di legge imperativa, per la esclusione della responsabilità del subfornitore quando il danno derivi dalla concezione del prodotto. Queste ipotesi integrerebbero, dunque, la prova della mancanza dell'illecito, per il difetto di un suo elemento strutturale, e rilevarebbero sul piano meramente oggettivo dell'atto. La natura oggettiva della responsabilità non viene minimamente scalfita.

¹⁰¹ M. FRANZONI, *op. cit.*, 552; G. ALPA, *Responsabilità civile e danno*, cit., 372. P. G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, 2006, 705.

¹⁰² Il riferimento è alle figure disciplinate negli artt. 2048, 2049, 2052, 2053 c.c.

¹⁰³ Sul rapporto tra la prova liberatoria ex art. 2050 c.c. e quella prevista in materia di responsabilità del produttore M. Franzoni, *op. cit.*, 665, il quale dà comunque atto che tra le due prove liberatorie vi sono elementi in comune che agiscono sul piano del rapporto di causalità come ad esempio le ipotesi di esonero previste dalle lettere a), c), d), f) dell'art. 118 del codice del consumo.

¹⁰⁴ F. GALGANO, *op. cit.*, 140.

¹⁰⁵ Questa relazione produttore-prodotto definisce la situazione giuridica del danneggiante e, ai fini dell'imputazione dei danni,

rende del tutto irrilevanti i titoli formali di attribuzione del prodotto (A. GORASSINI, *Contributo per un sistema della responsabilità del produttore*, Milano, 1990, 221).

¹⁰⁶ Così A. GORASSINI, *op. loc. ult. cit.*, 237.

¹⁰⁷ F. GALGANO, *op. cit.*, 141. nella stessa direzione anche C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 697, il quale ritiene che la prova tra uso del prodotto e danno può essere fornita anche attraverso presunzioni semplici. In giurisprudenza Cass. 8.10.2007, n. 20985, in *Corr. giur.*, 2008, 811, con nota di C. DI PALMA, *Responsabilità da prodotto difettoso e onere della prova: la Cassazione riporta gli interpreti sul sentiero della strict liability*".

¹⁰⁸ M. Franzoni, *op. cit.*, 584.



Una considerazione delle norme che costituiscono l'impianto regolativo in questione, scevra da presupposti ideologici, non sembra, tuttavia, supportare una configurazione della responsabilità del produttore, del tutto sganciata dalla valutazione dell'elemento della colpa. Già la nozione di prodotto difettoso data dalla normativa, sopra richiamata, implica una valutazione del comportamento del produttore riguardo alla ragionevole prevedibilità dei danni conseguenti all'uso del prodotto¹⁰⁹. La prova del nesso causale tra difetto e danno è quindi anche la prova di un comportamento negligente del produttore nell'esercizio della sua attività¹¹⁰. E ciò emerge anche dalla previsione che, allo stato della legislazione vigente, considera difettoso un prodotto che non offre la sicurezza offerta normalmente da prodotti della medesima serie¹¹¹. Anche in questo caso un meccanismo di imputazione della responsabilità su basi oggettive mal si concilia con il tenore della disposizione stessa, la quale piuttosto sembra evocare una carente attività di controllo sul prodotto, e che introduce semmai una sorta di inversione dell'onus probandi, ammettendo il produttore a provare un comportamento diligente nell'attività di controllo del bene e quindi a provare che il difetto non esisteva e non era prevedibile al momento di messa in circolazione del prodotto¹¹² o anche successivamente, secondo le previsioni della Proposta di Direttiva. Ed ancora una valutazione del comportamento del produttore in termini di diligenza professionale è quella -già esaminata- che attiene alla prova dell'imprevedibilità del difetto secondo le conoscenze scientifiche e tecniche dell'epoca in cui è stato messo in circolazione il prodotto, o fino a quando può esercitarsi il controllo su di esso, stando a quanto prevede la Proposta di Direttiva, così come quella inerente il difetto di informazione sulle caratteristiche del prodotto stesso¹¹³. Un'interpretazione sistematica, pur se limitata al corpus normativo considerato, non

consente, con la sola eccezione dei difetti di fabbricazione¹¹⁴, riguardante i singoli esemplari del prodotto, di affermare che il comportamento illecito del produttore sia direttamente produttivo di responsabilità per lo stesso al di fuori di una valutazione del suo comportamento in termini di diligenza professionale¹¹⁵.

9. La Proposta di Direttiva IA.

Con l'obiettivo di predisporre una tutela ex post armonizzata, pur se minimale, che consenta di invocare norme nazionali più favorevoli in caso di danni causati da sistemi IA, è stata formulata da parte del Parlamento europeo e del Consiglio una Proposta di Direttiva relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale, c.d. Direttiva IA¹¹⁶.

Le Istituzioni proponenti muovono dalla premessa che l'IA può incidere negativamente su una serie di diritti fondamentali, tra cui la vita, l'integrità fisica, la non discriminazione e la parità di trattamento e che le caratteristiche di alcuni sistemi di IA, quali l'opacità, l'autonomia di comportamento e la complessità, possono rendere particolarmente gravoso per il danneggiato l'assolvimento dell'onere della prova. Questo dato può determinare una tutela risarcitoria, offerta dalle legislazioni nazionali, inferiore a quella apprestata in caso di danni derivanti da tecnologie diverse dall'IA, compromettendo l'accettazione sociale dei prodotti e dei servizi fondati sulla IA¹¹⁷.

La Proposta di Direttiva è finalizzata a disciplinare -integrandoli- alcuni profili della responsabilità civile per colpa in caso di danno causato da sistemi di IA ad alto rischio, come descritti dall'art. 6 della Proposta di Regolamento IA e quando il risarcimento sia richiesto ai sensi della normativa nazionale o di altro paese dell'Unione. L'obiettivo perseguito dal legislatore comunitario è quello di risarcire qualunque tipologia di danno e qualunque danneggiato, e ha come legittimati passivi dell'azione risarcitoria soggetti privati, pubblici e persino l'utente di sistemi di IA.

¹⁰⁹ In questa direzione E. RAJNERI, *L'ambigua nozione di prodotto difettoso al vaglio della Corte di cassazione italiana e delle altre Corti europee*, cit., 637

¹¹⁰ A. GORASSINI, *op. cit.*, 9. In giurisprudenza afferma la natura oggettiva della responsabilità Cass. 14.06.2005, 12750, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 129, con nota di S. DELLA BELLA, secondo cui la natura oggettiva della responsabilità è finalizzata alla salvaguardia dei consumatori dagli effetti di vizi inesatti inerenti a prodotti lavorati, immessi in circolazione da operatori economici professionali, anche a prescindere dalla configurabilità di elementi di colpevolezza. Di responsabilità presunta parla invece Cass., 7.04.2022, n. 11317, in *Giust. civ. Mass.*, 2022.

¹¹¹ Ritiene che quella di difetto del prodotto sia una nozione non strutturale ma relazionale P.G. MONATERI, *op. cit.*, 717

¹¹² A. GORASSINI, *op. cit.*, 10.

¹¹³ C. M. BIANCA, *op. cit.*, 744.

¹¹⁴ F. D. BUSNELLI, *op. cit.*, 30. Nella stessa direzione anche G. PONZANELLI, *Commento alla L. n. 224*, in *Corriere giur.*, 1988, 796 ss., anche se successivamente l'autore propende per una responsabilità oggettiva tout court senza distinzione tra difetti di fabbricazione e difetti di progettazione.

¹¹⁵ A. Gorassini, *op. cit.*, 188.

¹¹⁶ COM/2022/ 496 final

¹¹⁷ Considerando nn. 2, 3, 4 della Proposta di Direttiva.

Così come previsto nella Proposta di Direttiva Product Liability – e ciò conferma l'unitarietà dell'approccio – si introducono agevolazioni probatorie per il danneggiato, -al verificarsi di determinati presupposti- consistenti in primo luogo in una presunzione iuris tantum dell'esistenza del nesso di causalità tra la colpa del danneggiante (convenuto in giudizio) e l'output prodotto da un sistema di IA o la mancata produzione di un output che, in caso di sistemi di IA a basso rischio, opera soltanto qualora per il danneggiato sia eccessivamente difficile fornire la prova. Tra gli strumenti utilizzabili per alleggerire il carico probatorio gravante sugli attori il legislatore europeo propone quello ritenuto meno intrusivo, già presente nei sistemi nazionali di responsabilità, diretto a contemperare i contrapposti interessi degli attori e dei convenuti, senza quindi invertire l'onere della prova, che disincentiverebbe il ricorso ai sistemi di IA in ragione dei più elevati rischi di responsabilità a carico di operatori ed utenti dei sistemi stessi¹¹⁸.

Le previsioni di presunzioni legali relative, ai fini della loro operatività, presuppongono che venga fornita la prova delle circostanze sulle quali si fondano, anche attraverso il ricorso a formule elastiche quali la plausibilità e la probabilità; pertanto le stesse introducono una agevolazione probatoria senza incidere oltremodo sulla posizione del danneggiante, che può sempre fornire la prova contraria¹¹⁹. E ciò vale sia nel caso in cui si agisca per il risarcimento del danno derivante dal difetto del prodotto sia, in una prospettiva più ampia, nel caso in cui si intraprenda un percorso risarcitorio per colpa in ragione del verificarsi di danni derivanti da sistemi di IA.

Anche in questo caso il legislatore propone che venga attribuito al giudice il potere di ordinare al fornitore, a chi sia comunque soggetto agli obblighi gravanti sullo stesso, o all'utente, di divulgare gli elementi di prova, id est le informazioni tecniche necessarie per affermare la responsabilità del convenuto; sanzionando, così come fa la Proposta di Direttiva Product Liability, l'inosservanza dell'obbligo di divulgazione con l'operatività della presunzione della non conformità ad un obbligo di diligenza da parte del convenuto, in termini più espliciti della colpa dello stesso.

Affinché si possa utilizzare siffatto strumento è tuttavia necessario che l'attore fornisca prove idonee a fare ritenere plausibile la domanda

risarcitoria e deve altresì provare di avere effettuato ogni tentativo proporzionato per procurarsi gli elementi di prova dalla parte convenuta.

La presunzione di colpa, scaturente dalla inosservanza dell'obbligo di divulgazione di fonte giudiziale, può costituire un sicuro deterrente nei confronti di fornitori ed utenti refrattari a divulgare informazioni tecniche utili a supportare la domanda attorea, specie in ambito sanitario, in caso di decisioni diagnostiche affidate ad indicazioni algoritmiche rivelatesi errate e pregiudizievoli per il paziente. In questi casi occorre comunque differenziare tra ordine di divulgazione di cui è destinatario il fornitore del dispositivo utilizzato per effettuare la diagnosi, e ordine di divulgazione rivolto al medico, che utilizza il dispositivo intelligenze nell'effettuare la diagnosi¹²⁰.

La divulgazione degli elementi di prova deve inoltre essere limitata a quanto è necessario per supportare la domanda proposta e deve avvenire nel rispetto dei segreti commerciali e delle informazioni riservate (art. 3),

Dall'impianto regolativo proposto emerge che l'obiettivo perseguito della certezza ed omogeneità delle regole nello spazio comunitario non esclude la possibile concorrente operatività di alcuni profili della vicenda risarcitoria, come regolati dai diritti nazionali, purché non in contrasto con la disciplina unionale.

¹¹⁸ In questi termini la Relazione illustrativa alla proposta di Direttiva p. 7.

¹¹⁹ E. BELLISARIO, *Il pacchetto europeo sulla responsabilità per danni da prodotti e da intelligenza artificiale. Prime riflessioni sulle proposte della Commissione*, in *Danno resp.*, 2023, 161.

¹²⁰ In questa direzione A. G. GRASSO, *Diagnosi algoritmica errata e responsabilità medica*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 357.



Commenti

DALL'ESCLUSIVITÀ ALL'ACCESSO NELLA SHARING ECONOMY

Di Giulia Bazzoni

| 509

SOMMARIO: 1. *Sharing economy: una premessa di contesto.* – 2. *Il ruolo delle piattaforme di intermediazione nella condivisione di risorse.* – 3. *Caratteristiche soggettive e oggettive della sharing economy.* – 4. *Il superamento del modello di proprietà come dominium.* – 5. *Dalla 'cultura dell'esclusività' alla 'cultura dell'accesso' attraverso l'effetto della rete.* – 6. *Questioni aperte nell'era dell'accesso condiviso.* – 7. *Economia collaborativa come Commons 2.0?* – 8. *Conclusioni: potere privato come canone inverso dell'accessibilità.*

ABSTRACT. *Il saggio analizza la concezione del paradigma proprietario all'interno del modello della sharing economy. In tale prospettiva, esamina le trasformazioni che la figura della proprietà sta subendo in ragione dell'attuale transizione dalla cultura dell'esclusività alla cultura dell'accesso nel contesto dell'economia collaborativa; un sistema improntato sulla combinazione tra facoltà di accesso temporaneo ai beni e l'utilizzo diffuso delle piattaforme di intermediazione. In tale ottica, il contributo tenta di mettere in luce le caratteristiche della 'nuova' configurazione della figura proprietaria come pure le sue criticità.*

The paper analyzes the conception of the property model within the sharing economy. In this regard, it examines the transformations that property is undergoing due to the current transition from the culture of exclusivity to the culture of access in the collaborative economy; a system marked by the combination of temporary access to goods and the use of intermediary platforms. The contribution attempts to highlights the main features of such a vision of property as well as its problems.



1. *Sharing economy*: una premessa di contesto.

510

Nelle pagine che seguono si tenterà di riflettere sulla rinnovata concezione del paradigma proprietario all'interno della cd. società delle piattaforme, in ragione dell'affermazione del modello economico della *sharing economy*. In particolar modo, ci si soffermerà sulle trasformazioni del modello proprietario e sulle conseguenze della transizione dalla cultura dell'esclusività a quella dell'accesso in questi nuovi contesti collaborativi, il cui motto principale è, appunto, *access over ownership*¹.

In via di prima approssimazione, la *sharing economy* è emersa con dirompenza a seguito della crisi finanziaria del 2008, durante la quale fattori concomitanti come l'aumento della disoccupazione e la perdita di potere economico dei consumatori hanno indotto la comunità globale a cercare nuove forme di guadagno 'solidale', attraverso lo sfruttamento delle potenzialità del mercato online². Tutto ciò ha generato un notevole aumento dell'utilizzo delle piattaforme di intermediazione digitale, grazie alle quali si è potuto affermare rapidamente un innovativo modello fondato sulla concessione dell'uso temporaneo di beni o servizi tra pari.

L'apparato alla base della *sharing economy* è incentrato, infatti, non tanto sulla titolarità di beni o servizi, quanto sulla condivisione degli stessi, secondo un rinnovato spirito di solidarietà, in una società iper-connessa, all'interno dell'espansa frontiera del *web*³. Questo sistema viene definito, pertanto, «*an idealised state characterised by the*

shift from ownership to renting, bartering, or gifting»⁴.

Del resto, come ormai evidente, il modello capitalistico – paradigma di mercato dalla prima rivoluzione industriale sino ad oggi – ha mostrato nel frangente contemporaneo i limiti della sua logica progressista, subendo plurime battute d'arresto a livello globale, soprattutto in relazione all'idea di una produzione incessante e priva di delimitazione⁵. Invero, il mito sviluppatista si è rivelato '*pharmakon*' dell'occidente, dal momento che risulta quantomeno disarmonico l'accostamento del concetto di crescita infinita ad una realtà che per sua natura presenta dei confini⁶.

Di qui si comprende allora perché nella cd. società delle piattaforme si assiste ad una rottura netta, almeno apparente, con lo schema previgente. La circolazione di beni e servizi si è affacciata, infatti, verso nuovi modelli giuridico-economici – prima fra tutti la *sharing economy* o economia collaborativa – nel tentativo di risolvere le incongruenze presenti nelle rigide strutture dell'architettura tradizionale del mercato capitalistico *offline*⁷.

In questo contesto si evince una predilezione verso prospettive dinamiche che sfruttano, per un verso, l'assenza di barriere fisiche e la possibilità di interazione costante tra gli utenti, per l'altro,

⁴ Così, C. MIGUEL - G. AVRAM - A. KLIMCZUK - B. SIMONOVITS - B. BALAZS - V. CESNUITYTÉ, *The Sharing Economy in Europe: From Idea to Reality*, in *The Sharing Economy in Europe: Development, Practices, and Contradictions*, edited by V. Cesnuiyté, C. Miguel, A. Klimczuk, G. Avram, Cham, Palgrave Macmillan, 2022, 3 ss.; i quali, a loro volta, richiamano L. GANSKY, *The Mesh: Why the Future of Business is Sharing*, New York, Portfolio Penguin, 2010.

⁵ A riguardo M. MAZZUCATO e M. JACOBS (a cura di), *Ripensare il capitalismo*, Bari, 2017; M. ALBERT, *Il libro dell'economia partecipativa. La vita dopo il capitalismo*, Milano, 2003.

⁶ Sul rapporto tra crescita negativa e decrescita economica si è occupato: S. LATOUCHE, *La scommessa della decrescita*, Milano, 2007; ID., *Breve trattato sulla decrescita serena*, Torino, 2008. L'Autore indaga il tema della decrescita ritenendo che il termine non abbia per forza accezione negativa. Il concetto di decrescita come crescita negativa deriva direttamente dall'idea di un sistema basato sul produttivismo illimitato. Secondo l'Autore, invece, è necessario abbandonare l'organizzazione della società fondata sull'accumulazione infinita. Al contrario, l'idea di decrescita è intrinsecamente legata al concetto di uno sviluppo sostenibile, vale a dire rispettoso dell'idea di finitezza, riduzione, riciclo, riutilizzo dei beni prodotti. Per raggiungere uno sviluppo sostenibile egli propone come necessità una decrescita ragionata tramite la riduzione dei consumi e produzioni come pure un ritorno graduale all'auto-consumo.

⁷ Tra le molte, una chiara ricostruzione è fornita da D. MCKEE, *Peer Platform Markets and Licensing Regimes*, in *Law and the "Sharing Economy", Regulating Online Market Platform*, edited by D. McKee, F. Makela, T. Scassa, Ottawa, University of Ottawa Press, 2018, 17 ss.

¹ Cfr. M.J. SORENSEN, *Private law perspective on Platform Services, Uber - a business model in search of a new contractual legal frame*, in *EuCML*, 2016, 15 ss.; C. BUSH - H. SCHULTE NOLKE - A. WIEWIORSKA DOMAGALSKA - F. ZOLL, *The Rise of the Platform Economy: a New Challenge for EU Consumer Law?*, in *EuCML*, 2016, 3 ss.

² Sul punto, in particolare, si rimanda al contributo di C. ABATANGELO, *Il consumo 'access based' quale fattore di successo per una sharing economy sostenibile*, in *Le sfide per una sharing economy sostenibile. Un dialogo tra Italia e Francia*, a cura di C. Abatangelo e G. Marchetti, Pisa, 2023, 11.

³ Sul modello della *sharing economy* si consideri, *ex multis*, il contributo di D. PELLEGRINI - F. DI CANIO, *The New Social Game. Sharing Economy and Digital Revolution: Into the Change of Consumer's Habits*, Milano, 2017. Si osservi, inoltre, T. WIDLOK, *Anthropology and the Economy of Sharing*, New York, Routledge, 2017. L'Autore analizza il fenomeno in questione da una prospettiva antropologica. Ancora, G. SMORTO, *Economia della condivisione e antropologia dello scambio*, in *D.P.C.E.*, 2017, 119 ss.; ID - T. BONINI, *Shereable! L'economia della condivisione*, Roma, 2017; W. SUTHERLAND - M. HOSSEINI JARRAHI, *The Sharing Economy and Digital Platforms: A Review and Research Agenda*, in *International Journal of Information Management*, 2018, 328 ss.

l'interferenza strutturale tra circolazione dei dati e dei beni e, infine, la capacità di intermediazione delle piattaforme stesse⁸. Tali infrastrutture digitali a facilitazione dei rapporti tra domanda e offerta sono divenute così protagoniste assolute dello spazio economico digitale⁹.

Gli utenti, dal canto loro, mostrano una propensione sempre maggiore verso l'idea di modelli improntati alla socialità e alla sostenibilità¹⁰. Di qui, dunque, la congenialità della promozione dell'accessibilità temporanea a beni di uso comune di qualsiasi tipologia – dagli utensili per la casa, alle autovetture o addirittura la propria abitazione¹¹. Il paradigma collaborativo, d'altra parte, esibisce notevoli vantaggi sia per l'offerente che per il proponente: il primo potrà trarre profitto dallo sfruttamento del potenziale inutilizzato dei propri beni, mentre il secondo potrà fruire degli stessi a costi perlopiù accessibili¹².

Tale processo si costituisce *peer to peer* e senza l'ingerenza delle istituzioni, secondo una logica di disintermediazione degli scambi¹³. La rete consente pertanto nuove forme di coinvolgimento dei privati, motivo per cui essa viene denominata *social web*¹⁴. In buona sintesi, la condivisione trova nei *digital*

network una marcata centralità, a tal punto che si sente parlare di una *new era of sharing*¹⁵.

2. Il ruolo delle piattaforme di intermediazione nella condivisione di risorse

La condivisione dei beni ha acquisito indubbiamente notevole spazio nel mercato online, sebbene si tratti di un fenomeno spesso complesso da circoscrivere, in virtù della sua versatilità. Invero, ad oggi non esiste una definizione giuridica di *sharing economy* o economica collaborativa né tantomeno una terminologia condivisa nella descrizione dei tratti salienti del modello¹⁶. Difatti, nella rappresentazione della *sharing economy*, la letteratura si contraddistingue per l'utilizzo di espressioni perlopiù di derivazione sociologica o economica, tra le quali si annoverano: *access based consumption*, *collaborative consumption*, *non ownership form of consumption*, *access economy*, *community based consumption*, etc.¹⁷.

In via generale, con i termini citati vengono individuate tutte quelle pratiche in cui è consentito agli utenti, per mezzo di una piattaforma *online* di cd. intermediazione digitale, l'accesso all'uso temporaneo di beni e servizi¹⁸. Caratteristica preminente della *sharing economy* sembra essere quindi la forma di consumo dei beni e servizi prescelta; forma che si basa proprio sul paradigma dell'accesso¹⁹.

⁸ Si consideri F. DI CIOMMO, *Il diritto di accesso all'informazione in Internet*, in *Internet e Diritto civile*, a cura di C. Perlingieri e L. Ruggeri, Napoli, 2015, 77 ss.

⁹ Sulla configurazione del ruolo svolto dalle piattaforme, si rimanda, in particolare, ad A. QUARTA, *Il ruolo delle piattaforme digitali nell'economia collaborativa*, in *Contr. impr.*, 2017, 554 ss., la quale richiama sul punto PD. BELTRAMI, *Le attività dei soggetti dei social network come impresa*, in *AIDA*, 2011, 61 ss.

¹⁰ Sulla relazione tra economia circolare e sostenibilità si osservi il contributo di M. PENNASILICO, *Economia circolare e diritto: ripensare la sostenibilità*, in *Persona e Mercato*, 2021, 711 ss.

¹¹ Relativamente al tema delle dinamiche economiche all'interno delle attività di *sharing economy*, si veda, ad esempio, MA. MAGGIONI, *La sharing economy. Chi guadagna e chi perde*, Bologna, 2017, 26 ss. In particolare, l'Autrice descrive brevemente due differenti forme di *home-sharing*, ossia *Airbnb* e *Couchsurfing*, delineandone storia e principali caratteristiche.

¹² Per maggiori dettagli si rinvia ad A. QUARTA, *Privati della cooperazione. Beni comuni e sharing economy*, in *Beni comuni 2.0. Contro-egemonia e istituzioni*, a cura di A. Quarta e M. Spanò, Milano, 2016, 86 ss. In tale saggio l'Autrice tratteggia anche i lineamenti dei cd. *prosumers*, nonché il venir meno della netta separazione tra fornitori di servizi e consumatori. Ancora, D. PELLEGRINI, *Sharing Economy. Perché l'economia collaborativa è il nostro futuro*, Milano, 2017.

¹³ In proposito, Arun Sundararajan introduce il concetto di *crowd-based capitalism*, vale a dire il capitalismo basato sulle folle. Il termine mira a sottolineare come l'organizzazione delle attività economiche si stia trasferendo dall'imprenditore alle folle. Per maggiori dettagli si rimanda a A. SUNDARAJAN, *The Sharing Economy. The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism*, Cambridge, MIT Press, 2016, 105 ss.

¹⁴ G. SMORTO, *Economia della condivisione*, cit., 119 ss.

¹⁵ Cfr. R. BOTSCHAN - R. ROGERS, *Il consumo collaborativo ovvero quello che è mio è anche tuo*, Milano, 2017, 15 ss.

¹⁶ Della stessa opinione G. MARCHETTI, *Ruolo e responsabilità delle piattaforme nell'economia della condivisione in funzione della sostenibilità*, in *Le sfide per una sharing economy sostenibile. Un dialogo tra Italia e Francia*, a cura di C. Abatangelo e G. Marchetti, Pisa, 2023, 31; così anche M. BIANCHINI, *Sharing economy e diritto dell'impresa e del mercato: una convivenza difficile*, in *Le sfide*, cit., 57 s.

¹⁷ Cfr. C. ABATANGELO, *op. cit.*, 12.; E. DE BELVIS, *Sharing economy e parametri di valutazione per un corretto approccio dell'apparato rimediabile*, in *Le sfide*, cit., 92 s.

¹⁸ In proposito, nella relazione di accompagnamento alla proposta di legge n. 3564 del 27 gennaio 2016, sulla disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione, è stato fatto proprio espresso riferimento alla natura multidisciplinare del modello. Tale proposta è stata compiuta dall'Intergruppo Parlamentare per l'Innovazione Tecnologica. A rigore di precisione, un Intergruppo non è una Commissione Parlamentare bensì una libera associazione tra parlamentari maggiormente sensibili rispetto a determinati temi. Per il testo si rimanda a: «www.camera.it/leg17/995?sezione=documenti&tipoDoc=lavori_testo_pdl&idLegislatura=17&codice=17PDL0039770&back_to=http://www.camera.it/leg17/126?tab=2-e-leg=17-e-idDocumento=3564-e-sede=-e-tipo».

¹⁹ Così, C. ABATANGELO, *op. cit.*, 12.

Questo sistema è incentrato, infatti, sulla combinazione necessaria tra facoltà di accesso temporaneo, approccio mediante cui si permette la condivisione delle risorse, e l'utilizzo diffuso delle piattaforme digitali intermediarie degli scambi tra pari. Segnatamente, le transazioni compiute nell'ambito dell'economia della condivisione «non soltanto sono costruite sul paradigma dell'accesso temporaneo ai beni, anziché su quello dell'acquisto di proprietà, ma presentano altresì una configurazione peculiare del diritto all'accesso che ne costituisce l'oggetto, e ciò in quanto tali transazioni avvengono per il tramite di piattaforme digitali e all'interno di comunità di utenti»²⁰. Sicché il tratto qualificante della *sharing economy* può essere rinvenuto allora nell'endiadi composta da accesso temporaneo alle risorse e ruolo svolto dai portali tecnologici.

A conferma di ciò, sovviene la definizione elaborata dalla Commissione europea nella sua Agenda per l'economia collaborativa del 2016, in cui si legge che «l'espressione economia collaborativa si riferisce ai modelli imprenditoriali in cui le attività sono facilitate da piattaforme di collaborazione che creano un mercato aperto per l'uso temporaneo di beni o servizi spesso forniti da privati»²¹. Non solo, tale segno distintivo si rinviene anche nella definizione di *sharing economy* offerta dall'*Oxford Dictionary* nel 2015, là dove essa viene descritta come «*an economic system in which assets or services are shared between individuals, either for free or for a fee, typically by means of the Internet, e.g. thanks to the sharing economy you can easily rent out your car, your apartment, your bike, even your wifi network when you don't need it*».

Ebbene, si tratta di una combinazione di fattori che, se correttamente interpretata, è in grado di arrecare numerosi benefici alla *community* di utenti *sharing* poiché, per un verso, permette il coinvolgimento del consumatore nel processo produttivo e, per l'altro, crea un sistema di fiducia tra gli operatori. In aggiunta, consente una circolazione veloce e senza limiti spaziali di beni e servizi, oltre che lo sfruttamento del loro potenziale inattivo²².

Giova sottolineare, tuttavia, che non c'è sempre corrispondenza tra quanto appena descritto e ciò che accade nella prassi, soprattutto per quanto attiene al

ruolo effettivo delle piattaforme²³. Invero, esistono forme differenti di condivisione o collaborazione che rimandano a scelte di *business* altrettanto eterogenee da parte dei gestori dei portali²⁴. Ragione per cui, nonostante la presenza di una forma comune incentrata sull'endiadi descritta poc'anzi, nella sostanza si riscontra un'apprezzabile difficoltà nell'evidenziare gli elementi di assonanza e dissonanza nelle attività e nei servizi offerti sotto il denominatore comune dell'economia collaborativa²⁵. Ne consegue che il termine viene utilizzato per individuare sistemi produttivi notevolmente differenti tra loro, tanto per forme organizzative e per scopi sottesi, quanto per scelta di strumenti remunerativi²⁶.

²³ Evidenzia questa discrepanza, G. MARCHETTI, *op. cit.*, 33 ss.; in letteratura supportano la visione solidaristica della *sharing economy* Y. BENKLER, *Sharing Nicely: On Shereable Goods and the Emergence of Sharing ad a Modality of Economic Production*, in *The Yale Law Journal*, 2004, 273 ss.; L. LESSIG, *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*, New York, Penguin Press, 2008. Di parere contrario, invece, T. SLEE, *What is yours is mine: Against the Sharing Economy*, New York, OR Books, 2015; L. BOCKER - M. TOON, *Sharing for People, Planet or Profit? Analysing Motivations for Intended Sharing Economy Participation*, in *Enviromental Innovation and Societal Transitions*, 2017, 28 ss.; si prenda a riferimento, inoltre, SM. MESSINA, *La Sharing economy: l'utilizzo per finalità commerciali delle piattaforme e il loro (difficile) assoggettamento ad imposizione* in *Itinerari interdisciplinari del diritto nella prospettiva europea*, a cura di M. Schimt Kessel e S. Troiano, Verona, 2021, 337 ss.

²⁴ Di fatto, l'idea di consumo fondato sul paradigma dell'accesso ricomprende pratiche notevolmente diverse tra di loro, con la conseguenza che solo alcune di esse risultano effettivamente lineari con la promozione della solidarietà, sostenibilità e nuovo benessere per la comunità sociale. Invero, vi sono più di 10.000 società nel mercato *online* che attualmente rientrano entro la descrizione appena compiuta della *sharing economy*, settore dal potenziale di crescita stimato per \$335 miliardi al 2025. Per maggiori dettagli si rinvia a C. MIGUEL - E. MARTOS CARRION - M. SANTA, *A Conceptualisation of the Sharing Economy: Towards Theoretical Meaningfulness*, in *The Sharing Economy*, *cit.*, 21 ss.

²⁵ In particolare, si considerino i contributi di M. KENNEY - J. ZYSMAN, *The Rise of the Platform Economy*, in *Issues in Science and Technology*, 2016, 61 ss.; M. COHEN - A. SUNDARARAJAN, *Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy*, in 82 *U. Chi. L. Rev. Dialogue*, 2015, 116 ss.; R. DYAL CHAND, *Regulating Sharing: The Sharing Economy as an Alternative Capitalist System*, in 90 *Tul. L. Rev.*, 2015, 241 s.

²⁶ Sul punto G. SMORTO, *Sharing economy e modelli di organizzazione*, *paper* presentato al IX Colloquio scientifico sull'impresa sociale, 22-23 maggio 2015, Perugia, 3 ss. L'economia collaborativa viene rappresentata come un modello economico alternativo, all'interno del quale gli scambi sono compiuti tramite nuove modalità. Ciò nonostante, si declinano forme differenti di collaborazione. Si passa da esperienze a scopo volontaristico (come, ad esempio, il noto sito Wikipedia), sino ad arrivare a modelli la cui struttura di *governance* è del tutto assimilabile ai modelli tradizionali *for profit* di mercato (è il caso di Airbnb o Uber). Si aggiunge a queste l'ipotesi in cui vi è un contemperamento tra le due esperienze descritte

²⁰ C. ABATANGELO, *op. loc. ult. cit.*

²¹ Si fa riferimento alla Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, intitolata 'Un'Agenda europea per l'economia collaborativa', indirizzata al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Consiglio delle Regioni del 2 giugno 2016, n. 356.

²² C. ABATANGELO, *op. cit.*, 13.



Al suo interno ricadono, di fatto, un misto di realtà eterogenee, le quali vanno dalle organizzazioni *no profit*, alle grandi imprese, ove gli aspetti legati a *sociability* o *sustainability* sembrano rappresentare non tanto un effettivo scopo dell'azienda, quanto piuttosto una strategia di *marketing*, là dove il terreno di riferimento rimane sempre il mercato²⁷. Ebbene, non sembra allora azzardato ritenere che tali pratiche non abbiano come fine ultimo la condivisione collettiva di risorse ma la creazione di raffinate forme di *sharewashing*.

Una situazione ormai diffusa e che solleva notevoli questioni soprattutto sulla tenuta dell'endiadi tra ruolo delle piattaforme e paradigma dell'accessibilità. Invero, se sotto al cappello semantico della *sharing economy* si innestano per lo più realtà che hanno come scopo principale il profitto, ecco che il concetto di accesso libero alle risorse e loro condivisione perde di sostanza.

3. Caratteristiche soggettive e oggettive della *sharing economy*

In letteratura, i principali elementi che fondano il cd. *accessibility-based model for peer to peer market* sono quattro: in primo luogo, la cd. massa critica, ovvero la quantità o il livello soglia di partecipazione collettiva necessario affinché si inneschi un determinato fenomeno²⁸; in seconda

battuta, il cd. potenziale inattivo, ossia lo sfruttamento del potenziale inespresso di ogni bene²⁹; in terzo luogo, la cd. importanza dei beni comuni, vale a dire la tendenza del modello a porre quali propri beni di scambio oggetti di utilizzo giornaliero e non tanto beni di lusso³⁰; come ultimo elemento, poi, c'è la fiducia nella relazione soggettiva³¹.

Ne consegue che gli utenti entrano in relazione nell'ottica di una collaborazione reciproca, volta alla generazione di un capitale collettivo, creato proprio dallo sfruttamento del potenziale insito nella condivisione di beni e risorse³². Ciò conduce ad osservare come in tale modello sia preminente il cd. *network effect*, tale per cui maggiore è la condivisione di risorse, maggiore è il beneficio tratto dalla comunità³³. Si apprezza, dunque, l'abbandono della logica di rivalità dell'utilizzo dei beni, a fronte della loro redistribuzione, posto che appare preminente non tanto lo scambio di un titolo proprietario, ma l'accesso temporaneo ad un servizio o ad una proprietà altrui.

Il concetto di titolarità individuale sembra così perdere peso, mentre prende piede, invece, l'idea di funzionalità condivisa, ovvero di sfruttamento del potenziale inattivo 'dei beni comuni'³⁴. Del resto,

per descrivere l'utilizzo di un raduno di biciclette a San Francisco il quale, sfruttando la forza del numero, invase le strade con l'intento di bloccare il traffico cittadino. La massa si definisce critica quando è in grado, grazie ad un dato quantitativo, di creare un mutamento qualitativo.

²⁹ Con il termine potenziale inattivo si intende la consapevolezza del mancato sfruttamento del potenziale dei beni.

³⁰ Il termine beni comuni indica la tendenza del modello a porre quali propri beni di scambio, oggetti di utilizzo giornaliero per sfruttare il loro potenziale attraverso la condivisione.

³¹ Si parla anche di economia della reputazione, in quanto in un sistema *peer to peer* l'instaurazione di un rapporto di fiducia reciproca tra le parti è fondamentale. I portali tendono a creare le cd. *trusted community*, ovvero gruppi di utenti, in cui ciascuno possiede un proprio profilo personale, pubblico o semi-pubblico, grazie al quale è possibile entrare in contatto con gli altri, condividendo servizi e prodotti. Ogni utente, tuttavia, per partecipare attivamente alla comunità, è tenuto ad accettare e rispettare i termini d'uso della piattaforma stessa. Per un'analisi più approfondita, si rimanda nuovamente a R. BOTSMAN - R. ROGERS, *Il consumo*, cit., 85 ss.

³² Si occupa del tema la ricerca sponsorizzata dalla fondazione Unipolis, intitolata *Dalla sharing economy all'economia collaborativa. L'impatto e le opportunità per il mondo della cooperazione*, in *I quaderni di Unipolis*, 2015, 20 ss.

³³ Cfr. C. ABATANGELO, *op. cit.*, 25.

³⁴ Il riferimento è J. RIFKIN, *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, Milano, 2000. In modo da avvertire distintamente la novità del quadro descritto, giova prendere in considerazione il concetto tradizionale di bene inteso in senso giuridico e vagliare le forme classiche di appartenenza operanti nel nostro ordinamento. Su entrambi le questioni OT. SCOZZAFAVA, *i beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982; Una ricostruzione articolata delle coordinate

(BlaBlaCar). Altre società, invece, inizialmente abilitano gratuitamente l'accesso e lo scambio di servizi tra utenti per poi, una volta formata una massa critica, introdurre una *fee* sulle transazioni compiute all'interno. Nel complesso, le fonti di ricavo maggiormente diffuse su cui si fondano i modelli di *business* delle piattaforme sono sostanzialmente quattro. La prima è la percentuale sulle transazioni eseguite dagli utenti, come avviene nella piattaforma *Airbnb*, là dove la società guadagna ponendo una *fee* su ciascuna transazione. La seconda fonte è l'imposizione di un abbonamento mensile o annuale al fine di poter usufruire del servizio. In terzo luogo, invece, le piattaforme guadagnano attraverso la vendita di spazi pubblicitari sul sito. Infine, fonte di reddito possono essere accordi commerciali o *sponsorship*. Questi si combinano e si caratterizzano, in ciascun caso, delineando diverse esperienze. Per maggiori dettagli si rinvia a R. BOTSMAN, *Defining the Sharing Economy: What is Collaborative Consumption – And What isn't?*, in *Fast Company*, 27th May 2015, <<https://www.fastcompany.com/3046119/defining-the-sharing-economy-what-is-collaborative-consumption-and-what-isnt>>.

²⁷ Così, C. MIGUEL - E. MARTOS CARRION - M. SANTA, *A Conceptualisation*, cit., 21 ss.

²⁸ In specie, con massa critica si suole intendere la quantità critica di supporto collettivo necessario affinché possa avvenire una rivoluzione sociale; in altre parole, l'ampio coinvolgimento popolare prodromico all'innescamento del fenomeno collaborativo. In generale, viene definita come la quantità o il livello soglia necessario perché si inneschi un determinato fenomeno. Il termine è stato utilizzato la prima volta nel 1992

nell'ambito di una *community* digitale la condivisione favorisce molto più la cooperazione rispetto alla proprietà classicamente intesa, la quale non implementa di certo meccanismi di redistribuzione³⁵. Per i motivi indicati, alcuni commentatori non hanno esitato ad intravedere in queste innovative esperienze i tratti nascenti di un capitalismo senza proprietà³⁶. Di qui si comprende perché la *sharing economy* suole essere descritta come il modello di transizione dalla cultura dell'esclusività proprietaria alla cultura dell'accesso temporaneo a beni o servizi.

Ulteriore tratto saliente dell'economia collaborativa è il coinvolgimento del consumatore nel processo produttivo, da cui discende che nel sistema collaborativo interagiscono tre distinte categorie di individui. Per un verso, il prestatore di servizi che intende condividere temporaneamente un bene o servizio o la propria competenza, sia in via occasionale che professionale; per l'altro l'utente, vale a dire colui che vuole beneficiare dei beni per un utilizzo temporaneo o dei servizi e, infine, il cd. intermediario, ossia la piattaforma, il cui ruolo sarebbe quello di porre in contatto i primi due soggetti mediante la propria tecnologia, agevolandone gli scambi³⁷.

Mentre la piattaforma svolge tendenzialmente una funzione professionale, non si può dire lo stesso per gli utenti, dal momento che la prima delle caratteristiche del modello è la presenza di una comunità di cd. *peers*, i quali – senza alcuna necessaria veste professionale – fondano la loro relazione sulla condivisione di risorse tra pari³⁸. Ciò conduce ad un processo di 'de-professionalizzazione' dei soggetti nel consumo collaborativo, secondo la logica per cui, come tutti possono consumare, egualmente tutti dovrebbero

entro cui condurre il discorso inerente ai regimi di appropriazione viene offerta anche da M. BARCELLONA, *Per una teoria dei beni giuridici*, in *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, II, Milano, 1988, 67.

³⁵ Si veda, C. ABATANGELO, *op. cit.*, 25.

³⁶ F. RAMPINI, *Sharing economy: il nuovo capitalismo senza proprietà*, in *La Repubblica*, 29 giugno 2015.

³⁷ Ne parla D. DIVERIO, *La disciplina europea dei servizi delle piattaforme di intermediazione online nella comunicazione della Commissione «Un'agenda europea per l'economia collaborativa»*, in *Papers di diritto europeo*, Verona, 2016, 30 ss.

³⁸ A tal riguardo: G. MUSCOLO - AM. RIZZO, *Sharing Economy: a Multifaceted Phenomenon*, in *Riv. it. antitrust*, 2018, 95 ss.; G. SMORTO, *Dall'impresa gerarchica alla comunità distribuita*, in *O.D.C.*, 2014, 1 ss.; ID., *The Protection of the Weaker Parties in the Platform Economy*, in *The Cambridge Handbook of the Law of the Sharing Economy*, edited by NM. Davidson, M. Finck, JJ. Infranca, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, 431 ss.; A. QUARTA, *Il diritto dei consumatori ai tempi della peer economy. Prestatori di servizi e prosumers. Primi spunti*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 667 ss.

aver diritto di produrre qualcosa e quindi di realizzare un nuovo *business*.

Si intravede, pertanto, una tendenza marcata all' 'ibridazione' delle figure³⁹. Invero, il cd. *prosumer* pare aver assunto il ruolo di nuovo protagonista di questo mercato⁴⁰. D'altra parte, è proprio tramite la partecipazione attiva del *prosumer* al processo che è permesso un ripensamento non solo della fase distributiva ma anche di quella produttiva, posto che l'utilizzo condiviso della potenziale inespresso dei beni consente anche una diminuzione della produzione e quindi maggiore sostenibilità.

L'utilizzo del *web* offre così un duplice vantaggio agli utenti: da una parte permette di ottimizzare la posizione del proprietario-prestatore, il quale può ricavare un'utilità indiretta dai beni che non sfrutta appieno mettendoli a disposizione di terzi. Dall'altra, consente al fruitore di accedere in diverso modo ad ogni forma di bene o servizio senza essere titolare di alcun diritto reale che ne giustifichi il godimento⁴¹. Di conseguenza, quello dell'economia collaborativa è un contesto in cui anche l'organizzazione produttiva subisce una

³⁹ Sul punto la Commissione europea nel proprio parere esplorativo sui 'nuovi modelli economici sostenibili', 2018/C 081/08, del 7 febbraio 2017 ha esordito sostenendo che «Assistiamo attualmente all'emergere di un'economia ibrida in cui l'architettura tradizionale del mercato è sfidata dalla comparsa di una moltitudine di nuovi modelli che stanno trasformando i rapporti tra produttori, distributori e consumatori».

⁴⁰ Il termine *prosumer* è stato coniato la prima volta da A. TOFFLER, *La terza ondata*, Milano, 1987. Nel nostro ordinamento il *prosumer* trova una definizione giuridica nel settore dell'autoproduzione di energia elettrica. L'ARERA – autorità di regolazione di energia reti e ambienti – nell'allegato A della deliberazione 18 maggio 2012, n. 188/2012/E/com e ss. mm., definisce il *prosumer* come «il soggetto che è al contempo produttore e cliente finale di energia elettrica». Si tratta di una figura che differisce ampiamente sia dal consumatore, visto che svolge un'attività produttiva, sia dal cliente finale che acquista energia elettrica o gas naturale per utilizzo privato. L'ARERA ha ritenuto legittimo equiparare il *prosumer* al consumatore nella regolazione della procedura di conciliazione e in quella di reclamo, che costituiscono gli ambiti di intervento delle due deliberazioni citate. Le ragioni legate a questa scelta si ritrovano nella constatazione che il *prosumer*, rimanendo comunque un utente di un servizio erogato dal Gestore Servizi Energia, si trova in una situazione di asimmetria informativa.

⁴¹ Con ciò non si vuole dire che il diritto di proprietà non svolga più quella descritta funzione di preminenza nel mercato: il presupposto per garantire l'accesso a terzi è quello, comunque, di poter disporre del bene; tuttavia, quest'ultimo viene valutato nel suo valore d'uso più che di scambio. Cfr. D. DI SABATO, *Progredire tornando all'antico: gli scambi nella Sharing Economy*, in *Sharing Economy. Profili giuridici*, a cura di D. Di Sabato e A. Lepore, Napoli, 2018, 1 ss.

notevole trasformazione, venendo definita, per l'appunto, *commons based peer production*⁴².

Per quanto attiene, invece, alle modalità con cui avviene lo scambio all'interno dei *marketplace* collaborativi, l'accordo negoziale è concluso generalmente tra gli utenti, dal momento che la piattaforma occupa il ruolo di mero intermediario tra le parti⁴³. Sennonché, il ruolo di facilitatore necessario tra domanda e offerta nell'ubiquità del *web* ha permesso a queste infrastrutture tecnologiche di creare ecosistemi autonomi, ossia impianti regolativi propri che tendono a governare non solo l'intermediazione in senso stretto ma, per l'appunto, la relazione negoziale tra gli *users* del portale⁴⁴. Conseguentemente, invece di limitarsi a facilitare l'ingresso al mercato collaborativo, le piattaforme hanno assunto la veste di controllori dell'accesso ai beni e servizi posti in condivisione⁴⁵.

⁴² Mediante questa espressione si individuano quelle nuove modalità di organizzazione produttiva, tendenzialmente differenti sia al mercato che all'impresa, ove una comunità di soggetti non legati da vincolo alcuno, offre il proprio apporto per la realizzazione di determinati progetti in un regime di tendenziale libero accesso alle risorse. Il termine è stato coniato da Y. BENKLER, *Commons-based Peer Production and Virtue*, in *The Journal of Political Philosophy*, 2006, 394 ss. Tratta ampiamente delle teorie di Benkler, M. DURANTE, *Il futuro del web: etica, diritto, decentramento. Dalla sussidiarietà digitale all'economia dell'informazione in rete*, Torino, 2007, 192 ss.

⁴³ Per un'analisi più puntuale si rinvia nuovamente ad A. QUARTA, *Il ruolo*, cit., 554 ss.

⁴⁴ La difficoltà sulla complessità dei rapporti tra gestori dei portali e singolo utente viene posta in luce da F. ASTONE, *Il rapporto tra gestore e singolo utente: questioni generali*, in *AIDA*, 2011, 102 ss.

⁴⁵ Sul punto si osservi il documento n. 1 del 9 luglio 2020 pubblicato dalla Commissione europea a seguito dell'approvazione del Reg. 1150/2019/UE intitolato *'Domande e Risposte - Stabilire un ecosistema equo, affidabile e spinto dall'innovazione nell'economia delle piattaforme online'*. Il rischio che si corre, allora, è la costituzione di nuovi sistemi verticistici di *platform capitalism*, in virtù delle lacunose barriere regolative attualmente presenti nel sistema. Tali forme di *net capitalism* mercificano l'idea collaborativa *peer to peer* alla base della *sharing economy*, dal momento che la loro *governance* è strutturata secondo un assetto organizzativo del tutto capitalistico con controllo centralizzato, il quale non permette di certo forme di redistribuzione del capitale o di mutualismo. Ciò che si verifica in tal caso, infatti, è l'acquisizione indebita di valore dall'economia collaborativa e lo sfruttamento di alcuni aspetti della cultura della condivisione per trarne indebito profitto. Sul punto: B. VECCHI, *Il capitalismo delle piattaforme*, Roma, 2017, 4 ss.; P. BELTRAMI, *Le attività dei soggetti del sociale network come impresa*, in *AIDA*, 2011, 57 ss.; H. ARTHURS, *The False Promise of the Sharing Economy*, in *Law and the Sharing Economy*, cit., 55 ss. Ancora, contrario al beneficio della *Sharing Economy*, il noto economista americano R. REICH, *The 'Sharing Economy'? More Like the 'Share the Crumbs' Economy*, in *thesetimes.com*, 4th february 2015, disponibile online <<https://inthesetimes.com/article/robert-reich-the-sharing-economy-more-like-the-share-the-crumbs-economy>>, il quale

Ragione per cui, se il ruolo svolto dalle infrastrutture tecnologiche non è speculare al modello inizialmente concepito, ci si chiede se lo sia invece il paradigma dell'accessibilità, in virtù dell'endiadi che li accosta. In particolare, sorge il dubbio che non si stia effettivamente inaugurando una fase di abbandono della proprietà ma, al contrario, l'appartenenza continui a rappresentare l'istituto fondativo del mercato, anche *online*. Per tentare di sciogliere tale nodo, sembra dunque opportuno fare un passo a monte e concentrarsi sulle ragioni da cui tale transizione ha avuto origine.

4. Il superamento del modello di proprietà come 'dominium'

Giova sottolineare come il mercato abbia trovato nella figura della proprietà privata uno dei suoi elementi cardine. A ben vedere, questo paradigma giuridico non ha mai rappresentato solo uno strumento di organizzazione economica, scevro di connotazioni ulteriori⁴⁶. Al contrario, il cd. 'terribile diritto' è stato oggetto di forte ideologizzazione. Esso è stato avvolto da una veste metagiuridica, che a lungo ha avvinto questo modello ad una certa concezione di progresso antropologico⁴⁷.

lo definisce come "l'economia della condivisione delle briciole".

⁴⁶ Si rimanda alla definizione di U. MATTEI, voce *Proprietà*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, XV, Torino, 1997, 432 ss.; là dove viene puntualizzato a pag. 439 che «il regime giuridico proprietà privata sia la risultante di un processo competitivo fra diversi formanti, taluni dei quali a valenza principalmente politica, talaltri a valenza tecnico-giuridica e/o culturale». Questa impostazione si trova anche in A. GAMBARO, *Il Diritto di Proprietà*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, VIII, Milano, 1995, 24; laddove viene indicato che «la proprietà privata aveva un fondamento meta-positivo e che quindi un legislatore poteva riconoscerla come diritto dell'uomo, ed, in secondo luogo, ma ciò solo per i seguaci di Locke, che nella proprietà privata era insito un valore etico».

⁴⁷ Sulla ricostruzione della figura della proprietà in ottica socio-economica, *ex multis*, v. P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Camerino-Napoli, 1971; P. GROSSI, *Trasformazioni dominicali*, in *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, a cura di U. Mattei, E. Reviglio e S. Rodotà, Bologna, 2007, 49; là dove viene posto in luce come ogni epoca storica plasmi «a sua immagine e secondo le sue esigenze un istituto che non si è mai risolto in una scelta puramente tecnica ma che è sempre stato, inevitabilmente, lo specchio fedele di progetti politici, di idealità, di interessi e, quindi, anche di opzioni ideologiche». Sempre dello stesso Autore, si osservi la riedizione del testo *'Un altro modo di possedere'. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 2017; in questo scritto la riflessione si concentra sulla relazione tra proprietà individuale e forme di proprietà collettiva. Si prenda in considerazione anche G. ALPA - M. BESSONE, *Poteri dei privati e statuto della proprietà. II. Storia, funzione sociale, pubblici interventi*, Padova, 1980. Nel primo capitolo, in



Segnatamente, la proprietà è stata investita nel tempo di diversi significati di natura politica ed economica, ma anche etica e morale; tutti profili che si sono riverberati sull'estensione dei poteri del proprietario⁴⁸. Del resto, a differenza di altri sistemi, nel modello occidentale atomistico la logica dell' 'io' individuale ha prevaricato a lungo su quella del 'noi' comunitario⁴⁹. L'uomo è dunque tale in quanto individuo proprietario⁵⁰.

Nella relazione così costruita tra persone e beni, la prospettiva dell'assolutezza e il contenuto prevalentemente economico del diritto di proprietà si intrecciano, in via prospettica, con la valorizzazione del soggetto che ne è titolare⁵¹. Il baricentro diviene l'idea di una relazione diretta, materiale e, soprattutto, individuale tra una *res* e il soggetto: sussiste, così, una stretta relazione tra esclusione, individualismo e libertà⁵².

Non è un caso, dunque, che il concetto di *dominium* sia stato correlato per lungo tempo all'autonomia e alla capacità di autodeterminazione del soggetto, che trova la propria libertà e realizzazione nel potere di scambio e di trasferimento di propri beni in mercati aperti. Sussiste, in tal senso, una stretta relazione tra il concetto di proprietà e il potere sul bene che può

particolare, gli Autori ripercorrono la storia della proprietà e le sue differenti concezioni. Per una recente ricostruzione della codificazione della proprietà si rinvia, invece, a F. MACARIO, *Assolutezza, pienezza, inviolabilità, esclusività: il diritto di proprietà nelle codificazioni europee. In memoria di Michele Costantino*, in *Giust. civ.*, 2014, 227 ss.

⁴⁸ Soprattutto in epoca post-moderna, la proprietà rappresentava per il soggetto una forma di 'sovranità' assoluta su un pezzo di mondo; tutto ciò in logica coordinazione con la mentalità borghese e imprenditoriale che stava fiorendo in quel periodo. Cfr. A. QUARTA, *Non-proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni*, Torino, 2016, 215 ss.

⁴⁹ Cfr. E. ARIANO, *Ius Excludendi. Note su natura e beni comuni in America Latina: il caso dell'Equador*, in *Beni Comuni 2.0*, cit., 59 ss. Sull'individualismo proprietario, ancora attuale la ricostruzione di P. BARCELONA, *L'individualismo proprietario*, Torino, 1987, 78 ss. secondo il quale l'epoca moderna è segnata dal soggetto proprietario: la qualità di proprietario si trasforma in un principio di organizzazione del sistema nel suo complesso. Sul punto, si rimanda altresì all'analisi storica condotta da A. MOSSOF, *What is Property? Putting the Pieces back Together*, in *45 Arizona L. Rev.*, 2003, 379 ss., con specifico riferimento al diritto di proprietà osservato nell'ottica dello *ius excludendi*.

⁵⁰ Così, in particolare, CB. MACPHERSON, *The Political Theory of Possessive Individualism. Hobbes to Locke*, Oxford, Clarendon Press, 1962.

⁵¹ Sul tema, sia consentito rinviare all'introduzione del volume, M. MICELI - L. SOLIDORO (a cura di), *In tema di proprietà: il modello romano nella tradizione giuridica*, Torino, 2021.

⁵² Si rimanda, in primo luogo, a P. RESCIGNO, voce *Proprietà*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 255 s.; si consideri anche la più recente ricostruzione di M. FERRARI, *Proprietà e diritto a essere inclusi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, 525 ss.

essere esercitato dal *dominus*⁵³. Per l'effetto, la quantità di beni appartenenti ad un soggetto mira a raffigurare allora la sua porzione concreta di potere nel mondo vale a dire che dall'acquisto della proprietà deriva il più pieno dei poteri che il *dominus* può imprimere su un determinato bene⁵⁴. Si tratta di una 'capacità di potenza' garantita al proprietario che contiene in sé diverse possibilità di azione: dal diritto di godimento e disposizione al cd. *ius abutendi*, ossia il diritto di consumare il bene, come pure il diritto di non utilizzo volontario dello stesso⁵⁵.

Ne deriva che l'uso effettivo della *res* non ricopre un ruolo centrale nella configurazione del paradigma proprietario, poiché il tratto caratterizzante consiste invece, in tale ottica, nell'astratta possibilità di esercizio, da parte del proprietario, del potere sull'oggetto nelle diverse forme a lui concesse. Segnatamente, l'idea di potere pieno ed esclusivo avvolge questo modello di proprietà, divenendo punto di riferimento per tutte le situazioni dell'appartenenza in senso giuridico⁵⁶.

Conseguentemente, lo *ius excludendi alios* rappresenta il potere per eccellenza del proprietario, in quanto intrinsecamente connaturato all'esistenza del diritto dominicale e al potere di disposizione del bene⁵⁷. In particolare, l'idea di esclusività rimanda *in toto* alla contrapposizione concettuale tra

⁵³ Tale matrice concettuale del *dominium* si vede, d'altronde, alla base dell'idea di proprietà che emerge dall'art. 832 c.c. del nostro Codice civile in termini di potere sulla cosa, in specie come diritto di godere e disporre «in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico». Il punto di riferimento per le codificazioni europee rimane sempre l'art. 544 del *Code Napoléon*, nel quale è proclamata la pienezza e l'assolutezza individuale. Così, T. DALLA MASSARA, *Antichi modelli e nuove prospettive del diritto dominicale in Europa*, in *Contr. impr. europa*, 2010, 730; ID., *Il paradigma proprietario nell'ordine frattale delle fonti*, in *Studi in onore di Pedrazza Gorlero*, I, Napoli, 2014, 161 ss.

⁵⁴ V. sul punto U. MATTEI, voce *Proprietà*, cit., 439 il quale afferma che «Caratteristica strutturale fondamentale della proprietà è altresì un rapporto di potere del titolare con il suo oggetto. Per descrivere le caratteristiche profonde dell'istituto, perciò, se ne considera tanto un aspetto soggettivo, inerente a chi detiene il potere, quanto ad un aspetto oggettivo, inerente all'oggetto su cui il potere si esercita».

⁵⁵ Cfr. T. DALLA MASSARA, *Il paradigma*, cit., 180, in cui viene riportata la formula tratteggiata del c.d. *ius utendi atque abutendi*, in riferimento alla quale viene specificato che «la facoltà di godimento postula che il proprietario sia abilitato a utilizzare il bene – nel modo che preferisce, fino a trasformarlo o distruggerlo – e ad appropriarsi delle sue utilità».

⁵⁶ Ancora T. DALLA MASSARA, *Antichi modelli*, cit., 724 ss.

⁵⁷ Sul punto, C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà*, Milano, 1994, 121 s., ritiene che «l'esclusività esprime in effetti un tratto strutturale essenziale della situazione proprietaria» e aggiunge «nell'esclusività sembrano anzi esprimersi sinteticamente i caratteri propri della forma generale di appropriazione delle risorse materiali».

inclusione ed esclusione che è da porre alla radice del modello dominicale: in altre parole, su ciò che appartiene al proprietario non è ammessa alcuna interferenza d'altri; perciò, la proprietà diviene *ius ceteros excludendi*. In effetti, lo *ius excludendi* è stato a lungo considerato l'elemento caratterizzante e indefettibile che connota l'assetto della proprietà privata⁵⁸.

Ciò non toglie, tuttavia, che tra i due elementi sussiste una differenza fondamentale: se, infatti, è vero che al godimento (e quindi, all'utilizzo) di un bene possono essere imposte molteplici limitazioni 'dall'esterno', dovute soprattutto alla necessità di temperare la pacifica convivenza tra più proprietari, al contrario, il cd. *right to exclude* viene percepito come un potere essenziale per l'esercizio del diritto di proprietà e, per questa specifica ragione, le sue limitazioni costituiscono casi eccezionali⁵⁹.

In definitiva, la proprietà individuale viene percepita, in tale ottica, come esercizio di libertà, o meglio come espressione fondamentale della libertà dell'uomo contemporaneo. La logica sottesa sarebbe dunque quella di ritenere che, nella misura in cui all'individuo è assicurato il potere di disporre pienamente dei propri beni, egli è messo nella giusta condizione per esercitare la propria autodeterminazione e autonomia⁶⁰.

Ciò malgrado, l'*impasse* causata dalla diffusa patologia dello 'sviluppatismo' contemporaneo ha evidenziato le criticità di tale concezione del diritto proprietario, tacciata di essere fortemente improntata all'egoismo, in un periodo di esiguo potere d'acquisto individuale dovuto alle ripetute crisi⁶¹. Di qui si comprende, allora, perché nella dimensione del *web* tale visione proprietaria sembra quasi retrocedere a fronte dell'affermazione di un nuovo diritto all'inclusione tramite la condivisione.

5. Dalla 'cultura dell'esclusività' alla 'cultura dell'accesso' attraverso l'effetto della rete

Una delle caratteristiche principali dell'economia digitale è, anzitutto, lo sfruttamento dei cd. effetti di rete (diretti, indiretti e incrociati)⁶². Come noto, per esternalità si intendono quegli effetti che il comportamento di un agente economico provoca sul benessere di altri soggetti e si realizza quando l'azione individuale di produzione o consumo è in grado di influenzare la sfera di interessi di un altro utente o della collettività⁶³. Pertanto, il beneficio che un

⁵⁸ Su questo punto insiste A. GAMBARO, *Ontologia dei beni e ius excludendi*, in *Comparazione e diritto civile*, 2010, 1 ss.

ID., *La proprietà. Beni, proprietà, comunione*, Milano, 1990, 96 in cui nota che la proprietà attribuisce il diritto di respingere invasioni, di selezionare coloro che sono ammessi e di escludere senza motivare le ragioni sottese alla scelta.

⁵⁹ Nel nostro ordinamento la pienezza del godimento non è mai assoluta, dal momento che la disciplina è sottoposta a determinate regole che consentono una pacifica convivenza tra proprietari. A riguardo, si pensi all'art. 873 c.c. in tema di distanza di edifici o all'art. 844 c.c. in materia di immissioni. Cfr. G. SMORTO - A. QUARTA, *Diritto privato dei mercati digitali*, Firenze, 2020, 258 ss. In ogni caso, il diritto dei terzi ad essere inclusi o il potere di accesso sono considerati quali elementi eccezionali. Chiariscono ampiamente questo assunto U. MATTEI - A. QUARTA, *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato. Dal Capitale ai beni comuni*, Sansepolcro, 2018, 33 ss.; T.W. MERRILL, *Property and the Right to Exclude*, in *Neb. L. Rev.*, 1998, 730 ss.

⁶⁰ Tale impostazione viene adottata anche dalla CEDU. In particolare, si rammenta che nel Protocollo aggiuntivo alla Carta, sottoscritto nel 1952, all'art. 1 viene protetto il diritto di proprietà. Si legge, infatti, «ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà salvo che per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste della legge e dai principi generali del diritto internazionale». Un'impostazione che ha influito indubbiamente anche sull'ordinamento interno, come nota chiaramente nel suo contributo A. GAMBARO, *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno in tema di diritto di proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 115 ss.

⁶¹ Sulla trasformazione dei mercati in digitalizzati e le loro conseguenze si osservino, *infra* P. CELLINI, *Economia digitale. L'industria e i mercati di Internet e dei nuovi media*, Roma, 2015; GG. PARKER - WM. VAN ALSTYNE - SP. CHOUDARY, *Platform Revolution: How Networked Markets Are Transforming the Economy and How to Make Them Work for You*, New York, W.W. Norton & Company, 2017; J. GANS, *The Disruption Dilemma*, Cambridge, MIT Press, 2016.

⁶² Tali effetti esterni possono essere positivi, nel caso in cui il soggetto benefici di un dato effetto senza pagare alcun corrispettivo per esso, o negativi nell'ipotesi in cui il soggetto subisca un effetto pregiudizievole senza essere compensato per il danno subito – i.e. l'inquinamento causato dall'industrializzazione.

⁶³ Per la definizione di esternalità di rete si rimanda a: L. POMA, voce *Esternalità di rete*, in *Enc. Treccani*, 2012, «www.treccani.it/enciclopedia/economie-di-rete». Gli ulteriori aspetti caratteristici delle esternalità sono aspettativa e massa critica. Per aspettativa si intende che la domanda di un individuo dipende dalle aspettative sul numero di utilizzatori del bene, o sulla dimensione del *network*. Tali strutture divengono influenti quando raggiungono una determinata dimensione definita massa critica. Quando si giunge al punto di raggiungimento della massa critica, dunque, il valore del servizio è maggiore o uguale al prezzo pagato per acquistarlo. Si distingue poi tra esternalità dirette, indirette e incrociate. Le esternalità dirette sono generate dalla relazione tra agenti che si trovano in contatto diretto e reciproco durante l'utilizzo di un determinato prodotto, come nel caso del telefono o della posta elettronica; quelle indirette, di contro, si creano quando il valore del bene è indirettamente influenzato dal numero di individui che possiedono lo stesso bene, i quali agiscono non necessariamente in comunicazione, come nell'ipotesi di un sistema operativo. Le esternalità incrociate, invece, si verificano nel caso in cui le decisioni prese da individui



consumatore trae da un bene dipende direttamente dal numero di altri individui che accedono al medesimo, poiché il suo valore è intrinsecamente connesso al numero di persone che ne usufruiscono: maggiore accessibilità e utilizzo ha l'oggetto, maggiore sarà il suo pregio nel mercato.

Nell'economia digitale, dunque, il cd. valore autarchico della *res*, vale a dire quello che il bene possiede a prescindere dalla sua utilizzazione, cede il passo al cd. valore di sincronizzazione, ossia il valore addizionale che discende dalla fruizione collettiva. Viene esaltata infatti la capacità inespressa di certi beni, grazie all'inclusione di terzi al loro godimento attraverso i canali di condivisione offerti dalle piattaforme. D'altronde, in un sistema *community based* tanto maggiore è la circolazione tra i membri, quanto più alti saranno i benefici.

Nell'ottica di sfruttamento delle esternalità, i mercati della *sharing economy* sono definiti come bilaterali o *two sided market*. In tal senso, il ruolo svolto dalla piattaforma consisterebbe, quindi, nel tentare di risolvere in modo efficiente i problemi di coordinamento tra domanda e offerta, per favorire la conclusione di transazioni e trarre quanto più vantaggio dagli effetti che derivano dalla interazione incrociata dei due gruppi di utenti che condividono il bene⁶⁴. Si tratta di un sistema che si struttura proprio sul favorire un collegamento negoziale tra i due gruppi di soggetti, al fine di beneficiare quanto più delle conseguenze positive che derivano dalle esternalità.

Ebbene, una siffatta organizzazione economica non pare di certo in sintonia con un mercato fondato in via principale sulla titolarità esclusiva, piuttosto sembra porsi in linea con l'idea di circolazione e redistribuzione collettiva degli *assets* esistenti⁶⁵.

appartenenti ad un ambito del mercato siano in grado di produrre effetti sull'altro versante. Esse si distinguono dalle prime due in ragione del fatto che, a differenza delle prime, l'utilità individuale cresce all'aumentare dei partecipanti dell'altro gruppo. Per maggiori dettagli si rimanda ai numerosi scritti sul tema di M.L. KATZ - C. SHAPIRO *Network Externalities, Competition and Compatibility*, in *American Economic Rev.*, 1985, 424 ss.; ID., *Technology Adoption in the Presence of Network Externalities*, in *Journal of Political Economy*, 1986, 822 ss.; ID., *Product Compatibility Choice in a Market with Technological Progress*, in *Oxford Economic Papers*, 1986, 146 ss.; ID., *Systems Competition and Network Effects*, in *Journal of Economic Perspectives*, 1994, 93 ss.

⁶⁴ Sul concetto di mercato bilaterale si consideri, in particolare, J.C. ROCHET - J. TIROLE, *Platform Competition in Two Sided Markets*, in *Journal of European Economic Association*, 2003, 990 ss.; M. RYSMAN, *The Economics of Two Sided Markets*, in *J. Econ. Persp.*, 2009, 125 ss.

⁶⁵ Il tema dell'accessibilità si presta a due diverse interpretazioni. In primo luogo, per accessibilità si intende che a ciascuno dovrebbe essere garantito il diritto di divenire proprietario. Dall'altro lato, invece, l'accessibilità ha ad oggetto un'istanza inclusiva, ossia la funzione di allargare il godimento

Non si rivela pertanto azzardato ritenere che questa peculiare forma di consumo fondato sulla migliore allocazione possibile delle utilità prodotte dallo sfruttamento dei beni, esiga un «adeguamento della proprietà – e in particolare, dello *ius excludendi alios* – al paradigma dell'utilizzo condiviso, simultaneo o turnario che sia»⁶⁶. In altre parole, quella più opportuna sarebbe una forma di appartenenza contraddistinta da un'attenuazione dello *ius excludendi alios* ovvero modellata sulla condivisione simultanea. Del resto, la veste sociale del diritto di proprietà trova qui valorizzazione; difatti, l'istituto viene funzionalizzato alla condivisione, la quale viene percepita, a sua volta, come un mezzo di acquisizione di valore.

Giova sottolineare che le ragioni di tale cambio di paradigma non derivano da scelte di indirizzo politico ma dalla spinta autonoma dei privati, o meglio degli utenti del *world wide web*. Così l'affermazione del sistema collaborativo non è di certo dovuta ad un intervento legislativo imposto dall'alto, né è la conseguenza diretta dell'approvazione di disposizioni normative con vocazione programmatica che esaltano la funzione sociale della proprietà⁶⁷. Per converso, è un modello costruito *in toto* 'dal basso', attraverso un atto di riconoscimento della sua effettività, come pure della sua diffusione globale. Motivo per cui, essa può essere interpretata come il tentativo di risoluzione delle crisi portato avanti dalla comunità internauta; d'altra parte, di fronte alla perdita di potere economico individuale, risulta più vantaggioso focalizzare l'attenzione sulla massimizzazione dello sfruttamento dell'utilità dei beni esistenti, anziché sulla produzione di nuovi pezzi.

Di conseguenza, l'odierna circolazione dei beni appare proiettata non tanto all'acquisizione di forme di appartenenza tradizionali, ossia incentrate sulla portata 'egoistica' del diritto, quanto piuttosto a forme di appartenenza legate al godimento immediato e funzionali alla soddisfazione sociale del contingente. Ecco che la proprietà in questo contesto rimane sì centrale, in quanto presupposto necessario della condivisione, ma ne viene esaltata qui la funzione sociale in virtù del fatto che sono il

di un bene anche ad un non proprietario. Cfr. M. FERRARI, *proprietà e diritto a essere inclusi*, in *Research paper n. 33*, disponibile online al seguente indirizzo «<http://www.lawtech.jus.unitn.it>».

⁶⁶ Così, C. ABATANGELO, *op. cit.*, 18

⁶⁷ Si ritrovano in alcune Carte fondamentali, prima tra tutte la Costituzione italiana, là dove all'art. 42 la nota espressione «funzione sociale» fa leva, appunto, sull'idea per cui la proprietà dovrebbe essere chiamata ad assicurare fini ulteriori rispetto a quelli strettamente individuali. Cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013.

bene e il suo valore d'uso ad essere posti in risalto e non tanto il soggetto e le sue facoltà⁶⁸.

Conseguentemente, risulta notevolmente indebolito il protagonismo individuale nella teoria proprietaria⁶⁹; per questo, il *dominium* – nella propria pienezza di *ius de re corporali perfecte disponendi*⁷⁰ – si stempera in favore, invece, del cd. accesso collettivo. Corollario di questa deviazione è il fatto che lo *ius excludendi alios*, potere ‘principe’ del paradigma proprietario e strumento teso all’invulnerabilità del diritto, diviene in una nuova economia fondata sulla condivisione di beni, paradossalmente un elemento di ostacolo⁷¹. A ben vedere, per altro, anche da un punto di vista semantico, il termine condivisione si pone in chiara antinomia rispetto alla titolarità esclusiva.

6. Questioni aperte nell’era dell’accesso condiviso

Nel *web* collaborativo, i membri della *community* dei *prosumers* prediligono un consumo basato sull’accesso temporaneo alle risorse (c.d. *access-based consumption*) dal momento che il modello precedente improntato sulla mera esclusività non appare più idoneo a tutelare gli interessi della collettività⁷². Per questa ragione, nel mercato digitale il paradigma proprietario sembra aver acquisito una rinnovata funzione sociale⁷³.

⁶⁸ A. QUARTA, *Privati della cooperazione*, cit., 88 s.

⁶⁹ Cfr. A. QUARTA, *Le cose che abbiamo in comune. Una riflessione su beni comuni ed economia collaborativa*, in *Quest. Giust.*, 2017, 73. A riguardo, l’Autrice pone in luce l’incidenza della valutazione di utilità delle cose sulla formulazione di una nuova teoria giuridica dei beni.

⁷⁰ Si riprende parte della definizione di dominio elaborata dal Commentatore Bartolo (1314-1357). La definizione completa è «*Dominium est ius de re corporali perfecte disponendi, nisi lex prohibeat*». Bartolo consegna una definizione di potere di disposizione unitario, pieno ed esclusivo. Attraverso essa, l’Autore si discosta dunque dalle pratiche del suo tempo, caratterizzate da relazioni tra persone che ritenevano possibile la sussistenza di molteplici diritti proprietari sul medesimo fondo. BARTHOLUS A SAXOFERRATO, *Lectura super primam partem Digesti novi, Venetiis, 1493 ad l. Si quis vi § Differentia Dig. De adq. poss.*, per un commento più puntuale al passo, L. SOLIDORO, *Le definizioni della proprietà nella storia giuridica europea*, in *In tema di proprietà*, cit., 7 s.

⁷¹ Si consideri J.AT. FAIRFIELD, *Owned. Property, privacy, and the new digital serfdom*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 163 ss.

⁷² V. in argomento F. BARDHI - G. ECKHARDT, *Access Based Consumption: The Case of Car Sharing*, in *J.C.R.*, 2012, 881 ss.

⁷³ Sul tema della funzione sociale della proprietà si sono soffermati, *ex multis*, S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964; in particolare, si rimanda al suo celebre saggio *La proprietà e le proprietà*, 145 ss.; ancora in argomento, U. NATOLI, *La proprietà, Appunti delle lezioni*, Milano, 1976, 202 ss.; GB. FERRI, *La formula funzione sociale*,

Senonché, il concetto stesso di piena accessibilità non è di certo privo di criticità se, tornando a valle del discorso, si pone attenzione all’effettivo ruolo giocato dalle piattaforme di intermediazione nella logica degli scambi della *sharing economy*.

Anzitutto, come emerso dai noti casi giudiziari che hanno investito la piattaforma *Uber* prima e *Airbnb* poi, nel rapporto trilaterale che si sostanzia con gli utenti, i gestori dei portali non si limitano a porre in contatto le parti, ma tendono ad esercitare un controllo pervasivo anche sull’attività di condivisione attuata dai *peers*⁷⁴. In specie, mediante la predisposizione unilaterale di termini e condizioni d’uso della piattaforma, i gestori dei portali mirano alla conformazione di tutti i rapporti instaurati al loro interno⁷⁵. Mediante la

dalle idee del positivismo giuridico alle scelte del legislatore del 1942, in *Riv. Dir. Priv.*, 2003, 673 ss.; F. MACARIO - MN. MILETTI, *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, Roma, 2017; F. ZAVONELLO, *diritto di occupare e facoltà di escludere. Il rinnovato dibattito sulla funzione sociale della proprietà tra movimenti sociali e diritto europeo*, in *NGCC*, 2016, 621 ss.; Si veda, anche CM. BIANCA, *Diritto civile, VI, La Proprietà*, Milano, 2017, 120, secondo l’Autore, il concetto di funzione sociale è ben più ampio di quello di interesse pubblico: quest’ultimi «sono i bisogni della collettività fatti propri dallo Stato e dagli altri enti pubblici mentre la funzione sociale va ravvisata nella utilità sociale, ossia nella conformità al bene sociale, cioè nel vantaggio che esso apporta alla comunità generale o alle comunità locali».

⁷⁴ Per un commento al noto caso *Uber* si osservino i contributi di G. SMORTO, *Quali regole per la sharing mobility in Europa. Un’introduzione*, in *Politiche e regole per la sharing mobility, diritto e questioni pubbliche, special issue*, 2020, 7 ss.; A. BOIX PALOP, *Le sfide per la regolamentazione della mobilità e la nuova agenda urbana*, in *Politiche*, cit., 109 ss.; M. COLANGELO, *Uber and the challenges for unitrust law and regulation* in *Media Law*, 2018, 176 ss.; A. DE FRANCESCHINI, *Le piattaforme nel mercato digitale: il caso Uber, Seminari di diritto privato*, Milano, 2016, 14 s.; N. RAMPAZZO, *Rifkin e Uber. Dall’età dell’accesso all’economia dell’eccesso*, in *Dir. Inf. Inform.*, 2015, 957 ss.; E. MOSTACCI - A. SOMMA, *Il caso Uber. La Sharing economy nel confronto tra common law e civil law*, Milano, 2016, 22 ss. si osservi, inoltre, V. ZENO ZENCOVICH, *Uber: modello economico e implicazioni giuridiche*, in *Media Law*, 2019, 140 ss.; B. ROGERS, *The Social Costs of Uber*, in *U. Chi. L. Rev. Dialogue*, 2015, 85 ss. Per quanto riguarda *Airbnb* invece S. GAINSFORTH, *Airbnb città merce. Storie di resistenza alla gentrificazione digitale*, Roma, 2019, 27 ss.; L. GALLAGHER, *The Airbnb story, how three ordinary guys disrupted an industry, made billions, and created plenty of controversy*, Boston, HMH, 2017, 6 ss.; S. GAINSFORTH, *Come le città stanno resistendo alla gentrificazione digitale di Airbnb*, in *Che Fare*, 16 dicembre 2019, <<https://www.che-fare.com/sarah-gainsforth-airbnb-citta-capitalismo/>>.

⁷⁵ Sui termini e condizioni d’uso, lo loro funzione – su cui si tornerà – nonché la qualificazione degli stessi secondo lo schema contrattuale o meno si rimanda a A. QUARTA, *Mercati*, cit., 162 ss. Si consideri, inoltre, R. CATERINA, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, in *AIDA*, 2011, 93 ss.



‘decretazione impositiva’ di scambi senza accordo, a cui gli utenti sono tenuti obbligatoriamente a aderire, questi soggetti intendono incidere non solo sulla relazione che si instaura tra i portali e gli *users*, ma anche in quella che lega tra loro i *prosumers*, andando a pregiudicare, in tal modo, l’autonomia di quest’ultimi⁷⁶.

Di fatto, all’interno dei termini d’uso si riscontra con evidenza che il gestore del portale suole regolare tanto il proprio ruolo di *marketplace* in senso stretto, quanto aspetti inerenti alle modalità di esecuzione della prestazione di condivisione sottostante; oltre a ciò, esso intende arrogarsi la facoltà di modificare in via unilaterale le condizioni imposte, qualora si verificano cambiamenti nel contesto collettivo in cui i contratti operano⁷⁷. Anche in questo caso l’utente sarà obbligato ad accettare le modifiche, se intende mantenere aperto il proprio accesso al mercato della condivisione.

Alla luce di quanto descritto, si può affermare che i portali tendono ad atteggiarsi come vere e proprie ‘autorità private di fatto’⁷⁸. Invero, tali infrastrutture rivestono oggi il ruolo di cd. *gate keeper*, per mezzo dello sfruttamento del quale esse creano inusitate forme di esclusione alla possibilità di accesso alla condivisione dei beni.

Tutto ciò conduce ad osservare che questo potere di controllo in capo alle piattaforme di intermediazione contrasti notevolmente con la piena accessibilità alla fruizione di beni e servizi. Del resto, attraverso l’esercizio del proprio potere contrattuale, questi soggetti privati stabiliscono, in via unilaterale, quali requisiti inderogabili gli utenti devono rispettare per potersi avvalere dei servizi

⁷⁶ L’espressione ‘decretazione impositiva’ viene utilizzata da N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1998, 350.

⁷⁷ Così, ad esempio, durante la pandemia Covid-19, la piattaforma ha introdotto nuove misure emergenziali all’interno dei propri termini e servizi volte a contrastare il fenomeno e il rischio di un pregiudizio grave del servizio offerto dalla piattaforma e di tutti i contratti stipulati al suo interno. Essa ha introdotto una nuova sezione denominata ‘circostanze attenuanti per la pandemia da Covid-19 posti a tutela della Community di Airbnb. Cfr. <https://www.airbnb.it/help/article/2701/termini-delle-circostanze-attenuanti-per-la-pandemia-da-coronavirus-covid19>». La piattaforma ha stabilito in questo frangente una forma di recesso *ad nutum* con rimborso, opzionabile da entrambi i contraenti, per tutti i contratti stipulati entro il 14 marzo 2020 con data di check-in compresa tra quella stessa data e metà novembre. È evidente come l’attribuzione di una facoltà di recesso alle parti, se da una parte ha tentato di calmierare il sorgere di contese, dall’altra ha inficiato l’autonomia negoziale dei singoli. Per maggiori dettagli sia consentito rinviare ad un mio precedente contributo intitolato *Il caso Airbnb: un complesso bilanciamento rimediabile tra tutela della comunità e autonomia negoziale durante la pandemia*, in *Questa rivista*, 2020, 452 ss.

⁷⁸ L’utilizzo di questo termine richiama CM. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 10 ss.

forniti della piattaforma, controllando così l’accesso al servizio sottostante⁷⁹. Conseguentemente, la condivisione di prodotti o informazioni non è più libera ma filtrata dall’attività dei gestori dei portali, proprietari dello spazio digitale deputato all’incontro tra gli utenti⁸⁰.

Tale esercizio esclusivo sarebbe coadiuvato, per altro, dai meccanismi interni delle piattaforme: in primo luogo, dalla possibile introduzione di *fees* per poter accedere al sito internet e, in secondo luogo, dai cd. sistemi di *Rating & Review*, che consentono alle piattaforme di controllare l’operato di ciascun utente; non solo, queste misure di valutazione danno spazio anche alla possibile comminazione di nuove forme di ‘sanzioni’ private nel caso in cui il *rating* dell’utente non rispetti gli *standard* stabiliti⁸¹. Non meno importante poi è lo sfruttamento da parte delle piattaforme dell’interferenza strutturale tra circolazione di beni e dati che connota la dimensione digitale, perché l’acquisizione dei dati personali ceduti dagli utenti e la loro profilazione sono tratti salienti della loro operatività⁸².

⁷⁹ Si osservi W. VIRGA, *Inadempimento di contratto e sanzioni private nei sociale network*, in *AIDA*, 2011, 221 ss.

⁸⁰ Al fine di ovviare alla questione in esame si potrebbe riflettere se i portali in oggetto possano o meno essere definiti come cd. *essential facilities*. Per maggiori dettagli sul dibattito relativo alle *essential facilities* nelle *digital platforms* si osservi N. GUGGENBERG, *Essential Platforms*, in *Yale Law and Economics Research Paper*, 2020 disponibile online: <https://ssrn.com/abstract=3703361>; ID. *The Essential Facilities Doctrine in the Digital economy: Dispelling Persistent Myths* in *Yale L.T.J.*, 2021.

⁸¹ In via esemplificativa, si pensi, ad esempio, all’esclusione dal sito. Per un’analisi più accurata delle implicazioni che derivano dall’utilizzo di questi sistemi di *rating & review* si rimanda a R. DUCATO, *Private Ordering of Online Platforms in Smart Urban Mobility: The Case of Uber’s Rating System*, in *Smart Urban Mobility, MPI Studies of Intellectual Property and Competition Law* 29, 2020, 303 ss.; ID., *Scritto nelle stelle. Un’analisi giuridica dei sistemi di rating nella piattaforma Uber alla luce della normativa sulla protezione dei dati personali*, in *Diritto e Questioni pubbliche*, Palermo, 2020, 83 ss.; E. ADAMO, *I meccanismi feedback nella sharing economy*, in *Sharing economy*, cit., 112 ss.

⁸² Con maggiore precisione, i dati vengono raccolti dalle piattaforme mediante molteplici modalità, ossia i *click* e *query* nelle ricerche dei consumatori, i risultati selezionati, il potenziale di spesa pregresso, il tempo trascorso su una pagina, i *like* ad un *post* o la condivisione degli stessi, i comportamenti degli utenti durante la navigazione nonché i *feedback* rilasciati; una volta riuniti, il processo di elaborazione degli stessi consente ai gestori delle piattaforme di ottenere informazioni dettagliate rispetto ai gusti e interessi dei propri utenti. Per maggiori dettagli si rinvia ai contributi di A. CANEPA, *I mercanti nell’era digitale. Un contributo allo studio delle piattaforme*, Torino, 2020, 50 ss.; T. SCASSA, *Information Law in the Platform Economy: Ownership, Control and Reuse of Platform Data*, in *Law and the Sharing economy*, cit., 149 ss.; C. CAMARDI, *Contratti digitali e mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista*, in *Jus civile*, 2021, 870 ss.

Se quanto descritto corrisponde alla realtà dei fatti, il *pattern access over ownership* non sembra più trovare riscontro effettivo nell'azione portata avanti dalle piattaforme di intermediazione. Di fatto, quello che si verifica nella cd. società delle piattaforme di economia collaborativa è la creazione di un legame 'estrattivo' del valore d'uso dei beni tra piattaforma e *prosumers*; vale a dire che se è vero che la titolarità dei beni rimane in capo agli utenti, è altrettanto certo che l'accesso alle risorse si concentra nelle mani dei gestori dei portali, traducendosi in una nuova forma di *ius ceteros excludendi*. Pertanto, il nuovo paradigma dell'accesso appare così limitato proprio dai soggetti designati originariamente alla sua implementazione. Date le premesse, facendo un ulteriore passo a valle del discorso, è opportuno chiedersi allora se l'accostamento tra piattaforme di *sharing economy* e il cd. accesso ai beni comuni abbia un effettivo seguito⁸³.

7. Economia collaborativa come Commons 2.0?

Soprattutto nella fase iniziale dello sviluppo del fenomeno, la letteratura giuridica ha accomunato l'economia collaborativa ai così detti *Commons*⁸⁴. Segnatamente, il termine *Commons* descrive quella prassi antica di utilizzo condiviso delle risorse nelle comunità rurali medievali basate su un'economia di sussistenza, ove produzione e consumo riguardavano maggiormente l'uso condiviso di beni. Tale modello economico nasce in un contesto di generale povertà della classe agricola, all'interno del quale la condivisione delle modeste risorse a disposizione permetteva il sostentamento collettivo⁸⁵.

⁸³ In particolare, si rinvia sul tema ad U. MATTEI, *Beni Comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2012, 54. una visione «funzionalistica, nel senso che essi divengono rilevanti per un particolare fine sociale coerente con le esigenze dell'ecologia politica». In proposito, si richiama, sempre dello stesso Autore, *I Beni comuni come istituzione giuridica*, in *Quest. Giust.*, 2017, 59 ss.

⁸⁴ v. J. RIFKLIN, *La società a costo marginale zero. Internet delle cose, l'ascesa del commons collaborativo e l'eclissi del capitalismo*, Milano, 2014, 26 ss. Il concetto di 'comune' viene posto ben in risalto da L. COCCOLI, *Idee del Comune*, in *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, a cura di MR. MARELLA e S. RODOTÀ, Verona, 2012, 31 ss. *Ivi*, si veda anche E. CONTE, *Beni comuni e domini collettivi tra storia e diritto*, 43 ss.; E. CONTU, *The dark side of the moon. Internet, ricerca scientifica e la sfida degli open commons*, in *Quest. Giust.*, 2017, 89 ss.; in via ampia anche L. CASALINI, *Commons, Commoning and Community. I patti di collaborazione*, in *questa rivista*, 2022, 34 ss.

⁸⁵ Si precisa, a riguardo, che i *Commons* nacquero originariamente per lo sfruttamento di risorse naturali. Dal

In termini essenziali, l'economia dei *Commons* collaborativi si fondava su una situazione giuridica o di fatto in cui una determinata comunità condivideva risorse naturali su una circoscritta estensione di terreno, massimizzandone lo sfruttamento. La comunità veniva individuata in ragione dei legami sociali e di solidarietà che sussistevano in relazione alla fruizione diretta del bene⁸⁶.

Coloro che studiano il modello dei beni comuni, o comunque ne sposano la logica, sostengono che essi possono rappresentare tutt'ora un progetto di condivisione idoneo a disegnare un mondo oltre lo Stato e il mercato, vale a dire una dimensione che si pone al di là di quella spartizione di poteri e risorse tra *civis* proprietario e Stato sovrano⁸⁷. Ne consegue che i 'luoghi del comune', oltre a sfidare l'assolutismo proprietario, sfuggono al principio di territorialità, attraverso una potenzialità espansiva e inclusiva che valica i confini geografici⁸⁸. In aggiunta, tale forma di fruizione dei beni appare improntata ad un'ottica di maggiore sostenibilità perché si prefigge lo sfruttamento del potenziale inattivo dei beni attraverso la condivisione di risorse tra pari⁸⁹.

Lo statuto giuridico dell'oggetto 'comune' non dipende quindi dalla sua attribuzione soggettiva in via più o meno esclusiva, ma dalla sua utilità, prospettandosi, nel caso di una sua spiccata funzionalità, una titolarità sostanzialmente 'diffusa': essi non appartengono ad alcuno e deve esserne garantito al contempo il libero accesso⁹⁰. In questa

modello del *Commons* discende direttamente il dibattito sui cd. beni comuni. Per bene comune si intende tutto ciò che è in grado di soddisfare un'esigenza collettiva – quale che sia il profilo relativo all'appartenenza giuridica di tale entità. Tra le autorevoli voci che hanno alimentato la discussione in materia, si rinvia, *ex multis*, a C. SALVI, *Beni comuni e proprietà privata* in *Riv. dir. civ.*, 2013, 209 ss.; L. NIVARRA, *Quattro usi di beni comuni per una discussione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, 43 ss. Si osservi, infine, V. CERULLI IRELLI - L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *I nuovi confini del diritto di proprietà*, a cura di G. Alpa, A. Fusaro, G. Donzelli, Milano, 2020, 269 ss.; MR. MARELLA, *Il diritto dei beni comuni. Un invito alla discussione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 110 ss.; S. RODOTÀ, *Beni comuni e categorie giuridiche. Una rivisitazione necessaria*, in *Quest. giust.*, 2011, 237 ss.

⁸⁶ In generale, si tratta di modello economico che in diverse epoche storiche e in differenti contesti mostrò grande efficienza e utilità. Per puntuali dettagli si veda E. OSTROM, *Governing the Commons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

⁸⁷ In proposito, D. BOLLIER - S. HELFRICH, *The Wealth of the Commons. A World beyond Market and State*, Amherst, Levellers Press, 2013.

⁸⁸ Cfr. E. ARIANO, *op. cit.*, 59.

⁸⁹ Sul tema si rinvia a G. VETTORI, *Verso una società sostenibile*, in *Questa rivista*, 2021, 463 ss.

⁹⁰ Tale diritto collettivo di godimento viene definito oggi nell'ordinamento italiano con il termine uso civico. In particolare, si rimanda alla l. n. 168/2017, recante le Norme in

dimensione, i beni esprimono diversi ‘fasci di utilità’ da cui discende direttamente il loro regime giuridico perché è l’utilità del bene a determinare la possibilità di disporne in via individuale o collettiva.

Ebbene, dalla descrizione compiuta è fuor di dubbio che si possono distinguere dei tratti comuni con il modello della *sharing economy*. Anzitutto, in entrambi i casi la comunità è mossa dall’interesse di sfruttare appieno la proprietà concessa in un’ottica di godimento delle risorse. In secondo luogo, in entrambi i modelli sussiste una spiccata attenzione alla massimizzazione del potenziale di utilizzo dei beni, come pure all’incentivazione della capacità di autoregolazione della comunità nello sfruttamento di questi beni⁹¹.

Ciò nonostante, risulta altresì chiaro come i due modelli di condivisione divergano sotto numerosi aspetti: un conto è condividere un bene che per propria natura ha «un’attitudine a soddisfare bisogni collettivi e a rendere possibile l’attuazione di diritti fondamentali»⁹²; un altro, invece è «condividere un bene il godimento del quale può essere contestualmente, e per mera contingenza, strumentale alla soddisfazione di plurimi interessi»⁹³. Non solo, per il bene comune la condivisione concerne la titolarità del diritto di proprietà, poiché si tratta di beni a titolarità diffusa. Nella *sharing economy*, invece, la condivisione pertiene all’utilizzo e al godimento del bene, non coinvolgendo di certo la titolarità del diritto⁹⁴.

materia di diritti collettivi, la quale si è posta in aperto contrasto con la disciplina precedente, riconoscendo e tutelando gli usi civici. *Ex multis*, del tema degli usi civici, si è occupato F. MARINELLI, *Un'altra proprietà: usi civici, assetti fondiari collettivi, beni comuni*, Pisa, 2019; ID., *Gli usi civici*, Milano, 2013.

⁹¹ Non si possono ignorare, tuttavia, quelle voci dissenzienti in dottrina rispetto all’idea di strutturare un sistema fondato sui beni comuni. In particolare, si richiama lo scritto di G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 1968, 1243 ss. Ad avviso dell’Autore, i beni comuni comportano il rischio di un ‘super sfruttamento’ delle risorse naturali, dal momento che i membri della comunità non sarebbero spinti da comportamenti coesi e solidali, bensì da interessi prettamente opportunistici che non consentirebbero uno sfruttamento proficuo, efficiente e soprattutto lungimirante delle risorse. Per una lettura critica delle teorie del professor Hardin si osservi L. COCCOLI - G. FICARELLI, *The Tragedy of the Commons. Guida a una lettura critica*, in *Oltre il pubblico*, cit., 61 ss. Di visione opposta, invece, a quella di Hardin, è C. ROSE, *The Comedy of the Commons*, in *University of Chicago L. Rev.*, 1986, 720 ss.

⁹² Si richiamano espressamente le parole di S. RODOTÀ, *Beni comuni*, cit., 115 ss.

⁹³ Si riprende sul punto A. COCCO, *I rapporti contrattuali nell’economia della condivisione*, Napoli, 2020, 69.

⁹⁴ A. COCCO, *op. ult. cit.*, 70. Nel caso dell’economia collaborativa, pertanto, la titolarità rimane invariata, mentre è l’esercizio della stessa ad essere condiviso con terzi.

Ma la distinzione sostanziale che si ravvisa tra i due modelli è rappresentata dallo spazio in cui avviene la condivisione: l’economia collaborativa si attua attraverso piattaforme *online*, le quali non rappresentano di certo suoli virtuali neutri, ma luoghi dove viene talora imposta una barriera alla libertà di accesso, attraverso regole etero-indotte; così, *de facto*, la *community* degli utenti dell’economia collaborativa non si auto-governa, né assume un’identità di valori univoci liberamente individuati, ma resta invece avvinta all’*auctoritas* esercitata dalla piattaforma digitale. In sostanza, allora, viene meno anche il mantra della funzione sociale, posto che questa comunità non è in grado né di definirsi autonomamente, né di circoscriversi. Ecco che allora, ‘al vedo’ delle carte, il *bluff* dell’accesso si palesa.

8. Conclusioni: potere privato come canone inverso dell’accessibilità

In conclusione, risulta fuor di dubbio che vi siano numerose contraddizioni che permeano la transizione tra cultura dell’esclusione proprietaria e cultura dell’accesso all’interno delle piattaforme di *sharing economy*. Ne consegue che lo slogan *access over ownership* non sembra trovare effettività nella prassi.

Grazie al controllo esercitato dai portali di intermediazione digitale alle maggiori vie di accesso dell’economia della collaborazione, si è potuto riscontrare come sia il luogo deputato alla condivisione ad essere divenuto paradossalmente oggetto di una nuova forma di esclusività; invero, mediante l’imposizione di termini e condizioni queste autorità private regolano i traffici a proprio esclusivo beneficio, fruendo anche dell’effetto delle esternalità che derivano dall’interazione dei due gruppi di agenti. Gli utenti si trovano così pienamente assoggettati alle *policy* di autoregolazione imposte dai proprietari e gestori dei portali, volte a stabilire in via inderogabile le norme di comportamento da tenere all’interno di questi spazi digitali, pena l’esclusione da tali luoghi senza possibilità di impugnare la decisione assunta. Di fatto, l’autoregolazione attuata dai gestori dei portali riflette un interesse individuale, ostativo alla diffusione di un paradigma dell’accesso. Conseguentemente, se esercitato dalle piattaforme di intermediazione, il potere proprietario – inteso nell’accezione di *ius excludendi alios* – acquisisce una portata verosimilmente maggiore rispetto a quanto accade normalmente *offline*, atteso che risulta complesso individuare quale sia la disciplina

applicabile e i limiti astrattamente opponibili a questi nuovi ‘dominii’ virtuali.

Da tale situazione asimmetrica e autoreferenziale consegue un potenziale pregiudizio per le prerogative e l’azionabilità dei diritti degli *users*, soprattutto nel caso di loro esclusione dall’accesso alle piattaforme; una mancanza di tutela soggettiva aggravata per altro dalla posizione ‘ibrida’ che ricoprono i *prosumers*, perché tale qualificazione non pare consentire loro di utilizzare le garanzie previste dalla disciplina consumeristica. Del resto, è discusso se le ‘maggiori tutele’ accordate ai consumatori trovino o meno spazio anche nel panorama collaborativo⁹⁵. Un dubbio di notevole peso, perché influisce sulla competenza territoriale del giudice nel caso di controversie interne, sui criteri di collegamento da considerare, sulla legge applicabile e il giudice competente nel caso di contenziosi transfrontalieri.

La combinazione dell’estensione di tale potere tecnologico, da una parte, e l’assenza di chiare misure di tutela, dall’altra, fa sì che la situazione descritta comprometta non solo l’accessibilità nell’alveo del paradigma proprietario in senso stretto, ma incida sull’esercizio di molteplici diritti fondamentali della persona. Anzitutto, le medesime dinamiche di limitazione all’accesso si notano anche nell’ambito dei *Social Network*, con notevoli ricadute sul tema della libertà di espressione del pensiero e dell’essere informati.

In sostanza, la dimensione dominicale in capo alle piattaforme suole essere concepita, all’interno dell’ecosistema digitale, nella sua massima pienezza ed estensione: essa diviene canone inverso della transizione originariamente preposta e culmine di un controllo pervasivo, in logica coordinazione con la cultura dell’esclusività. Vale a dire che il potere esercitato da tali infrastrutture tecnologiche è molto più vicino alla logica dell’‘io’ proprietario piuttosto che all’implementazione dell’inclusione, dal momento che – al di là della veste formale – l’obiettivo dei gestori dei portali si è rivelato quello di voler espandere quanto più possibile il proprio *business*, assumendo dimensioni del tutto simili a latifondi digitali.

Conseguentemente, urge insistere nell’abbattimento della mendace retorica dell’accessibilità promossa da tutte quelle piattaforme che perseguono la sola logica del profitto, in quanto pregiudizievole allo sviluppo effettivo del modello collaborativo; viceversa è opportuno esaltare quegli esempi virtuosi che apportano effettivamente benefici alla collettività.

Questo permetterebbe di poter classificare con maggior precisione il modello della *sharing economy* e le attività che vi rientrano.

Ad ogni modo, lo scenario rimane oggi ancora ambiguo, motivo per cui il legislatore europeo sarà chiamato a decidere tempestivamente se lasciare questo ‘terreno’ alla esclusiva gestione dei privati – con tutti le conseguenze che tale scelta comporterebbe – ovvero tentare di regolare la forma di consumo che si basa sul paradigma dell’accesso, segnando dei limiti alle piattaforme che controllano l’accessibilità alle risorse esistenti.

⁹⁵ Così, A. QUARTA, *Il diritto*, cit., 667 ss.; si veda, inoltre, G. SMORTO, *Protecting*, cit., 431 ss.

IL PARADIGMA IDENTITARIO NELLA SOCIETÀ DIGITALE*

Di Gaetano Guzzardi

| 524

SOMMARIO: 1. *Unicità individuale e immagine digitale.* – 2. *Regolamentazione algoritmica e surplus comportamentale.* – 3. *Pratiche di neuromarketing e rischio di riduzionismo antropologico.* – 4. *Processo di commodification della personalità e limiti alla negoziabilità dei dati digitali.*

ABSTRACT. Il prisma dell'identità personale, in una società sempre più connessa, si arricchisce di nuove proiezioni, sebbene l'immagine digitale della persona umana spesso non sia una rappresentazione fedele della stessa. Attraverso sistemi di machine learning e algoritmi predittivi sempre più performanti, infatti, i c.d. capitalisti della sorveglianza non puntano più soltanto a ottenere una "profilazione profonda" degli utenti, ma ad anticipare (e talora manipolare) i relativi bisogni e interessi, così da sfruttare appieno le munifiche opportunità offerte dal targeted advertising. In uno scenario in cui a rischio pare essere la stessa libertà di autodeterminazione dei soggetti, allora, un valido argine alla deriva dell'inevitabilismo digitale non può che rinvenirsi nella funzione ordinante e assiologica del diritto, a patto che si continui a fare equilibrato governo delle categorie e dei principi.

The prism of personal identity, in an increasingly connected society, is enriched with new projections, although the digital image of the human person is often not a faithful representation of the same. In fact, through machine learning systems and increasingly high-performance predictive algorithms, the so-called surveillance capitalists no longer aim only to obtain a "deep profiling" of users, but to anticipate (and sometimes manipulate) their needs and interests, so as to fully exploit the bountiful opportunities offered by targeted advertising. In a scenario in which the very freedom of self-determination of subjects appears to be at risk, then, a valid barrier to the drift of digital inevitability can only be found in the ordering and axiological function of law, provided that balanced governance of categories and principles.



1. Unicità individuale e immagine digitale.

Il sintagma “identità personale”, in ambito giuridico, assume plurime valenze semantiche, ma allo stesso tempo traduce una compiuta sintesi dei tratti distintivi dell’essere umano, ancorati a caratteri naturali e somatici, quali il nome, il sesso, l’età, il colore della pelle, o ad aspetti socio-culturali, come la lingua parlata, la cittadinanza, l’orientamento politico, religioso o filosofico. La crescente attenzione alla persona, infatti, ha permesso di valorizzare anche aspetti attinenti alla rappresentazione all’esterno e alla proiezione sociale della stessa, nella considerazione che l’individualità di ciascuno è altresì data dalle proprie esperienze e convinzioni personali¹.

Trattasi di un concetto fluido, dinamico, volto a contenere anche quei possibili cambiamenti che l’essere umano avverte come necessari per assicurare a sé stesso un maggiore stato di benessere psico-fisico; la stessa identità sessuale, d’altronde, non è più (soltanto) la rappresentazione dell’appartenenza di una persona al genere assegnatole alla nascita, ma descrive la dimensione del soggetto che si percepisce sessuato all’esito di una complessa interazione tra aspetti bio-psico-socio culturali che può condurre allo stesso superamento dell’originaria corrispondenza tra

identità anagrafica e biologica, mediante la rettifica del sesso e del nome².

Nonostante i plurimi aspetti dell’esperienza umana interessati che è possibile rappresentare con il sostantivo “identità”, il quale nel linguaggio filosofico e matematico tradizionalmente assume il significato di eguaglianza di qualcosa a sé stessa, si deve rilevare come, anche volto al plurale, esso non muti la propria dizione letterale, forse perché di identità non potrebbe che essercene una sola³.

In questo complesso scenario, tuttavia, irrompono le scienze informatiche, che tramite l’ausilio di potenti calcolatori, dispositivi elettronici, collegamenti *internet* e sistemi algoritmici, in un intervallo di tempo pressoché nullo sono in grado di trattenere e processare un’imponente quantità di dati ricavati dalla navigazione degli utenti nell’infosfera⁴.

L’utilizzo di dispositivi elettronici connessi alla rete, di metodi di pagamento elettronici o di semplici *fidelity card*, genera informazioni che, messe sapientemente tra loro in relazione, permettono di costruire una identità virtuale dell’utente, non necessariamente rispondente a quella reale. Nell’economia di questo contributo, infatti, a rilevare non è l’identità digitale che è possibile “abilitare” tramite una coppia di credenziali (*username* e *password*) per l’accesso e la fruizione di servizi pubblici *online* erogati dalla pubblica amministrazione o da taluni privati (c.d. SPID - Sistema Pubblico di Identità Digitale), strettamente rispondente all’utente, bensì quella (appunto, virtuale) ricostruita dalla rete attraverso il monitoraggio dei comportamenti (non soltanto commerciali) dell’utente nel *web*⁵.

* Il contributo sviluppa alcune delle considerazioni svolte in occasione del seminario dal titolo “*L’identità personale nella società digitale*. IoT & Human Enhancement Technologies”, tenutosi a Catania il 4 maggio 2023 e costituisce un prodotto della ricerca condotta nell’ambito del progetto “*I servizi di intermediazione nel mercato digitale. Profili ricostruttivi e questioni critiche*” (P.I. Gaetano Guzzardi), finanziato dall’Università degli Studi di Catania mediante il Piano di Incentivi per la Ricerca di Ateneo 2020/2022 - Linea di intervento 3 “*Starting Grant*”.

¹ Ampi sviluppi, di recente, in A. LA SPINA, *Complessità e identità personale*, Napoli, 2022; in precedenza G. RESTA, *Identità personale e identità digitale*, in *Dir. inform. e inf.*, 2007, 512 ss.; G. PINO, *Il diritto all’identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, 2003, 43 ss.; G. VETTORI, *Introduzione*, in *Persona e mercato. Lezioni*, a cura di Id., Padova, 1996, 15; V. ZENO ZENCOVICH, voce *Personalità (diritti della)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, 431 ss.; Id., voce *Identità personale*, *ivi*, IX, Torino, 1993, 294; P. RESCIGNO, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, 1 ss.; A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, 2^a ed., Milano, 1982; A. CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972. In giurisprudenza, da ultimo, Cass., 8 marzo 2023, n. 6929, in *Fam. e diritto*, 2023, 580; Cass., 24 novembre 2022, n. 34658, in *Giur. it.*, 2023, 827, con nota di M. STELLA, *Caching provider e tutela inibitoria: la Cassazione ammette la deindicizzazione globale*; già Cass., 7 febbraio 1996, n. 978, in *Foro it.*, 1996, I, 1253; Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 13, *ivi*, I, 1668; Cass., 22 giugno 1985, n. 3769, in *Foro it.*, 1985, I, 2211.

² V. PESCATORE, *Diritto all’identità personale e divieto dei “trattamenti di conversione”*, in *Liber amicorum per Giuseppe Vettori*, a cura di Aa.Vv., Firenze, 2022, 3188 ss.; T. MAUCERI, *Identità di genere e differenziazione sessuale. Problemi interpretativi e prospettive normative*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 1475 ss.; Id., *Commento alla l. 14 aprile 1982, n. 164, Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso. Artt. 1-7*, in *Comm. Gabrielli, Della famiglia*, a cura di G. Di Rosa, 2^a ed., Torino, 2018, 499 ss.; già S. PATTI e M.R. WILL, *La «rettificazione di attribuzione di sesso»: prime considerazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 739 ss.; M. MANTOVANI, *Commento alla l. 14 aprile 1982, n. 164*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, II, 1 ss.

³ G. ALPA, *L’identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contr. e impresa*, 2017, 723.

⁴ Per una articolata rappresentazione dei caratteri di tale peculiare spazio virtuale L. FLORIDI, *Pensare l’infosfera. La filosofia come design concettuale*, Milano, 2020, 64 ss.; Id., *La quarta rivoluzione. Come l’infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2007, 27 ss.

⁵ Su tale ambivalente significato, nel linguaggio giuridico, della nozione di “identità digitale” G. RESTA, *Identità personale*, cit., 513-516.

Ciascun utente, ad ogni accesso alla rete e a prescindere da quanto effimera sia l'attività (anche accidentalmente) svolta, lascia tracce, genera "impronte digitali", dalle quali i c.d. capitalisti della sorveglianza sono in grado di poter ricavare conoscenza, un *surplus* comportamentale⁶. La rielaborazione di tali informazioni che viene restituita all'utente, all'esito di una lettura esclusiva delle esperienze e delle informazioni così raccolte, però, non soltanto è condizionata dall'attendibilità dei dati processati e dalle capacità dell'algoritmo, ma risulta fortemente manipolabile, essendo rimessa ai relativi programmatori la scelta dei parametri in ragione dei quali selezionare e ordinare i dati estratti e i contenuti digitali da proporre sulla base delle indagini predittive svolte.

In queste brevi note, infatti, si intende incentrare l'attenzione sull'interesse dei capitalisti della sorveglianza alla definizione di tale "immagine ombra" e sui conseguenti rischi per la persona umana, connessi alla capacità dei medesimi di poter incidere in maniera pervasiva sugli stessi comportamenti degli utenti, al punto da doversi ritenere rimessa alla discrezionalità dei *gatekeeper* la decisione su quale immagine e rappresentazione (di sé e del mondo) restituire a ciascun utente⁷.

Il capitalismo della terza modernità ha ben presto mostrato il lato oscuro della rivoluzione digitale, palesando come a un avvio pieno di speranza circa la piena affermazione nello spazio digitale del diritto all'autodeterminazione di ciascuno, anche in ragione di un accesso all'informazione e a una moltitudine di servizi e contenuti digitali promosso come libero e (apparentemente) gratuito, corrispondesse una incessante attività di raccolta ed estrazione di dati di

⁶ S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poveri*, trad. it. a cura di Bassotti, Roma, 2019, 197-198; da ultimo, M. IMBRENDA, *Persona e scelte di consumo fra conoscenze neuroscientifiche e nuove frontiere tecnologiche*, in *Liber amicorum per Giuseppe Vettori*, cit., 1766 ss.

⁷ Un primo tentativo di regolamentazione, nel panorama europeo, dell'attività di tali "guardiani dell'accesso alla rete", detti anche "LoPs - Large Online Platforms", si deve al reg. 2022/1925/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022, relativo a "mercati equi e contendibili nel settore digitale". La relativa individuazione, ad opera dell'art. 3, avviene su base presuntiva, nel caso in cui, per volumi di fatturato, capitalizzazione di mercato e numero di utenti finali fissati al par. 2, l'impresa sia in grado di determinare un significativo impatto sul mercato interno; operi quale piattaforma di base, risultando strategica per altre imprese per interagire con gli utenti finali, nonché detenga una posizione consolidata e duratura, nell'ambito delle proprie attività, o è prevedibile possa assumerla nel prossimo futuro. Per ulteriori indicazioni in proposito sia consentito il rinvio a G. GUZZARDI, *L'abuso di posizione dominante nel mercato dei servizi digitali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 318 ss.

navigazione, per un continuo riutilizzo degli stessi a fini commerciali, così da sfruttare le munifiche opportunità provenienti dal *targeted advertising*⁸.

Una volta realizzato che i dati «più predittivi», ossia che generano maggiori profitti, sono quelli estratti all'esito di interventi mirati sui comportamenti degli utenti, i colossi del *web* non hanno esitato ad affinare ulteriormente le proprie strategie commerciali, non limitandosi più a *rilevare*, ma spingendosi addirittura a *formare* i comportamenti degli utenti in rete, attraverso l'utilizzo di sistemi predittivi alimentati proprio dalla (presunta) conoscenza acquisita in ordine a interessi, bisogni e persino stati d'animo degli utenti⁹. Ciò in osservanza di uno dei mantra del capitalismo della sorveglianza, secondo il quale un comportamento imprevedibile, spontaneo, non automatizzato dell'utente digitale «equivale a un guadagno perso»¹⁰.

In un mondo sempre più automatizzato, in cui attraverso le più recenti applicazioni di intelligenza artificiale è possibile sviluppare sistemi di *machine learning* in grado anche di dirigere, influenzare, manipolare i comportamenti umani mediante costanti incursioni nella vita quotidiana degli utenti, in pericolo pare allora essere proprio il diritto ad agire liberamente¹¹.

⁸ Sull'affermazione del «diritto costituzionalmente garantito all'autodeterminazione consapevole in ogni ambito patrimoniale e non patrimoniale di ogni relazione fra privati» v. G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi*, in *Persona e mercato*, 2012, 15; ampiamente in ID., *Contratto e rimedi*, Padova, 2017, 786 ss.

⁹ S. ZUBOFF, *op. cit.*, 18, ove si evidenzia, tra l'altro, come tali indagini predittive, provenienti dallo sfruttamento del *surplus* comportamentale, assumano enorme rilievo nel c.d. *mercato dei comportamenti futuri*. A questo proposito, a titolo esemplificativo, si pensi alla funzionalità *Driving Mode*, introdotta da Google nel 2016 per uno dei suoi prodotti di punta (*Google Maps*), in grado di suggerire destinazioni da esplorare o esercizi commerciali prima ancora che l'utente abbia selezionato dove voler andare o alle piattaforme di servizi musicali, film e prodotti di intrattenimento in grado di proporre all'utente, previa registrazione, contenuti digitali dedicati, rispetto ai quali non è affatto agevole comprendere se la preselezione sia stata effettuata sulla base di una effettiva profilazione dell'utente da parte dell'algoritmo che governa la piattaforma o se quest'ultimo, invece, così procedendo, promuova, in forma velata, messaggi, dottrine, stili di vita o, molto più semplicemente, determinati prodotti commerciali a scapito di altri, lasciando peraltro intendere che gli stessi risulterebbero quelli più popolari o più rispondenti agli interessi dell'utente.

¹⁰ S. ZUBOFF, *op. cit.*, 164.

¹¹ Ancora S. ZUBOFF, *op. cit.*, 206-207; da ultimo, sul rischio di una concreta lesione della libertà di autodeterminazione nell'ecosistema digitale, in ragione di pratiche finalizzate, non soltanto a influenzare, ma a distorcere e manipolare i comportamenti degli utenti, facendo «leva su specifiche e studiate caratteristiche e vulnerabilità» dei medesimi, G. VETTORI, *Rodolfo Sacco e la civilistica del XXI secolo*, in Riv.

In questo scenario, anche al cospetto di una rivoluzione digitale spinta pure dalla “retorica dell’inevitabilismo”¹², il diritto è chiamato a (continuare a) svolgere il proprio ruolo di regolatore dei conflitti sociali, provando a contenere anche quella realtà che, allo stato, sembra superare la fantasia, così da assicurare sempre un equilibrato bilanciamento tra progresso tecnologico e tutela dell’unicità dell’essere umano e del diritto all’autodeterminazione, la cui crescente rilevanza e portata espansiva è indissolubilmente connessa ai mutamenti sociali e culturali¹³.

In questa direzione le Istituzioni europee, con fatica, provano a correre ai ripari. La Commissione UE, con una comunicazione del febbraio 2020 dall’evocativo titolo “*Plasmare il futuro digitale dell’Europa*”, proprio in ragione delle nuove sfide poste dalla rivoluzione digitale e della necessità di mantenere sempre un virtuoso equilibrio tra progresso tecnologico e tutela della dignità della vita umana, nel presentare la propria “strategia globale di cooperazione digitale” e le azioni intraprese, ha inteso richiamare l’attenzione delle Istituzioni comunitarie e dei vari *stakeholders* sui

cambiamenti imposti dalle tecnologie digitali alla nostra vita quotidiana, al modo in cui concludiamo affari, lavoriamo, interagiamo con gli altri¹⁴. L’intento del legislatore comunitario è di assicurare ai cittadini dell’Unione la possibilità di costruirsi liberamente una propria identità, di scegliere liberamente e in sicurezza, prendendo decisioni migliori sulla base delle informazioni derivate dall’estrazione e dal trattamento di tale impressionante quantità di dati, che dovrebbero, difatti, essere accessibili a tutti e non nella disponibilità di pochi e le cui modalità e finalità di raccolta dovrebbero essere rese trasparenti, così permettendo a tutti gli utenti di poter trarre il massimo vantaggio dall’innovazione e dalla concorrenza e all’Europa – incalza la Commissione UE – di esprimere il meglio dei propri valori: apertura, equità, pluralismo, democrazia e sicurezza¹⁵.

2. Regolamentazione algoritmica e surplus comportamentale.

trim. dir. proc. civ., 2023, 553; S. ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, in *Persona e mercato*, 2022, 534; ID., *Regole di immissione sul mercato e «pratiche di intelligenza artificiale» vietate nella proposta di artificial intelligence act*, *ivi*, 347 ss.

¹² Significativi gli investimenti della *Silicon Valley* per l’affermazione di una “ideologia inevitabilista” circa l’inarrestabilità della diffusione delle nuove tecnologie e l’imminente transizione alla computazione ubiqua, in cui tutto sarà connesso, informatizzato e, dunque, processabile; sul punto G. DUBLON - J.A. PARADISO, *Extra Sensory Perception*, in *Scientific American*, 17 giugno 2014; E. SCHMIDT - J. COHEN, *The New Digital Age: Transforming Nations, Businesses, and Our Lives*, New York, Murray Press, 2013, 156.

¹³ Ampiamente S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007; ID., *Il nuovo Habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in *Tratt. di biodiritto*, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà - M. Tallacchini, I, Milano, 2011, 211 ss.; C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 1047; di recente C. IRTI, *Il danno non patrimoniale da lesione del diritto all’autodeterminazione: danno in re ipsa?*, in *Giur. it.*, 2019, 288 ss.; I. RAPISARDA, *Consenso informato e autodeterminazione terapeutica*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 43 ss.; diffusamente EAD., *Il diritto sul corpo nell’era biotecnologica*, Catania, 2023. Sul complesso (quanto inevitabile) rapporto tra diritto e tecnica, anche al fine di pervenire a una equilibrata allocazione dei rischi e imputazione delle responsabilità connesse allo sviluppo tecnologico G. DI ROSA, *Profili giuridici dell’esistenza*, Torino, 2022, 153 ss., 174 ss.; AR. FUSARO, *Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 1344 ss.; E. PALMERINI, *Soggettività e agenti artificiali: una soluzione in cerca di un problema?*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2020, 445 ss.

¹⁴ Comunicazione della Commissione UE del 19 febbraio 2020, COM(2020) 67 *final*, consultabile sul sito istituzionale dell’Unione europea.

¹⁵ In questa direzione, significativa importanza assume la recente approvazione (lo scorso 14 giugno), a larga maggioranza, da parte del Parlamento europeo, del testo definitivo ed emendato (c.d. *AI Act*) della Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio 2021/0106 del 21 aprile 2021, che stabilisce regole armonizzate sull’IA, la cui entrata in vigore è attesa entro la primavera del 2024. Il provvedimento, infatti, oltre a imporre che, nel caso di utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale generativa (come *ChatGPT*, *Bard*), risulti esplicito che i relativi *output* siano stati “generati da IA”, procede, secondo un sistema *risk-based approach*, a una classificazione delle applicazioni di IA in quattro livelli di rischio, qualificando di rischio “inaccettabile” – al punto da vietarli – tutti quei sistemi di IA che, tra l’altro, possano costituire una violazione dei diritti fondamentali, determinare una “manipolazione comportamentale cognitiva di persone o gruppi vulnerabili specifici” o, ancora, il riconoscimento delle emozioni con finalità di polizia o in ambiente scolastico o lavorativo. Tra le prime riflessioni in merito G. DI ROSA, *Quali regole per i sistemi automatizzati “intelligenti”*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 850 ss.; D. MESSINA, *La proposta di regolamento europeo in materia di Intelligenza Artificiale: verso una “discutibile” tutela individuale di tipo consumer-centric nella società dominata dal “pensiero artificiale”*, in *Medialaws*, 2022, 2, 196 ss.; S. ORLANDO, *Per un sindacato*, cit., 539; ID., *Regole di immissione*, cit., 346 ss.; U. SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1246 ss., anche per una panoramica sul dibattito sviluppatosi in proposito nella letteratura europea e sul primo approccio delle Istituzioni comunitarie; da ultimo S. TOMMASI, *Digital Services Act e Artificial Intelligence Act: tentativi di futuro da armonizzare*, in *Persona e mercato*, 2023, 279 ss.

La proiezione digitale della persona umana, tuttavia, si sviluppa in uno spazio caratterizzato dall'assenza di confini che, secondo l'ambizione del *management* dei principali *tech giants*, nell'ottica di assicurare la c.d. *net-neutrality*, dovrebbe tradursi anche in assenza di sovranità degli Stati¹⁶. Persino la mancanza di un ordinamento di riferimento non potrebbe in alcun modo giustificare la violazione dei diritti e delle libertà fondamentali su cui si basano i principali sistemi democratici mondiali e, dunque, la mancata tutela nello spazio digitale del diritto all'autodeterminazione, della dignità, della *privacy* e della riservatezza di ogni essere umano, nonché della stessa concorrenzialità dei mercati¹⁷. Istanze di tutela, infatti, che provengono da pressoché tutte le categorie di utenti digitali,

¹⁶ Sul punto S. ZUBOFF, *op. cit.*, 114 ss.; nonché E. SCHMIDT - J. COHEN, *op. cit.*, 1, ove espressamente si definisce il mondo *online* come lo spazio senza governo più grande del mondo. Per una disamina delle possibili ricadute giuridiche cfr. E. BATTELLI, *Questioni aperte in materia di contrattazione nelle piattaforme online*, in *Contratti*, 2022, 565 ss.; R. CARRILLO, *El modelo de neutralidad de la red en la UE*, in *Rev. der. com. eur.*, 2019, 468 ss.; A.M. GAMBINO - M. MANZI, *Intelligenza artificiale e tutela della concorrenza*, in *Giur. it.*, 2019, 1744 ss.; AA.VV., *Net (or not) Neutrality? Web e regolazione*, a cura di L. D'Acunto, Napoli, 2017, 19 ss.; già K. ZHU, *Bringing Neutrality to Network Neutrality*, in *Berkeley Technology Law Journal, Annual review of law and technology*, 22(1), 2007, 627 ss. Per un'indicazione circa la posizione della giurisprudenza comunitaria sul punto (e, in particolare, di Corte giust., 15 settembre 2020, cause riunite C-807/18 e C-39/19, *Telenor Magyarország Zrt. / Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke*) v. S. POMA, *L'interpretazione del regolamento 2015/2120 tra principio di neutralità della rete, principio di non discriminazione e Internet aperta*, in *Medialaws*, 2021, 3, 227; G. D'IPPOLITO - M. MONTI, *Net neutrality e "tariffe zero": la convergenza delle esigenze democratiche e di mercato*, *ibidem*, 1, 256 ss.

¹⁷ Sia pure con specifico riferimento al versante della tutela della *privacy*, nell'ordinamento nazionale, già con la novella di cui al d.lgs. 10.08.2018, n. 101, di adeguamento al reg. 2016/679/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27.04.2016 (in seguito anche GDPR), si provvedeva a eliminare dal "Codice in materia di protezione dei dati personali" qualsiasi riferimento espresso all'"identità personale" (che, invece, ricorreva già nell'art. 1 dell'originaria l. 31.12.1996, n. 675). L'intervento di allineamento alle inderogabili previsioni del regolamento europeo, nell'ambito di una prevista armonizzazione massima della disciplina sul trattamento dei dati personali, se a una prima lettura può sembrare determinare una significativa riduzione delle tutele, tuttavia, limitando il riferimento ai "dati personali riferibili alle persone fisiche", estende l'orizzonte di tutela anche a tutti quei dati, certamente riferibili a una determinata persona umana, sebbene *prima facie* connessi a un'identità virtuale costruita intorno a un *nickname*, un indirizzo mail o financo a un nome di fantasia. Sul punto C. IRTI, *Dato personale, dato anonimo e crisi del modello normativo dell'identità*, in *Jus civile*, 2020, 379 ss.; G. FINOCCHIARO, *Il quadro d'insieme sul Regolamento europeo*, in *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, diretto da Id., Bologna, 2017, 3.

sottoposti a una regolamentazione algoritmica che assume i tratti di una algocrazia nelle mani di pochi (i c.d. *Gafam*), i quali, peraltro, detenendo sia il potere economico sia quello tecnologico, hanno assunto un ruolo nevralgico anche nel dibattito politico mondiale¹⁸.

I *social network*, nuove agorà di ogni comunità in cui condividere informazioni, esprimere opinioni, lanciare campagne pubblicitarie, ad esempio, sono rapidamente divenuti lo strumento più efficace per raggiungere il maggior numero di persone nel minor tempo possibile, tanto da essere utilizzati anche dalle stesse Istituzioni pubbliche per diramare comunicati e anticipare il contenuto di provvedimenti e atti normativi; allo stesso tempo, però, costituiscono una delle principali fonti di approvvigionamento di dati e informazioni utili per costruire l'identità virtuale degli utenti, tanto da riservarsi i *gatekeeper* amplissime "licenze d'uso" dei dati estratti per l'esercizio di prerogative con finalità commerciale¹⁹.

Allo scopo di ricavare conoscenza e valore economico mediante l'attività di profilazione, la piattaforma provvede a mettere in collegamento, come tessere di un mosaico, le informazioni estratte²⁰; secondo le logiche del profitto, infatti,

¹⁸ M. SCIACCA, *Algocrazia e sistema democratico. Alla ricerca di una mite soluzione antropocentrica*, in *Contr. e impresa*, 2022, 1173 ss. Con l'espressione *Gafam* si è soliti fare riferimento al sostanziale regime di oligopolio imposto dai colossi della tecnologia digitale (Google, Amazon, Facebook, Apple, Microsoft), che, secondo Peter Thiel, co-fondatore di *Pay-pal* e tra i maggiori finanziatori esterni di Facebook, risulterebbe addirittura una caratteristica intrinseca della nuova economia digitale, e non un effetto indesiderato, perché se non fossero state queste aziende così dominanti non avrebbero mai avuto così tanto denaro da spendere in innovazione, contribuendo al raggiungimento di un tale progresso tecnologico. Per ulteriori considerazioni in merito sia consentito il rinvio a G. GUZZARDI, *op. cit.*, 316 ss.

¹⁹ C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014, 88 ss.; più di recente G. MARINO, *Mercato digitale e sistema delle successioni mortis causa*, Napoli, 2022, 20 ss.

²⁰ All'art. 4, n. 4 del GDPR, l'attività di profilazione viene definita come «qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica». Importante, a questo proposito, il coordinamento con il *Digital Services Act* (DSA), approvato dal Parlamento europeo il 5 luglio 2022, con cui si provvede a vietare espressamente quelle forme di *targeted advertising*, realizzate mediante una profilazione dei fruitori dei servizi offerti dalle piattaforme online realizzata anche attraverso l'utilizzo di quelle "categorie particolari di dati personali" contemplate all'art. 9, § 1, reg. UE 679/2016 (tra cui, appunto, "dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della

associando ai potenziali desideri e bisogni dell'utente pubblicità mirate di beni e servizi in grado di soddisfarli, tramite anche le facilitazioni offerte dall'intelligenza artificiale, è possibile massimizzare lo sfruttamento di ogni singolo aspetto di tale identità digitale²¹. Il progressivo e inarrestabile diffondersi della c.d. *IoT* (*Internet of Things*), attraverso dispositivi intelligenti e sensori interconnessi permette l'esecuzione di attività statistiche e di catalogazione sempre più accurate al punto da poter predire, come anticipato, con elevato grado di approssimazione i comportamenti individuali o di gruppi specifici di persone e financo orientare le abitudini degli stessi²².

persona"); indicazioni in C. IRTI, *L'uso delle "tecnologie mobili" applicate alla salute: riflessioni al confine tra la forza del progresso e la vulnerabilità del soggetto anziano*, in *Persona e mercato*, 2023, 40.

²¹ La massimizzazione degli introiti di *Google*, principale player nel mercato del *targeted advertising*, conseguiti all'avanzamento tecnologico sul fronte dell'estrazione del c.d. *suprlus* comportamentale, regolamentato e protetto altresì dalla registrazione nel 2003 di un brevetto denominato *Generating User Information for Use in Targeted Advertising*. Sul punto, ampiamente, S. ZUBOFF, *op. cit.*, 87, nonché, per la valutazione della Commissione (e dello stesso Tribunale UE) in termini di abuso di posizione dominante di talune condotte intrattenute da *Google* in distinti rilevanti mercati, G. GUZZARDI, *op. cit.*, 309 ss. Sui rapporti tra *targeted advertising* e intelligenza artificiale v. F. GALLI, *La pubblicità mirata al tempo dell'intelligenza artificiale: quali regole a tutela dei consumatori?*, in *Contr. e impresa*, 2022, 919 ss.; V. GUGGINO - B. BANORRI, *L'advertising ai tempi dell'intelligenza artificiale: algoritmi e marketing personalizzato*, in *Intelligenza artificiale: Il diritto, i diritti, l'etica*, a cura di U. Ruffolo, Milano, 2020, 625 ss.

²² Per una disamina dei molteplici profili connessi allo sviluppo dell'*IoT* v. i diversi contributi raccolti in AA.VV., *Intelligenza artificiale e diritto*, a cura di E. Gabrielli - U. Ruffolo, in *Giur. it.*, 2019, 1657 ss.; NOTO LA DIEGA - WALDEN, *Contracting for the "Internet of Things": Looking into the Nest*, Queen Mary University, Legal Studies Research Paper, 219/2016, 1 ss.; J. LIMA, *Insurers Look Beyond Connected Cars for IOT Driven Business Boom*, in *Computer Business Review*, 9 dicembre 2005, ove già si poneva in evidenza come «il vero valore dell'IOT dipende da come i clienti cambiano comportamenti e profili di rischio basandosi sul *feedback* ricevuto dalle loro "cose"». In questa direzione, ad esempio, importanti sono gli investimenti delle compagnie assicurative, le quali, pur essendo da tempo a conoscenza della correlazione tra rischio e personalità del conducente, non disponevano di strumenti adeguati (*scil.* sistemi senzienti di monitoraggio) per estrarre tali informazioni. La telematica moderna e i sistemi di *data mining*, potendo assicurare un flusso continuo di dati e sofisticate elaborazioni degli stessi, all'esito di integrazioni con i dati estratti da altri dispositivi (ad esempio gli *smartphone*), permettono agli assicuratori di poter *monitorare* e *migliorare* il comportamento dei propri assicurati, secondo un approccio chiamato "copertura del comportamento", attraverso la promozione di campagne promozionali "a premi" (con sistemi *bonus* e *malus* che andranno evidentemente a incidere sul premio assicurativo), incentrate sulla disamina del comportamento alla guida degli utenti. Attraverso la definizione di una serie di parametri,

Il *provider* che forma e controlla queste collezioni di dati ricava un *surplus* comportamentale, una conoscenza sui *trend* di condotta e di consumo degli utenti, utilizzati per orientare, non soltanto le proprie scelte commerciali, ma anche per provare ad anticipare (e talvolta manipolare) i bisogni degli utenti. La prevedibilità del comportamento di chi accede alla rete fa sì che il "posizionamento" di beni e servizi da parte delle piattaforme non sia affatto casuale; l'utilizzo di meccanismi algoritmici di ordinamento in sequenza, valutazione o recensione, difatti, consente ai fornitori di servizi di intermediazione nel mercato digitale di assicurare agli utenti commerciali la massimizzazione dei profitti, proprio anche in considerazione della capacità di incidere sulle stesse scelte dei consumatori²³.

Il decisivo cambio di passo fatto registrare dai *gatekeeper* nella propria strategia commerciale, non più finalizzata ad estrarre dati comportamentali al mero fine di migliorare il servizio offerto agli utenti, bensì per alimentare un mercato dinamico dell'*advertising online*, se da un lato ha determinato un incredibile ed esponenziale crescita dei volumi di fatturato dei *tech giants*, dall'altro ha reso ancor più percepibili i rischi connessi alle attività di profilazione, di trattamento, manipolazione o *cookies poisoning*. D'altronde, anche all'esito della (pur netta) presa di posizione della Corte di giustizia circa la prevalenza, in linea di principio e salvo ragioni particolari, dei diritti fondamentali degli utenti sanciti agli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE sull'interesse economico del gestore della piattaforma e financo sull'interesse del (grande) pubblico a (continuare ad) accedere a una data informazione, con conseguente obbligo per le piattaforme di assicurare il c.d. *delinking*²⁴, non può

ridotti in algoritmo – ad esempio, uso della cintura di sicurezza o dei segnalatori di direzione, velocità media, tempo di percorrenza dal punto di partenza a quello di arrivo, aggressività nelle accelerazioni e nelle frenate, numero di sorpassi o di km percossi oltre i limiti di velocità – si ritiene possa ottenersi una profilazione del conducente assai più precisa di quanto sia stato possibile fare per il tramite delle tradizionali variabili demografiche, così da ridurre incertezza e minimizzare il rischio. Sul punto cfr. gli studi di settore AA.VV., *Insurers Need to Plug into the Internet of Things-or Risk Falling Behind*, McKinsey, 8 gennaio 2017; AA.VV., *Overcoming Speed Bumps on the Road to Telematics*, Deloitte University Press, 21 aprile 2014; AA.VV., *The Internet of Things: Opportunity for Insurers*, ATKearney, 2014.

²³ Sul punto cfr. il considerando 24 reg. UE 1150/2019 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20.06.2019, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione *online*.

²⁴ Il riferimento è a Corte giust., 13 maggio 2014, causa C-131/12, *Google Spain c/ Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e M. Costeja González*, in <https://eur-lex.europa.eu>; indicazioni in merito in V. CUFFARO, *Una*



certo dirsi che i colossi del *web* abbiano rivisto le proprie strategie di estrazione e indicizzazione dei dati. Gli stessi vertici della più famosa società di *Mountain View*, nel tranquillizzare gli investitori, ripetendo il *refrain* dell'azienda – secondo il quale compito e intenzione di *Google* sarebbe quello di organizzare tutta l'informazione del mondo per renderla universalmente accessibile a tutti – rilevavano come la decisione della Corte UE non era altro che un danno collaterale dello scontro tra il diritto a essere dimenticati e il diritto alla conoscenza²⁵.

L'obiettivo (dichiarato) dei *gatekeeper* può anche essere quello di sviluppare conoscenza non per sorvegliare gli utenti o invaderne la *privacy* e la riservatezza, ma è altresì fuor di dubbio che, attraverso l'utilizzo sempre più massiccio di sistemi algoritmici in grado di dedurre (e manipolare) pensieri, emozioni, intenzioni, interessi degli utenti, l'intento non sia più (soltanto) quello di assicurarsi una detenzione passiva dei dati accidentalmente rilasciati dagli utenti, utile per monitorare e migliorare i servizi offerti, bensì per trarre profitto dalla vendita di indagini predittive ricavate proprio dalle tracce di navigazione in rete, dal riuso dei c.d. "scarti digitali", in altri termini, dal *surplus* comportamentale²⁶.

3. Pratiche di *neuromarketing* e rischio di riduzionismo antropologico.

Il discorso che, sia pur per grandi linee, si sta tentando di svolgere in ordine alla capacità dei colossi digitali di incidere significativamente nella definizione dell'identità personale di ciascuno rimarrebbe inevitabilmente incompleto se non si prestasse attenzione anche alle ricadute, sul piano della tutela dei diritti e delle libertà fondamentali,

decisione assennata sul diritto all'oblio, in *Corr. giur.*, 2019, 1189 ss.; AA.VV., *Il diritto all'oblio su internet dopo la sentenza Google Spain*, a cura di G. Resta - V. Zeno Zencovich, Roma, 2015, 29 ss.; di recente, nella giurisprudenza interna, Cass., 24 novembre 2022, n. 34658, in *Giur. it.*, 2023, 827, cit.

²⁵ Sul diritto all'oblio nello spazio digitale, da ultimo, cfr. anche la decisione del Garante per la protezione dei dati personali del 23 marzo 2023, n. 111, consultabile sul sito istituzionale dell'Autorità, con cui è stato ordinato a *Google* il *delisting* di *URL* in ragione dell'assoluzione di un utente dall'accusa di truffa e della necessità di assicurare, appunto, la tutela del diritto all'oblio del medesimo. Sul tema A. LA SPINA, *op. cit.*, 496 ss., che individua nel diritto all'oblio «Il meccanismo che pare garantire il pieno esercizio del diritto all'identità personale»; *adde*, parimenti, D.G. RUGGIERO, *Persona e identità digitale*, Napoli, 2023, 192 ss.

²⁶ S. ZUBOFF, *op. cit.*, 101, 106; A. McSTAY, *Emotional AI: The Rise of Empathic Media*, London, Sage, 2018.

delle nuove frontiere del *digital marketing*, che, appunto, avvalendosi di risultati raggiunti in campo medico, ingegneristico e biotecnologico circa il potenziamento delle capacità dell'individuo, consentono ai capitalisti della sorveglianza, non soltanto di curvare sulla logica del profitto opinioni ed emozioni degli utenti, ma persino di poterle influenzare e manipolare.

Le prime applicazioni di HET (*Human Enhancement Technologies*) miravano a un potenziamento fisico, per accrescere la forza, la resistenza allo sforzo, la mobilità o rallentare gli effetti dell'invecchiamento, per poi giungere ad applicazioni sempre più sofisticate, si pensi a esoscheletri intelligenti, connessi come innesti corporei, azionabili dall'uomo, o agli stessi OGM, che nuova linfa hanno trovato nei sistemi di IA di ultima generazione²⁷. Le nuove applicazioni di HET puntano a un potenziamento anche cognitivo ed emotivo della persona e appaiono in grado di intervenire anche su aspetti caratteriali, sulla memoria, sulle abilità sensoriali e sull'immaginazione, così incidendo, di fatto, sullo stesso processo decisionale dell'uomo²⁸. La distinzione tra circuiti elettronici e circuiti neuronali è sempre più labile e il livello di integrazione tra corpo umano e sistemi di IA sempre più elevato, in un percorso di progressivo potenziamento dell'essere umano che, appunto, non coinvolge più soltanto l'aspetto motorio, ma anche quello sensoriale, emotivo e neuro-cognitivo e che forti preoccupazioni suscita a maggior ragione nel caso in cui il relativo sfruttamento non sia connesso a finalità strettamente terapeutiche²⁹.

²⁷ U. RUFFOLO, *L'intelligenza artificiale in sanità: dispositivi medici, responsabilità e "potenziamento"*, in *Giur. it.*, 2021, 504.

²⁸ In una sorta di nuovo transumanesimo, infatti, già di per sé correlato alle pratiche di *human enhancement* – in particolare alla luce delle recenti sperimentazioni circa lo sviluppo in laboratorio di organi, tessuti corporei e persino cervelli biologici autonomi o di "interfacce neurali" impiantabili nel cervello per consentire l'*upload* di contenuti o il *download* di informazioni su supporto esterno – è il rischio di una progressiva tecnologizzazione dell'uomo e così di infrangere il confine tra naturale e artificiale. Sul punto U. RUFFOLO - A. AMIDEI, *Intelligenza Artificiale e diritti della persona: le frontiere del "transumanesimo"*, in *Giur. it.* 2019, 1658 ss.; L. PALAZZANI, *Le tecnologie emergenti: le sfide etiche della tecnoscienza*, in *Teoria crit. reg. soc.*, 2018, 85 ss.; ID., *Dalla bio-etica alla tecno-etica: nuove sfide al diritto*, Torino, 2017, 374 ss.

²⁹ Preoccupazioni per l'impiego di sistemi di IA di riconoscimento delle emozioni e delle intenzioni umane, tramite lettura dei dati biometrici, a fini di *marketing* (e non più soltanto terapeutici di cura, assistenza, diagnosi e prevenzione) largamente condivise nella dottrina specialistica; *ex multis*, cfr. M. IMBRENDA, *op. cit.*, 1768 ss. e S. ORLANDO, *Regole di immissione*, cit., 360; L. TAFARO, *Neuromarketing e tutela del consenso*, Napoli, 2018, 64 ss., ove ampi riferimenti,

Già agli esordi del XXI secolo, Bill Joy, uno dei protagonisti dell'informatica della *Silicon Valley*, ebbe a rilevare che «il futuro non ha bisogno di noi», in quanto di lì a poco, in ragione della possibilità di combinare recenti scoperte nel campo della genetica, delle nanotecnologie e della robotica, sarebbe stato possibile implementare dispositivi tecnologici talmente autonomi e intelligenti da potere, non solo fare a meno dell'uomo, ma addirittura mettere a rischio lo stesso futuro dell'umanità³⁰. Al di là del contenuto evidentemente provocatorio di tali dichiarazioni, non è un caso se nell'ambito del pacchetto di riforme al vaglio del legislatore comunitario per fronteggiare le distorsioni generate dalla *digital transformation*, come detto, grande sia l'interesse alla definizione di regole armonizzate sull'IA. Ciò, a conferma, da un lato, della centralità assunta dalle tecnologie di IA in molteplici settori strategici per lo sviluppo e la stessa salvaguardia dell'umanità, dall'altro, della fondatezza delle preoccupazioni segnalate dai vari *stakeholders* all'esito dell'ampia consultazione avviata dalla Commissione UE con la pubblicazione del Libro bianco sull'IA.

Il riferimento è allo sviluppo di dispositivi, *software* e applicazioni, adesso anche dotati di IA, che permettono di svolgere anche semplici operazioni in autonomia, secondo la logica apprendimento/assunzione di decisioni finalizzate al raggiungimento di determinati obiettivi, attraverso reti neurali (*neural networks*) programmate per funzionare sul modello del cervello umano³¹. Non v'è dubbio come l'espressione utilizzata per identificare tali processi, "intelligenza artificiale", si presenti come un evidente ossimoro, perché quantunque con forza intenda mettere subito in evidenza lo scopo di tale nuova tecnologia, ossia riprodurre la più caratterizzante delle prerogative della specie umana, l'intelligenza, non riesce però a celare come l'imitazione dell'agire umano che ne consegue risulti l'esito di un processo automatizzato e, come tale, sprovvisto di tutte quelle componenti – sensibilità, morale, giudizio, equità, discrezionalità,

spontaneità, intuito – che, invece, qualificano e rendono irripetibile la capacità di ragionamento dell'uomo³².

La macchina, anche la più sofisticata, allo stato, può emettere rapidamente un responso affidabile, ma è carente di trasparenza quanto all'*iter* argomentativo, al ragionamento sotteso, così risultando spesso difficile comprendere il senso di determinate risposte in forza di una opacità di fondo dell'algoritmo di autoapprendimento³³. Un'intelligenza, quindi, sprovvista di ragione, una elaborazione, quantunque complessa, esito non di connessioni spontanee e indipendenti o deduzioni logiche, bensì dell'applicazione di principi matematici, di un "ragionamento" per mere inferenze statistiche³⁴.

Il rischio che ne consegue, in assenza di una appropriata visione etica della ricerca scientifica e dell'avanzamento tecnologico, è di ritenere persino l'uomo caratterizzato da assoluta modificabilità³⁵, con la conseguenza che talune addizioni di matrice artificiale, in un prossimo futuro, potrebbero diventare parte integrante del corpo umano³⁶;

³² Sul tema G. DI ROSA, *Quali regole*, cit., 824-825; S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Foro amm.*, 2018, 1787. Anche il Comitato Nazionale per la Bioetica, con il parere "*Intelligenza artificiale e medicina: aspetti etici*" del 29 maggio 2020, consultabile sul sito istituzionale del Comitato, ha avuto modo di evidenziare come obiettivo dell'IA sia proprio quello di imitare, tramite tecnologie informatiche, aspetti dell'intelligenza umana, per sviluppare "prodotti informatici o macchine" in grado sia di interagire e di apprendere dall'ambiente esterno sia di assumere decisioni con crescenti gradi di autonomia".

³³ Sul punto ancora G. DI ROSA, *Profili giuridici*, cit., 158 ss.; ID., *Quali regole*, cit., 828 ss., ove anche un approfondimento sul caso deciso da Cons. Stato, 8 aprile 2019, n. 2270, inerente all'utilizzo dell'algoritmo in procedure valutative della Pubblica Amministrazione; nonché S. AMATO, *Biodiritto 4.0 Intelligenza artificiale e nuove tecnologie*, Torino, 2020 100 ss.; E. PELLECCIA, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society: qualità dei dati e leggibilità dell'algoritmo nella cornice della responsible research and innovation*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 1209 ss. Sul carattere discriminatorio dell'algoritmo, oltre a quanto si dirà *infra*, anche Trib. Bologna, sez. lav., 31 dicembre 2020, in *OneLegale*, chiamato a pronunciarsi sulle modalità di funzionamento dell'algoritmo "*Frank*", programmato per profilare i *riders* della società di consegne *Deliveroo*, secondo un discusso *ranking* reputazionale che, nel tenere conto di parametri quali l'affidabilità e la partecipazione del dipendente, determinava le effettive possibilità di accedere o meno ai turni di lavoro. Come riportato nella ricostruzione in fatto dell'ordinanza, in buona sostanza, financo "l'adesione del *riders* a forma di autotutela collettiva e, in particolare, ad astensioni totali dal lavoro coincidenti con la sessione prenotata", comportava una penalizzazione del lavoratore.

³⁴ U. RUFFOLO, *op. cit.*, 502.

³⁵ G. DI ROSA, *Quali regole*, cit., 825.

³⁶ J.A. PARADISO, *Our Extended Sensoria: How Humans Will Connect with the Internet of Things*, in *MIT Technology Review*, 1 agosto 2017, ove si riferisce che, all'esito della

nell'ambito di un'indagine di carattere monografico, al ruolo delle emozioni nelle scelte di consumo e alle aggressioni alla libertà di autodeterminazione del consumatore arrecate dalle pratiche di *neuromarketing*.

³⁰ Si tratterebbe di un percorso di sviluppo delle nuove tecnologie in aperto contrasto persino con quella che, comunemente, si ritiene essere la prima legge della robotica, secondo la quale un *robot* non potrebbe mai recare danno a un essere umano. Sul punto I. ASIMOV, *I, robot*, trad. it. a cura di V. Latronico, Milano, 2021, i cui celeberrimi interrogativi, espressi tra il serio e il faceto in una narrativa di fantascienza, la cui prima versione risale addirittura al 1950, ritornano di incredibile attualità nella società contemporanea.

³¹ U. RUFFOLO, *op. cit.*, 502.

estensioni, peraltro, sempre meno meccaniche e sempre più neurali, con conseguente compromissione della stessa capacità di autonomo discernimento e della libertà di autodeterminazione, in ragione della possibilità di interferire dall'esterno con le funzioni cerebrali umane, modificando sensazioni, ricordi, opinioni e interessi³⁷.

A tali interazioni tra nanotecnologie, biologia, *information technology* e scienze cognitive (c.d. “convergenza NBIC”), che rilevantissimi risultati hanno portato in campo sanitario e biomedicale, come detto, guardano con grande interesse i principali *players* della *digital transformation* e del *targeted advertising* in sinergia con quelli del settore *retail*³⁸. I giganti del *web*, in particolare, comprese rapidamente le enormi potenzialità e

fusione dei molteplici *sensor data*, presenti non soltanto nei dispositivi tecnologici, ma anche in qualsiasi spazio fisico occupato dall'uomo, sarà possibile determinare una sorta di “onniscienza digitale”, «una realtà pervasiva e costantemente aumentata», in cui l'informazione raccolta e la rappresentazione dell'identità di ciascuno nello spazio digitale costituirà «un'estensione di noi stessi, e non l'incarnazione di un altro», nella consapevolezza che «quando entreremo nell'era delle cose indossabili (...) i confini dell'individuo saranno più sfumati».

³⁷ Secondo alcuni studi che necessitano, però, ancora di validazione, taluni algoritmi alla base del funzionamento di alcune piattaforme e *social network* di larga diffusione sarebbero stati progettati per poter funzionare in maniera differente a seconda della parte del mondo in cui verrebbero utilizzati o del *target* di utenti che vi accedono, al punto che potrebbero proporre, ad esempio, contenuti privi di alcuna utilità e valore sociale in una certa parte del mondo al deliberato scopo di influenzarne negativamente le coscienze e, al contempo, promuovere contenuti e temi in grado di arricchire il bagaglio di conoscenze e stimolare la riflessione critica degli utenti nella parte opposta del mondo, così potendo risultare potenti mezzi di indottrinamento delle masse e di condizionamento, in particolare, delle categorie più vulnerabili su temi sensibili anche alle politiche governative. Sulla c.d. “vulnerabilità digitale” dei minori e sull'impatto delle nuove tecnologie nella formazione della personalità degli stessi R. SENIGAGLIA, *Il dovere di educare i figli nell'era digitale*, in *Persona e mercato*, 2021, 512, 519 ss. Sulle possibili applicazioni discriminatorie della tecnologia algoritmica, alle indicazioni di cui alla nota 33, adde, A. NERI, *Uso di un algoritmo discriminatorio nella contrattazione privata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 983 ss.; AA.VV., *Fairness and Non-Discrimination*, in *Responsible AI: A Global Policy Framework*, in *itechlaw.org*, 2021, 51 ss.

³⁸ Non è un caso che tra i più avanzati prototipi di strumenti *wearables* e *implantables*, in grado di migliorare le abilità e le funzioni umane, si trovino *smart glasses* o *smart lenses* prodotte da Google, che permettono di vivere una “realtà aumentata” attraverso la proiezione sulla retina di una nuova dimensione sempre più ricca di contenuti. Tra gli altri avanzati dispositivi si segnalano gli auricolari *Waverly Lab*, in grado di “suggerire”, in tempo reale, la traduzione di quanto registrato in quindici lingue diverse, nonché i dispositivi *Haptic Technology*, in grado di consentire all'utilizzatore, tramite la propria percezione aptica, di “carpire” informazioni (dimensioni, peso, consistenza, etc.) riguardo a un determinato prodotto non presente alla sua vista.

ricadute degli studi clinici sui metodi e i sistemi di schematizzazione delle emozioni umane per il tramite di applicazioni algoritmiche e di IA – in origine esclusivamente rivolti a promuovere soluzioni migliorative per soggetti particolarmente vulnerabili, affetti da problemi cognitivi o disabilità motorie, così da facilitarne i rapporti relazionali attraverso l'analisi dei comportamenti e delle abitudini di vita³⁹ –, acquisendone spesso la titolarità dei relativi brevetti, hanno iniziato a finanziarne lo sviluppo al fine di promuoverne l'applicazione nell'«inquietante»⁴⁰ campo del *neuromarketing*⁴¹. Forme aggressive di *advertising* quest'ultime che fondano i propri paradigmi economici sulle risultanze della *behavioral Law & Economics* e sulla dimostrata capacità delle emozioni e delle propensioni psicologiche di influenzare la scelta del consumatore⁴².

³⁹ Già R.W. PICARD, *Affective Computing*, in *MIT Media Laboratory Perceptual Computing Section Technical Report*, 1995, 321.

⁴⁰ G. VETTORI, *Rodolfo Sacco*, cit., 552, ove si evidenzia come, già in tempi non sospetti (R. SACCO, *Diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015), l'illustre comparatista avesse intuito le problematiche connesse al prepotente imporsi della *data economy* e allo sviluppo dei sistemi di IA, in ragione delle interrelazioni tra plurime questioni – come quelle inerenti al trattamento dei dati, alle (inquietanti) pratiche di *neuromarketing* e alla negoziabilità dei dati personali – che, pur ponendo tutte distinti ordini di problemi, appaiono parimenti centrali per una piena comprensione delle dinamiche dei mercati digitali.

⁴¹ Estensione della neuro-economia, rivolta allo studio delle interrelazioni tra il processo decisionale umano e gli stimoli esterni a cui una persona può essere esposta avuto riguardo alla decisione di procedere all'acquisto di un bene o servizio. Sul punto M. DIOTTO, *Neurobranding. Il neuromarketing nell'advertising e nelle strategie di brand per i marketer*, Milano, 2020; P. KOTLER - S. HOLLENSON - M. OPRESNIK, *Social media marketing, Marketer nella rivoluzione digitale*, Milano, 2019, 24 ss.; M. LINDSTROM, *Neuromarketing. Attività cerebrale e comportamenti d'acquisto*, Milano, 2009; sui rischi connessi a «un'operazione di velamento», al punto da rendere invisibili le pratiche di *neuromarketing*, riscontrabile nella proposta di regolamento sull'IA, cfr. S. ORLANDO, *Regole di immissione*, cit., 366 ss.

⁴² Ampiamente C.R. SUNSTEIN, *Behavioral Law & Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000; C. JOLLS - C.R. SUNSTEIN - R.H. THALER, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in *Stanford Law Review*, 1998, 1471 ss.; A questo proposito, divengono indicazioni preziose da convertire in *surplus* predittivo, ad esempio, le informazioni circa il proprio stato d'animo, fornite dall'utente stesso tramite il mero aggiornamento del proprio *status* sui *social network* o l'utilizzo di determinate *emoticon* nelle chat di messaggistica istantanea o, ancor più semplicemente, attraverso la stessa mimica facciale rilevabile da sempre più diffusi e sofisticati sistemi di riconoscimento biometrico.

4. Processo di *commodification* della personalità e limiti alla negoziabilità dei dati digitali.

Rispetto al tema dell'incidenza delle nuove tecnologie sulla tutela dei diritti fondamentali e, in particolare, degli ostacoli che possano frapporsi alla libera formazione dell'identità personale in una società sempre più digitale, in cui le esperienze in rete possono essere non soltanto monitorate, ma persino manipolate secondo logiche capitalistiche, di rilievo può risultare una riflessione anche in ordine alla possibile configurabilità di prerogative proprietarie sui dati digitali⁴³.

In un mercato letteralmente dominato dai colossi statunitensi dell'ICT (*Information and Communication Technologies*), non può certo trascurarsi la posizione di netta apertura della letteratura nordamericana⁴⁴, seppur facendo attenzione alle significative differenze che intercorrono negli stessi ordinamenti continentali intorno al concetto di proprietà e, dunque, al fatto che la traduzione del termine "*ownership*" può dar luogo all'accostamento, in chiave comparativa, di istituti simili ma non per questo sovrapponibili⁴⁵. Affermare, allora, che taluno possa essere nella disponibilità o titolato all'utilizzo ("*entitlement*") di dati (a maggior ragione se espressione della personalità del titolare) non equivale certo ad affermarne la titolarità esclusiva; allo stesso modo la circostanza che i dati digitali possano formare oggetto di un accordo avente contenuto patrimoniale non determina alcun un passo indietro sul piano della tutela dei diritti della personalità, a patto di non perdere mai di vista la differente posizione gerarchica dei valori e degli interessi coinvolti⁴⁶. Nello spazio digitale, secondo un

autorevole orientamento, si assisterebbe all'affermazione di un "*license model*", piuttosto che del tradizionale paradigma della vendita, al quale non conseguirebbe alcun trasferimento a titolo definitivo di dati, bensì soltanto una concessione di utilizzo⁴⁷.

Il conflitto, in ogni caso, è tra due modelli antitetici, tra una visione patrimonialistica e una orientata in chiave personalistica; sebbene non possa essere questa la sede per affrontare la complessa questione⁴⁸, di certo, la circostanza che inveterata sia (divenuta) la prassi nello spazio digitale di accedere a contenuti e servizi per il tramite di una previa registrazione all'*app* o al sito internet, mediante la creazione di un apposito *account*, con annesso inserimento e trasferimento alla piattaforma di dati personali, nulla aggiunge al dibattito circa la commerciabilità degli stessi o alla ricostruzione di tali operazioni nei termini di una compiuta relazione contrattuale⁴⁹.

Con il parere n. 4 del 17 marzo 2017, non a caso, il Garante europeo per la protezione dei dati personali ha inteso mettere in guardia da disposizioni legislative che potessero condurre a una valutazione in termini di liceità lo scambio di beni e servizi contro dati⁵⁰. Riflessioni queste ultime che hanno senz'altro influenzato la stesura della versione definitiva della direttiva (UE)2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019 sui contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali⁵¹, se è vero che all'originaria esplicita

ss.; G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, 30 ss.

⁴⁷ Così V. ZENO ZENCOVICH, "Do "Data markets", cit., 5.

⁴⁸ Per un aggiornamento in ordine alle plurime posizioni sul punto cfr. G. VERSACI, *La contrattualizzazione dei dati personali dei consumatori*, Napoli, 2020, 137 ss.

⁴⁹ Per un diverso avviso cfr. l'autorevole posizione espressa in G. RESTA - V. ZENO ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 430.

⁵⁰ Consultabile sul sito istituzionale dell'Autorità. Sul punto F. BRAVO, *Intermediazione di dati personali e servizi di data sharing dal GDPR al Data Governance Act*, in *Contr. e impresa Europa*, 2021, 212; ID., *Lo "scambio di dati personali" nella fornitura di servizi digitali ed il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contr. e impresa*, 2019, 34 ss. Nella giurisprudenza, Tar Lazio, 10 gennaio 2020, n. 260, in *Giur. it.*, 2021, 320, con nota di C. SOLINAS, *Trattamento dei dati personali e pratiche commerciali scorrette*.

⁵¹ Da ultimo indicazioni in I. RAPISARDA, *La privacy sanitaria alla prova del mobile ecosystem. Il caso delle app mediche*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 203, nt. 61; S. TROIANO, *op. cit.*, 56, nt. 37. Per approfondimenti sulla direttiva (UE)2019/770 v. 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, 507; A. DE

⁴³ Sui riflessi delle innovazioni tecnologiche sui rapporti sociali e le libertà fondamentali, nonché sul ruolo del legislatore al tempo della *data economy*, da ultimo, S. ORLANDO, *Per un sindacato*, cit., 530 ss.

⁴⁴ P.M. SCHWARTZ, *Property, Privacy, and Personal Data*, in *Harvard Law Review*, 2004, 2055 ss.; V. BERGELSON, *It's Personal But Is It Mine? Toward Property Rights in Personal Information*, in *UC Davis Law Review*, 2003, 379 ss.

⁴⁵ V. ZENO ZENCOVICH, "Do "Data markets" Exist?", in *Medialaws*, 2019, 2, 4-5.

⁴⁶ Di recente S. TROIANO, *Il contratto tra analogico e digitale*, in *Pactum*, 2022, 56; C. IRTI, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021, 57 ss. Sul tema della gerarchia dei valori, al cui vertice non può che esservi «la persona (...), cioè la personalità», per tutti, P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli-Camerino, 1972, ora in ID., *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005, 5; nonché D. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 366 ss.; con specifico riferimento al tema della (limitata) negoziabilità dei diritti della personalità A. NICOLUSSI, *Autonomia privata e diritti della personalità*, in *Enc. dir.*, Annali, IV, Milano, 2011, 133



equiparazione tra prezzo e dati nella definizione della controprestazione dell'utente, contenuta nella proposta di direttiva⁵², abbia fatto seguito un più blando e generico riferimento al «caso» in cui, a fronte della fruizione di servizi digitali, l'utente si trovi a trasferire propri dati personali, evidentemente non in una condizione di sinallagmaticità⁵³.

A questo punto del discorso, allora, è il caso riflettere sulle ragioni che ostano a una libera negoziabilità dei dati personali; coerentemente con le previsioni inderogabili di legge, i valori e i principi generali che reggono le principali democrazie mondiali e, nello specifico, che vietano gli atti di disposizione del corpo che potrebbero (comprometterne la funzionalità o) determinare una lesione della dignità e irripetibilità dell'essere umano, ad avviso di chi scrive, non dovrebbe ritenersi consentito all'utente poter negoziare quei dati digitali rappresentativi l'esclusività e l'unicità della persona umana⁵⁴. Non mancano però autorevoli posizioni che, proprio dalla circostanza che, in tema di trattamento dei dati personali, non si rinvergono disposizioni analoghe a quelle che, in tema di atti di disposizione di parti del corpo umano, espressamente vietano che gli stessi

possano costituire fonte di lucro, trarrebbero argomenti a sostegno della tesi secondo cui la monetizzazione dei dati personali non avrebbe nulla di disdicevole in sé nell'eventualità in cui fosse preceduta dall'acquisizione di un valido consenso, espressione di una «autodeterminazione informativa»⁵⁵.

La base della transazione “servizi contro dati” risulterebbe pur sempre il consenso, con la conseguenza che, almeno riguardo ai rapporti intrattenuti nei mercati digitali tra una *data company* e una persona fisica – la quale assume (quantomeno in Europa) sempre la qualificazione di consumatore⁵⁶ – il riferimento non potrebbe che essere, prioritariamente, il reg. UE 679/2016⁵⁷. L'art. 4, par. 2, n. 11 del GDPR, a questo proposito, definisce il consenso un atto giuridicamente vincolante soltanto se espressione di una manifestazione di volontà “libera”⁵⁸; tuttavia, può essere opportuno valutare se quella espressa rispetto ai c.d. *click wrap agreement*, o ancor prima l'“adesione ai termini di servizio o uso”, costituiscano una effettiva condivisione di pratiche, prassi e condizioni⁵⁹.

L'utente digitale, normalmente interessato a concludere l'operazione negoziale nel più breve tempo possibile, con un gesto ormai divenuto pressoché automatico, “spunta” l'adesione alle condizioni del servizio senza particolarmente curarsi del relativo contenuto, e non certo perché già di sua conoscenza, bensì perché consapevole del fatto che la mancata accettazione delle condizioni esposte (e unilateralmente predisposte) impedirebbe di proseguire la navigazione e, quindi, concludere l'operazione negoziale.

Il tempo di eventuale lettura, non a caso, è spesso inversamente proporzionale all'estensione di tali clausole, tanto che, nella letteratura nord-americana, si giunge a definire tale prassi come una vera e propria “umiliazione morale” della legge,

FRANCESCHI, *La vendita di beni con elementi digitali*, Napoli, 2019, 13 ss.

⁵² Nell'originaria Proposta di direttiva del 9 dicembre 2015, COM(2015)634 final 2015/0287 del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale, si faceva espresso riferimento, infatti, ai «contratti in cui il fornitore fornisce contenuto digitale al consumatore, o si impegna a farlo, e in cambio del quale il consumatore corrisponde un prezzo oppure fornisce attivamente una controprestazione non pecuniaria sotto forma di dati personali o di qualsiasi altro dato».

⁵³ Ampiamente C. CAMARDI, *op. cit.*, 505 ss., la quale, peraltro, non manca di rilevare (alla successiva p. 507), che «la definizione poi abbandonata aveva un duplice pregio, quello di fotografare senza veli la realtà dei modelli commerciali praticati dai fornitori di servizi digitali, e quello di configurare coraggiosamente e di conseguenza un contratto di scambio tra servizi e dati personali, nell'ambito dei quali gli uni sono controprestazione degli altri».

⁵⁴ Sull'affermazione anche in termini di principi generali immanenti alle democrazie mondiali delle tutele e dei diritti attinenti alla persona (e, nello specifico, alla libertà di autodeterminazione e al consenso informato) v. G. ALPA, *I principi generali. Una lettura giusrealistica*, in *Giust. civ.*, 2014, 962 ss., nell'ambito di un'ampia indagine sul ruolo dei principi nell'ordinamento interno e in quello comunitario e sulle plurime funzioni (ordinante, direttiva, nomofilattica, armonizzante, integrativa) degli stessi; nella giurisprudenza, in particolare, Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, 1, 1328. Sulla primazia dei valori e dei principi ancora G. VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 788 e N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 38 ss., ove si evidenzia, in particolare, come i valori «valgono in sé e per sé, non hanno bisogno di altre norme o di tramiti, ma si appoggiano soltanto a sé stessi».

⁵⁵ Così G. RESTA - V. ZENO ZENCOVICH, *op. cit.*, 430-433.

⁵⁶ V. ZENO ZENCOVICH, “Do “Data markets”, cit., 13.

⁵⁷ Nella stessa dir. UE 770/2019, all'art. 3, par. 8, in attuazione del considerando 37, si riconosce la preminenza delle regole del GDPR, disponendo che, «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».

⁵⁸ Da ultimo, riferimenti in I. RAPISARDA, *La privacy sanitaria*, cit., 200 ss.

⁵⁹ Tutto ciò non senza considerare come, ai sensi del successivo art. 6, alla morte dell'interessato, cesserebbe l'efficacia autorizzativa del consenso, difettando, in assenza di specifiche disposizioni sul punto, un'ideale base del trattamento dei dati dell'utente digitale deceduto; sul punto G. MARINO, *op. cit.*, 212. Sulla tutela *post mortem* dell'identità digitale, da ultimo, anche D.G. RUGGIERO, *op. cit.*, 210 ss.; in precedenza, già G. RESTA, *La “morte” digitale*, in *Dir. inform. inf.*, 2014, 899 ss.

nonché di un istituto cardine del diritto patrimoniale come l'accordo⁶⁰. In tale percorso di svalutazione, la digitalizzazione ha avuto un rilievo determinante. Anche soltanto in termini di costi, il cartaceo imponeva limiti naturali a termini di servizio ridonanti e prolissi; i contratti digitali, invece, sono “senza peso”, con la conseguenza che, nonostante la loro particolare “voluminosità”, possono essere proposti al cliente e archiviati senza particolari costi supplementari.

In questo contesto – e una solida conferma la si rinviene all'art. 7, 4° co., del GDPR – non può certo ritenersi libera (e informata) la concessione del consenso all'utilizzo dei dati personali, ogni qualvolta richiesti, attraverso l'obbligatoria creazione di un *account* e registrazione a siti e piattaforme digitali, per la fruizione di servizi digitali. La stessa dottrina sopra richiamata, tra l'altro, in altra sede già osservava come i dati personali non possano essere trattati come merci e un consenso «remunerato» sarebbe, per definizione, «non libero»⁶¹.

La prospettazione dello schema “servizi contro dati” nei termini di una compiuta dinamica contrattuale, peraltro, contrasterebbe con la stessa previsione dell'art. 7 del GDPR che dispone la revocabilità del consenso al trattamento dei dati personali “in qualsiasi momento”, atteso che l'esercizio del diritto di revoca all'uso dei dati, nell'economia del rapporto contrattuale, determinerebbe un effetto simile a quello di un recesso unilaterale, di certo, non sempre consentito in ambito contrattuale⁶². Potrebbe avanzarsi l'idea che, essendo coinvolte sfere di intangibilità della persona umana, il noto principio *pacta sunt servanda* che governa la materia contrattuale incontrerebbe una significativa deroga, ma la stessa valorizzazione di tale eccezione non avrebbe l'effetto di confermare la validità della regola, piuttosto risulterebbe un significativo argomento

per confutarla⁶³. Pur risultando ammissibile, nell'ottica di un bilanciamento tra valori, al passo con il mutare delle dinamiche sociali, una limitata negoziabilità di diritti della personalità, ciò non appare possibile nel caso in cui siano coinvolti valori intrinseci, non rinunziabili, della persona umana e attinenti, come nel caso di interesse, alla rappresentazione della persona «nella vita di relazione, con la sua vera identità, così come questa nella realtà sociale»⁶⁴, aggiungeremmo oggi, a prescindere se concretizzatasi in uno spazio fisico o virtuale.

L'equiparazione dello schema “servizi contro dati” a quello “servizi contro prezzo”, peraltro, imporrebbe di riconsiderare le stesse modalità di fruizione e accesso ai servizi digitali da parte degli utenti; laddove si intendesse instaurata una vera e propria relazione contrattuale, in osservanza dei precisi obblighi di buona fede e correttezza gravanti sulle parti contrattuali, anche l'utente non potrebbe che ritenersi soggetto all'obbligo di veridicità e, nello specifico, di esattezza dei dati personali trasmessi⁶⁵.

Il mercato digitale, tuttavia, determina una radicale trasformazione della *commercial exploitation* della personalità individuale. L'identità virtuale è un'estensione della persona umana sebbene non possa ritenersi *sic et simpliciter* la sua proiezione nello spazio digitale; associata a un indirizzo mail o a un *nickname*, potrebbe non avere immediata corrispondenza con l'identità reale

⁶³ Sull'articolata relazione tra regole e principi, di recente, G. VETTORI, *La funzione del diritto privato in Europa*, in *Persona e mercato*, 2018, 149 ss.; ID., *Regole e principi. Un decalogo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 124 ss.; in precedenza, per tutti, L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, 2001, ora in ID., *Scritti, Metodo e teoria giuridica*, Milano, I, 2011, 47; ID., *I Principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *I principi generali del diritto*, Roma, 1992, 317 ss.

⁶⁴ Così Cass., 22 giugno 1985, n. 3769, cit., sul noto “caso Veronesi”; per un approfondimento in merito G. PINO, *L'identità personale*, in AA.VV., *Gli interessi protetti nella responsabilità civile*, II, Torino, 2005, 367 ss. Per un equilibrato bilanciamento tra diritti e libertà fondamentali – nel caso di specie, tra la dignità della persona umana e la libertà di prestazione di servizi e la circolazione delle merci – e l'affermazione, proprio per il tramite di un prudente richiamo ai principi generali, della primazia dei diritti della personalità, costituiscono un valido punto di riferimento le argomentazioni di Corte giust., 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*, in *Corr. giur.*, 2005, 486 ss., con nota di R. CONTI, *La dignità umana dinanzi alla Corte di Giustizia* e di E. PELLECCIA, *Il caso Omega: la dignità umana e il delicato rapporto tra diritti fondamentali e libertà (economiche) fondamentali nel diritto comunitario*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 181 ss.

⁶⁵ In questa direzione non si sottovaluti la previsione nelle condizioni generali di Facebook o Amazon dell'obbligo per l'utente di fornire dati anagrafici esatti e aggiornati, nonché di comunicare tempestivamente ogni eventuale variazione.

⁶⁰ M.J. RADIN, *Boilerplate: The fine print. Vanishing right, and the Rule of Law*, Princeton, Princeton University Press, 2012, 16 ss.

⁶¹ G. RESTA, voce *Doni non patrimoniali*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, 510 ss.

Sul punto adesso cfr. il considerando 24 dir. UE 770/2019, il quale, esplicitamente, declama che «la protezione dei dati personali è un diritto fondamentale e che tali dati non possono dunque essere considerati una merce».

⁶² P. PERLINGIERI, *Privacy digitale e protezione dei dati personali tra persona e mercato*, in *Foro nap.*, 2018, 484; G. RESTA, *Autonomia privata*, cit., 123; più di recente G. VERSACI, *op. cit.*, 182 ss. In termini generali sulla revoca del consenso al trattamento dei dati G. RESTA, *Revoca del consenso e interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 327-333.



dell'utente in ragione di informazioni non veritiere o frutto di fantasia inserite dallo stesso e un'ulteriore conferma di tale indicazione si ricava dal fatto che l'identità digitale potrebbe persino "sopravvivere" alla persona fisica rappresentata, atteso che, alla morte del soggetto, non è dato registrare un'automatica scomparsa dell'utenza virtuale dall'infosfera⁶⁶.

Un modello economico *data driven* prescinde dalla reale identità del soggetto, risultando interessato più alla sua "immagine ombra", ricostruita attraverso la moltitudine di dati digitali raccolti, il cui relativo valore, infatti, non è dato dalla esclusività della persona, magari selezionata per la sua particolare notorietà, ma dall'abbondanza degli stessi e dalla capacità di poterli affinare tramite l'analisi statistica e le predizioni algoritmiche⁶⁷.

Nelle logiche dell'economia digitale, evidentemente non sempre sorrette da sano antropocentrismo, si assiste a una vera e propria «dittatura dell'algoritmo»⁶⁸, emblema della società della spersonalizzazione, in cui l'utente assume rilievo, difatti, non per il valore intrinseco e irripetibile della persona umana, quanto piuttosto per l'indistinta capacità di trasferire dati ed esperienze – beni non rivali –, quali fonti

inesauribili di informazioni riutilizzabili e, dunque, continuamente monetizzabili⁶⁹.

In una sorta di un nuovo "umanesimo digitale", allora, occorre identificare le condizioni etiche per uno sviluppo delle nuove tecnologie che valorizzi e non rinunci ai tratti caratterizzanti della nostra umanità, nella consapevolezza che è l'uomo a creare (e, dunque, a governare) la tecnologia e non il contrario⁷⁰. Ogni mercato, secondo le proprie logiche di profitto, è votato a invadere ambiti di esclusiva pertinenza di utenti e fruitori, ma anche al cospetto di nuove tecnologie che puntano con decisione a proiettare l'uomo in una dimensione ulteriore e virtuale (pronta persino a propagarsi nel metaverso)⁷¹ – al punto da registrare, come detto, l'ambizione dei capitalisti della sorveglianza a uno spazio digitale senza regole⁷² –, il diritto non può abdicare alla propria funzione ordinante e regolatrice⁷³.

Le peculiari caratteristiche e l'effettiva assenza di confini del mercato digitale senz'altro rendono evidente la scarsa adattabilità delle norme statuali, ma in alcun modo potrebbero giustificare la rappresentazione di tale spazio nei termini di una zona franca in cui dovrebbe persino tollerarsi – quasi nei termini di una "inevitabile" conseguenza – una riduzione delle tutele normalmente assicurate, in un contesto analogico, a qualsiasi relazione interindividuale (sia essa il frutto dell'esercizio dell'autonomia privata personale o patrimoniale)⁷⁴, dovendosi ritenere la stessa, prima di tutto, soggetta al governo di quelle categorie e alla carica assiologica di quei principi comuni alle democrazie

⁶⁶ Tale discrasia, piuttosto, impone al diritto di prendere posizione anche in ordine alla successione nei diritti esercitabili nello spazio digitale e, quindi, circa la pretesa di eredi, familiari, fiduciari, terzi a tutela di interessi propri, di protezione della memoria del *de cuius*, dell'onore e della reputazione della famiglia; cfr. sul punto la novella al Codice *privacy*, mediante l'introduzione dell'art. 2-terdecies, il quale, tra l'altro, consentendo al *de cuius* di vietare altresì l'esercizio ("soltanto di alcuni") dei diritti di terzi all'accesso ai propri dati personali, implicitamente ne ammette la sopravvivenza dopo la morte della persona alla quale si riferiscono. Sul punto, però, cfr. Trib. Roma, ord., 10 febbraio 2022, n. 2688; Trib. Bologna, ord., 25 novembre 2021; Trib. Milano, ord., 9 febbraio 2021, tutte in *OneLegale*, con cui, sostanzialmente, si è affermata la prevalenza delle "ragioni familiari meritevoli di protezione" di cui al menzionato art. 2-terdecies su eventuali clausole di intrasmissibilità dei diritti sui contenuti digitali stipulata dall'*internet service provider* con l'utente poi defunto, al momento di adesione alle condizioni generali di utilizzo dei servizi digitali. In dottrina, sulla trasmissibilità *mortis causa* dei contratti di prestazione di servizi digitali e dei diritti su contenuti digitali v., di recente, l'ampia indagine di G. MARINO, *op. cit.*, 34 ss.; già G. RESTA, *La "morte" digitale*, cit., 904 ss.

Sul distinto problema della c.d. navigazione in incognito e sulla correlata possibilità di non essere identificati con la propria identità reale nello spazio digitale, F. DI CIOMMO, *Internet e crisi del diritto privato: tra globalizzazione, dematerializzazione e anonimato virtuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 117 ss.

⁶⁷ G. MARINO, *op. cit.*, 31 ss.

⁶⁸ S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Bari, 2014, 37.

⁶⁹ Sul punto v. l'indagine sociologica di E. MOROZOV, *Silicon Valley: i signori del silicio*, trad. a cura di F. Chiusi - T. Albanese, Torino, 2017, 21, il quale, senza mezzi termini, descrive le piattaforme come parassiti, che si nutrono delle relazioni sociali ed economiche esistenti e al cui strapotere urge porre rimedio.

⁷⁰ Sul punto v. l'indagine sociologica di D. CARDON, *Che cosa sognano gli algoritmi. Le nostre vite al tempo dei big data*, tra. it. a cura di C. De Carolis, Milano, 2016, 1, secondo il quale l'algoritmo «organizza gerarchicamente l'informazione, indovina ciò che ci interessa, seleziona i beni che preferiamo e si sforza di sostituirci in numerosi compiti. Siamo noi a fabbricare questi calcolatori, ma in cambio loro ci costruiscono».

⁷¹ Per un primo inquadramento dei diritti degli utenti nel metaverso v. F. SARZANA DI SANT'IPPOLITO, *Il diritto del metaverso. NFT, Defi, Gamefi e Privacy*, Torino, 2022.

⁷² Sull'invocata *net-neutrality* da parte dei *tech giants* si rinvia alle indicazioni bibliografiche fornite alla nota 16.

⁷³ Sulla funzione ordinante del diritto G. VETTORI, *Regole e principi*, cit., 124 ss. e, nello specifico, dei principi v. G. ALPA, *I principi generali*, cit., 961; G. OPPO, *Principi*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da V. Buonocore, sez. I, t. 1, Torino, 2001, 12 ss.

⁷⁴ Per un approfondimento sulle distinte forme di articolazione dell'autonomia privata, di recente, G. DI ROSA, *Il contratto. Appunti di parte generale*, Torino, 2021, 8 ss.



mondiali e che assistono il giurista nella comprensione e nella decodificazione dei fenomeni sociali⁷⁵.

⁷⁵ Principi e valori universali a cui, in ogni caso, è assicurata una tutela multilivello, guidando, ovviamente, anche le scelte legislative di fondo degli ordinamenti continentali; alle disposizioni in merito della Carta costituzionale (segnatamente, gli artt. 1-12 e 41 Cost.) e della Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo, adottata dalle Nazioni Unite il 10 dicembre del 1948, si aggiungano, ad esempio, quelle contenute nella Carta dei diritti fondamentali dell’UE (2000/C 364/01, ma in vigore dal 1° dicembre 2009 con il Trattato di Lisbona) o già nella Convenzione di Oviedo per la protezione dei diritti dell’uomo nell’applicazione della biomedicina, la quale, con un omnicomprensivo riferimento alla scienza, all’art 1, indica quale sua finalità la protezione dell’essere umano «nella sua dignità e nella sua identità». Per tutti, G. ALPA, *I principi generali*, cit., 957 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, 416 ss.

L'ENFORCEMENT “PRIVATO” NEI MERCATI FINANZIARI: LA “NUOVA” AZIONE DI CLASSE A TUTELA DEGLI INVESTITORI NEL PRISMA DELLA FATTISPECIE SOCIETARIA

| 538

Di Attilio Altieri

SOMMARIO: 1. *Ambito di tutela della nuova normativa.* - 2. *Legittimazione attiva.* - 3. *Legittimazione passiva della società.* - 3.1. *Un differente criterio di imputazione: il modello della 231/2001.* - 4. *Conclusioni.*

ABSTRACT. Il saggio affronta il tema dell'enforcement privato nei mercati finanziari rappresentato dalla class action di recente modificata e da poco entrata in vigore. In particolare, si ricostruisce il rapporto tra lo strumento processuale e la fattispecie societaria attraverso l'individuazione dei legittimati attivi e passivi, tentando di annoverare tra questi ultimi l'ente societario, soprattutto in ipotesi di comunicazioni sociali inesatte, incomplete e comunque false, dove l'operato degli amministratori rappresenta il tramite per una forma di responsabilità che vada oltre il mero rapporto sociale. Inoltre, sulla scorta della circolazione dei modelli in tema di cumulo di responsabilità, si cerca di individuare un'alternativa dell'attribuzione della responsabilità in capo alla società rispetto alla responsabilità civile, invocando il meccanismo di imputazione elaborato dalla 231/2001.

The essay addresses the issue of private enforcement in financial markets represented by the recently amended class action. In particular, the relationship between the litigation proceedings and the corporate case is reconstructed through the identification of plaintiff and defendant role, by attempting to include the company among the latter, especially in case of false accounting or false reporting, where the directors' deeds represent the means for a form of liability that goes beyond the sole corporate relationship. Furthermore, on the basis of the circulation of models on the subject of combined liability, an attempt is made to identify an alternative of placing liability to the company as opposed to civil liability, invoking the attribution mechanism developed by 231/2001 Act.



1. Ambito di tutela della nuova normativa

La fattispecie societaria, data la sua particolare connotazione come modello di organizzazione per l'esercizio e il finanziamento precipuamente collettivo dell'impresa, consente di assegnare ai rapporti societari un ruolo rappresentativo nell'operatività di tecniche e forme di tutela "collettiva": da questo punto di vista, risulta emblematica l'azione di impugnativa delle deliberazioni, sia dell'assemblea che del consiglio di amministrazione, dove la tutela delle posizioni soggettive vantate dal singolo nell'organizzazione e intaccate dalla deliberazione invalida, anche se individualmente attivata, finisce per riverberare i suoi effetti protettivi pure nei confronti di posizioni altrui; o, ancora, il risarcimento funzionale al ristoro del pregiudizio dei soci per il valore della partecipazione sociale in seguito alla commissione di illeciti di carattere gestorio da parte degli amministratori¹.

In questi casi, come noto, il ristoro avviene tramite l'azionabilità dell'art. 2393 c.c. e, quindi, tramite l'azione sociale di responsabilità, dove l'esclusiva legittimazione della società è paragonabile, *mutatis mutandis*, ad una sorta di legittimazione riassuntiva della collettività dei soci: la società assolverebbe, per così dire, al ruolo di soggetto rappresentante della classe (ovvero i soci), tutti potenzialmente e ipoteticamente ristorati dal pregiudizio patito di un diritto "omogeneo" (o, almeno, di contenuto omogeneo), consistente nella conservazione del valore e della redditività della partecipazione².

Fin qui, però, si individuano forme di protezione e di tutela di interessi dei soci la cui rilevanza riposa sul piano dei rapporti interni all'organizzazione: il problema, invece, rivela una sua stimolante provocazione nel verificare se siano oggi configurabili spazi per attivare rimedi risarcitori collettivi ex art. 840-bis e ss. c.p.c.³ al fine di

assicurare tutela ad interessi (e diritti) omogenei vantati dai "soci", ma che in definitiva coinvolgono interessi di cui questi sono portatori antesignani rispetto all'organizzazione (ovvero, di interessi la cui rilevanza si coglie sul piano piuttosto dell'*Individualrecht* che non del *Sozialrecht*)⁴. In

ricostruzione della tutela civilistica, in *Danno e resp.*, 2019, 3, 312 ss.; R. PARDOLESI, *La classe in azione. Finalmente. Danno e resp.*, 2019, 3, 301 ss.; ID., *Inadempimento contrattuale, danno non patrimoniale, azione di classe: note minime su disvalore, disappunto, irrisorietà e altro ancora*, in *Danno e responsabilità*, 2020, 1, 95 ss.; G. PONZANELLI, *La nuova class action*, in *Danno e resp.*, 2019, 3, 306 ss.; R. LENER, *L'introduzione della class action nell'ordinamento italiano del mercato finanziario*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 269 ss.; G. PARISI, *New Scenarios for the Italian Class Action*, in *Roma Tre Law Review*, 2020, 1, 173 ss.; A. CARRATTA (a cura di), *La class action riformata*, in *Giur. it.*, 2019, 10, 2297 ss.; A. GIUSSANI, *La riforma dell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 6, 1572 ss.; C. CONSOLO, *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 2, 714 ss.; E. DALMOTTO, *Profili della tutela individuale dei consumatori e della riforma di quella collettiva*, in *Giur. it.*, 2021, 1, 226 ss.; E. FERRANTE, *Class action bancaria e forma delle adesioni tra vecchia e nuova disciplina*, in *Giur. it.*, 2020, 3, 535 ss.; F. DE DOMINICIS, *Ciò che non fa la legge, lo fa il giudice, se capace: azione di classe e previsione*, in *GiustiziaCivile.com*, 11 aprile 2018; F. TEDIOLI, *Tra nuove regole e vecchi problemi la class action trova collocazione nel codice di procedura civile*, in *Studium iuris*, 2019, 12, 1413 ss.; M. ASTONE, *Azione di classe e tutela del consumatore: dall'art. 140 bis cod. cons. all'art. 840 bis c.p.c.*, in questa rivista, 2021, 1, 110 ss.

Per la precedente versione della *class action*, cfr. C. CONSOLO, B. ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons. Lineamenti processuali*, Padova, 2012; E. FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano. Profili sostanziali*, Padova, 2012; P.F. GIUGGIOLI, *Class action e azione di gruppo*, Padova, 2006; AA. VV., *Convegno Class action - Quali diritti per il consumatore, quali difese per le imprese - 15 aprile 2010 - Milano*, in *Dir. economia assicur.*, 2010, 4, 1109 ss.; G. COSTANTINO, *L'azione di classe ai sensi dell'art. 140-bis del Codice del consumo. La sentenza di accoglimento. Il giudizio preventivo di ammissibilità*, in *Dir. economia assicuraz.*, 2010, 4, 1130 ss.; ID., *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 388 ss.; ID., *La tutela collettiva: un tentativo di proposta ragionevole*, in *Foro it.*, 2007, V, c. 140 ss.; ID., *Note sulle tecniche di tutela collettiva (disegni di legge sulla tutela del risparmio e dei risparmiatori)*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 4, 1009 ss.; ID., *Prime pronunce e qualche punto fermo sull'azione risarcitoria di classe*, in *Corr. giur.*, 2010, 8, 985 ss.; M. RESCIGNO, *L'introduzione della class action nell'ordinamento italiano. Profili generali*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 407 ss.; R. LENER, *Le class actions scomparse*, in *AGE*, 2006, 129 ss.; T. FEBBRAJO, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli, 2012; M.A. LUPOLI, *Fumata nera per la prima class action all'italiana*, in *Giur. comm.*, 2012, II, 315 ss.; P. PORRECA, *Ambito soggettivo e oggettivo dell'azione di classe, in Europa e dir. priv.*, 2010, 2, 541 ss.; P. SCHLESINGER, *La nuova 'azione di classe'*, in *Corr. giur.*, 2011, 4, 543 ss.; R. CAPONI, *Il nuovo volto della class action*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 383 ss.; ID., *La class action in materia di tutela del consumatore in Italia*, in *Foro it.*, 2008, V, c. 281 ss.

⁴ C. ANGELICI, *Società per azioni*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 975 ss.; V.C. CASTALDO, *Il danno non patrimoniale nell'azione di classe: il quantum sul letto di procuste*, in *Corr. giur.*, 2020, 7, 952 ss.

¹ G. ROSSI, *I mercati dell'investimento fra diritto ed economia*, in *Riv. soc.*, 1991, 4, 963 ss.

² I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, 505 ss.; cfr. anche C. PETRILLO, *La tutela degli interessi collettivi e dei diritti individuali omogenei nel processo societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1, 135 ss.

³ Senza alcuna pretesa di esaustività, v., per la nuova azione di classe, B. SASSANI (a cura di), *Class action. Commentario sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, Pisa, 2019; E. DALMOTTO (a cura di), *Profili della tutela individuale dei consumatori e della riforma di quella collettiva*, in *Giur. it.*, 2021, 1, 226 ss.; I. SPEZIALE, *La nuova azione di classe: riflessioni critiche sulla riforma*, in *Corr. giur.*, 2020, 7, 963 ss.; M. FRANZONI, *Azione di classe, profili sostanziali*, in *Danno e resp.*, 2019, 3, 309 ss.; P.G. MONATERI, *La riforma italiana della class action tra norme speciali processuali e*



questo contesto, il riferimento insiste non tanto sul rapporto societario e sul suo svolgimento, quanto sulla rilevanza comunque societaria della vicenda che è alla base della lesione di interessi e diritti individuali e che si atteggiava come diritti e interessi omogenei.

Descritto in questi termini, il problema muove dalla possibilità di ricorrere al rimedio risarcitorio collettivo in ipotesi di danni seriali conseguenti alla decisione di procedere all'investimento azionario sulla base di comunicazioni societarie non corrette (ci si riferisce alle azioni di responsabilità che si riconducono al paradigma dell'art. 2395 c.c., ma in cui i soci, in definitiva, rilevano quali soggetti danneggiati, non in quanto "soci" ma in quanto "terzi", e dove il rapporto societario rappresenta solo l'occasione dell'illecito, che si materializza in dipendenza di comportamenti assunti dagli amministratori nell'esercizio delle loro funzioni)⁵. O, ancora e più in generale, il problema muta nell'ammissibilità di un esercizio collettivo delle pretese risarcitorie nelle ipotesi di danni legati alla scelta di procedere, sulla base di comunicazioni sociali⁶ inesatte, incomplete e comunque false⁷, alla sottoscrizione di strumenti finanziari diversi dalle azioni ma pur sempre "societari" (si pensi al danno, dipendente da una scelta non consapevole di investimento, sofferto da obbligazionisti o possessori di altri strumenti finanziari emessi dalla società): in altre parole, si può insistere sull'applicabilità o meno dell'azione di classe rispetto alle operazioni del mercato finanziario⁸, osservandole sotto l'egida delle operazioni di massa, dove la scelta incide, appunto, sull'investimento o il disinvestimento⁹.

⁵ Sulla contrapposizione tra profili interni (nei confronti della società) ed esterni (verso gli investitori) della responsabilità ex art. 2395 c.c., v. C. ANGELICI, *Su mercato finanziario, amministratori e responsabilità*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, 1, 54 ss.

⁶ C. MOSCA, *Comunicazione selettiva dagli amministratori agli azionisti e presidi a tutela del mercato*, in *Riv. soc.*, 2018, I, 29 ss.

⁷ M. COLANGELO, M. MAGGIOLINO, *La manipolazione dell'informazione come illecito antitrust*, in *Riv. comm.*, 2019, 1, 159 ss.; S. BARONE, *La sezione impresa del Tribunale di Milano sulla quantificazione del danno da disinformazione al mercato*, nota a Trib. Milano, sez. impr., 15 febbraio 2021, in *Riv. dir. comm.*, 2022, 2, 297 ss.

⁸ G. GUIZZI, *Rapporti societari, mercato finanziario e tutela collettiva. Esercizio interpretativo sull'ambito di operatività dell'azione risarcitoria collettiva ex art. 140-bis d.lgs. 206/2005*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, 7-9, 797 ss.

⁹ Per il rapporto fra serialità, titoli di massa e posizioni giuridiche, il riferimento d'obbligo è a B. LIBONATI, *I nuovi strumenti finanziari partecipativi*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, 1-3, 1 ss.; ID., *Titoli di credito e strumenti finanziari*, Milano, 1999; ID., *I titoli di credito nominativi*, Milano, 1965; ma v. anche G.

In astratto, l'art. 840-bis, introducendo espressamente la locuzione "diritti individuali omogenei", ovvero la somma di quei diritti soggettivi di cui l'individuo possa dirsi titolare in via esclusiva e che ricevono una tutela privilegiata attraverso lo strumento dell'azione di classe risarcitoria¹⁰, consente di creare uno spazio per i casi di lesione del diritto all'informazione (danno da inesatta, carente o decettiva informazione) a poter scegliere consapevolmente tra le diverse alternative che si offrono in ordine alla possibilità di investire il proprio risparmio, quando la lesione è attribuibile ad una condotta dell'impresa societaria che offre il prodotto finanziario attraverso l'appello al risparmio diffuso¹¹. Inoltre, proprio l'impresa societaria quotata consente di essere il luogo ideale per la proliferazione di quel conflitto tra una pluralità di interessati e un'unica parte: la *class action*, d'altra parte, riguarda vicende che si ritengono dannose non già per un singolo, ma per una classe di individui¹².

Poiché l'azione di classe non ha ad oggetto i diritti seriali, ma piuttosto – con l'eccezione del giudizio instaurato dall'ente (art. 840-sexies, 1° co., lett. a) – il diritto al risarcimento del danno derivato dalla loro violazione (il diritto seriale viene in gioco piuttosto come rapporto pregiudiziale)¹³, occorre domandarsi se l'ipotesi di danni seriali conseguenti alla decisione di procedere all'investimento azionario sulla base di comunicazioni societarie non corrette rientri nell'ambito di tutela della nuova azione di classe¹⁴.

Prendendo a titolo esemplificativo il tema delle false comunicazioni sociali (come il falso in

FERRI jr, *Fattispecie societaria e strumenti finanziari*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 11-12, 805 ss.

¹⁰ G. CONTE, *I diritti individuali omogenei nella disciplina dell'azione di classe*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 5, 609 ss.; A. GIUSSANI, *Diritti omogenei e omogeneizzati nell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 1, 356 ss.; E. STRACQUALURSI, *Azione di classe: analisi della prospettiva della Corte di Cassazione in tema di omogeneità*, in *GiustiziaCivile.com*, 23 gennaio 2020.

¹¹ Per le implicazioni che si vedranno *infra* sul ruolo della società come legittimata passiva, in particolare per il falso in prospetto, v. G. FERRARINI, *Sollecitazione del risparmio e quotazione in borsa*, in *Trattato delle Società per Azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. X.2, Torino, 1993, 3 ss.; G. FERRARINI, *La responsabilità da prospetto. Informazione societaria e tutela degli investitori*, Milano, 1986, 141 ss.

¹² Così A. PALMIERI, *La tutela collettiva dei consumatori*, Torino, 2011, 85.

¹³ I. PAGNI, *L'azione inibitoria collettiva*, in A. CARRATTA (a cura di), *La class action riformata*, in *Giur. it.*, 2019, 10, p. 2329 ss.

¹⁴ A. PALMIERI, *La class action da danno finanziario*, in *Danno e responsabilità*, 2009, 4, 377 ss.; C. CAVALLINI, *Azione collettiva risarcitoria e controversie finanziarie*, in *Riv. soc.*, 2010, 5, 1115 ss.





bilancio o il falso in prospetto), ci si accorge nuovamente che l'aprioristica considerazione transita dalla caratterizzazione di massa dell'operazione, dove la lesione può intaccare la scelta relativa all'investimento o al disinvestimento, soprattutto se si considerano i mercati finanziari: in questa prospettiva, l'individuazione dei diritti individuali omogenei da parte dei soci investitori presenta dei caratteri del tutto affini rispetto al tema della lesione dei consumatori.

Inoltre, non è un caso se proprio la *class action* possa essere annoverata tra gli strumenti di *enforcement* nei mercati finanziari, dove, al fianco dell'attore pubblico (la Consob e le Procure della Repubblica), si materializzi questo strumento a mo' di attore privato, spesso invocato per tentare di risolvere la crisi dell'impresa e dei mercati finanziari stessi¹⁵.

2. Legittimazione attiva.

Con la prima introduzione nel nostro ordinamento dell'azione di classe all'interno del codice dei consumatori, si poneva un problema pregiudiziale di legittimazione attiva, data la non coincidenza concettuale, almeno *prima facie*, tra consumatori e soci(-risparmiatori)¹⁶: infatti, si profilava una questione di confine tra i diritti omogenei la cui titolarità era in capo ai soli "consumatori" (e che venivano lesi da una condotta riconducibile ad una "impresa") e tra i diritti isomorfi vantati da coloro che ponevano in essere operazioni di "acquisto di prodotti finanziari". In altri termini, il tema si collocava sotto il profilo socio-economico, data la distanza ideologica tra operazione di consumo e la destinazione del risparmio ad un investimento in vista di una redditività finanziaria (che, d'altra parte, soggiace ad un autonomo statuto normativo)¹⁷.

In realtà, sebbene sul profilato piano socio-economico è arcinoto come il consumatore si contrapponga al risparmiatore, per la semplice circostanza che se il primo "consuma" la ricchezza,

il secondo la accantona sottraendola al consumo¹⁸, da una prospettiva giuridico-normativa, il consumatore viene identificato non in base al suo essere o agire, bensì viene qualificato in base al non compiere una data operazione professionalmente. Tale più che consolidata considerazione sposta la dicotomia, allora, dal mero governo dei processi di consumo sul crinale delle relazioni di mercato, dove la qualificazione di consumatore risulta funzionale ad una particolare disciplina che contrappone il consumatore stesso a chi svolge un'attività professionale, quindi come quel soggetto del mercato diverso rispetto all'impresa¹⁹.

Quindi, se già prima era possibile concedere, almeno in termini astratti, l'applicazione dell'azione di classe nei casi di lesione di quel diritto all'informazione a poter scegliere consapevolmente tra le diverse soluzioni che si offrono in ordine alla possibilità di investire il proprio risparmio, ogniquale volta la lesione di quel diritto fosse ascrivibile ad una condotta dell'impresa societaria (che offriva il prodotto finanziario tramite l'appello al risparmio diffuso)²⁰, oggi, con la nuova collocazione topografica all'interno del codice di rito, è possibile riconoscere, senza margini di incertezza, anche ai soci-risparmiatori la legittimazione attiva alla *class action*. Infatti, dato che la tutela collettiva è stata "deconsumerizzata"²¹,

¹⁸ Per tutti, T. ASCARELLI, *Ordinamento giuridico e processo economico*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, 37 ss.; ID, *Norma giuridica e realtà sociale*, ivi, 67 ss.

¹⁹ Il riferimento è a N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, 4^a ed., Roma-Bari, 2003, *passim*. Invero, una impostazione del genere giustifica la scelta di riconoscere al consumatore una serie di prerogative e diritti anche di carattere informativo, il cui obiettivo è volto a ridurre l'asimmetria negoziale al fine consentire la possibilità, in capo allo stesso, di compiere scelte consapevoli. Ma già ID., *Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 2, 185 ss.

²⁰ In questi termini, G. GUIZZI, *Rapporti societari, mercato finanziario e tutela collettiva*, cit., p. 804, il quale afferma: «se (i) il "consumatore" altri non è che, il soggetto del mercato diverso dall'"impresa" [...] se, ancora, (ii) il d. lgs. 206/2005 deve essere concepito come fonte di produzione di norme che concorrono a definire quello "statuto normativo" in cui giuridicamente il concetto di mercato si risolve, e se, quindi, (iii) il rimedio collettivo ora ivi regolato è da intendere come "strumento di mercato", funzionale a permettere un esercizio aggregato di pretese risarcitorie di una massa anonima di soggetti traenti titolo dalla lesione, attraverso un'unica condotta (o da più identiche condotte), di posizioni soggettive e di diritti d'identico contenuto riconosciuti, a tutti e ciascuno, appunto nella veste di soggetti che accedono al mercato e contrapposti a quelli che vi operano professionalmente; se si accettano tutte e tre le premesse così enunciate mi sembra difficile negare che questo strumento sia applicabile di fronte al classico tipo di problema che emerge in quel particolare "contesto" rappresentato dal mercato finanziario».

²¹ Così A. CARRATTA, *I nuovi procedimenti collettivi: considerazioni a prima lettura*, in A. CARRATTA (a cura di), *La class action riformata*, in *Giur. it.*, 2019, 10, 2297 ss., il quale, a

¹⁵ V. la *Prefazione* di G. ROSSI alla monografia di P. STELLA, *L'enforcement nei mercati finanziari*, Milano, 2008, VII ss.

¹⁶ G. GHIDINI, C. CERASANI, *Consumatore (tutela del)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento V, 2001, 265 ss.; A. NICOLUSSI, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, 4, 901 ss.

¹⁷ G. FERRI jr, *Investimento e conferimento*, Milano, 2001, 37 ss., per la ricostruzione dell'investimento nella sua veste di operazione giuridica.

l'azione è divenuta uno strumento processuale tendenzialmente generale ed esperibile da chiunque²².

3. Legittimazione passiva della società.

Occorre ora risolvere un problema ben più spinoso che si pone allorché si tenta di comprendere se sia possibile configurare, nella forma aggregata stabilita dall'840-bis e ss. c.p.c., le azioni risarcitorie il cui titolo consista nella commissione di diritti individuali di contenuto omogeneo determinatisi in rapporto a condotte qualificabili come illeciti e commesse in occasione dello svolgimento del rapporto societario o in connessione con una vicenda a rilevanza sempre societaria²³.

Intuitivamente, il riferimento paradigmatico si riverbera sull'art. 2395 c.c., dove, come noto, la legittimazione passiva²⁴ è (o dovrebbe essere

p. 2298, afferma che «La conseguenza dell'inserimento nel codice dell'intera disciplina è che si allarga decisamente l'ambito applicativo della tutela collettiva, la quale da strumento di tutela dei consumatori e utenti assume la connotazione di strumento processuale di tutela dei diritti individuali aggiuntivo rispetto all'ordinaria tutela giurisdizionale. E questo tutte le volte che si abbia a che fare con "diritti individuali omogenei" lesi dalla condotta plurioffensiva del convenuto (art. 840 bis) o con l'"interesse alla pronuncia di una inibitoria di atti o comportamenti, posti in essere in pregiudizio di una pluralità di individui o enti" (art. 840 sexiesdecies)».

²² P. PARDOLESI, R. PARDOLESI, *La (azione di) classe non è acqua*, in *Foro it.*, 2019, V, c. 325 ss.; B. SASSANI, *Il difficile cammino dell'azione di classe risarcitoria*, in *Foro it.*, 2022, V, c. 239 ss.; da ultimo, A. BASTIANELLI, *Nuova "class action" all'italiana: i lavoratori troveranno l'America?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 2, 677 ss., per una applicazione al settore giuslavoristico. Cfr. anche L. CAPUTO, M. CAPUTO, *La nuova class action (l. 12 aprile 2019, n. 31): in vigore dal 19 aprile 2020: l'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo; il procedimento: fase introduttiva e fase deliberativa dell'ammissibilità; la procedura di adesione all'azione di classe; il regime delle spese e delle impugnazioni; l'esecuzione forzata collettiva; l'azione inibitoria collettiva*, Milano, 2019, 16, per i quali tra i destinatari della nuova azione rientrerebbero anche i professionisti e gli imprenditori, con la conseguenza che la nuova class action possa essere esperita da un'impresa contro un'altra impresa.

²³ Tale specificazione, a ben vedere, appare necessaria per distinguere il profilo oggetto d'esame dai danni seriali che sono conseguenza di violazione di doveri di comportamento in capo all'intermediario finanziario nell'esecuzione dei servizi di investimento nei riguardi della clientela. Sul tema, da ultimo, I. PAGNI, *L'atipicità delle azioni tra interessi rilevanti e diritto ad un rimedio effettivo: considerazioni a margine del brocardo ubi ius, ibi remedium (e un cenno alle nuove azioni collettive)*, in *Judicium*, 13 gennaio 2022, *passim*.

²⁴ Ove per legittimazione passiva, stando agli insegnamenti della dottrina processualistica, si intende la titolarità dal lato passivo del rapporto giuridico sostanziale dedotto in giudizio. Come noto, per legittimazione "in senso tecnico" dovrebbe

naturalmente) degli amministratori e non della società²⁵: ma se la fattispecie emergente risulta essere riconducibile al paradigma dell'illecito commesso dagli amministratori nel corso del loro ufficio e se il danno risarcibile si configura solo con quello verificatosi direttamente (ed unicamente) nei confronti del patrimonio del socio, appare necessario "coinvolgere" l'ente societario, dato che il terzo comma, prima parte, dell'art. 840-bis espressamente statuisce che "L'azione di classe può essere esperita nei confronti di imprese ovvero nei confronti di enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività". Il quesito circa i rapporti tra amministratori e società in materia di legittimazione passiva per l'azione ex 2395²⁶ ha trovato in tempi recenti un terreno fertile non solo in una serie di arresti giurisprudenziali, ma anche nelle dinamiche legate al mercato finanziario²⁷.

In particolare, al fine di comporre l'aggancio con l'art. 2395 alla tutela collettiva di nuovo conio, appare essenziale individuare la legittimazione passiva dell'ente accanto a quella degli amministratori, pena la non configurabilità della responsabilità dell'impresa e, quindi, la non ammissibilità dell'azione di classe. In passato, il quesito era stato risolto attraverso approcci differenti.

intendersi la condizione di decidibilità della causa nel merito, il cui fine è quello di garantire che l'attore sia colui il quale (quantomeno nell'ottica della prospettazione dell'atto introduttivo del giudizio) si afferma titolare del diritto azionato ed il convenuto sia colui in capo al quale l'attore afferma gravare l'obbligo corrispondente. Tuttavia, nella prassi applicativa si registra un uso del termine "legittimazione" in senso atecnico, ovvero si fa riferimento alla effettiva titolarità, dal lato attivo e passivo, del rapporto giuridico dedotto in giudizio. In argomento, cfr. diffusamente C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2014, I, 533 ss.; v. altresì G.A. MICHELI, *Considerazioni sulla legittimazione ad agire*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 566 ss.

²⁵ Sebbene essa sia la figura soggettiva cui imputare l'attività d'impresa: cfr. P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1976, *passim*.

²⁶ G. DE FERRA, *La responsabilità della società per l'illecito degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 1959, 1025 ss.; G. RAGUSA MAGGIORE, *La responsabilità individuale degli amministratori*, Milano, 1969, F. GUERRERA, *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, Milano, 1990; A. ADIUTORI, *Funzione amministrativa e azione individuale di responsabilità*, Roma, 2000, 101 ss.

²⁷ C. AMATUCCI, *L'azione collettiva nei mercati finanziari come strumento di governo societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 1336 ss., spec. p. 1351, dove l'A. afferma che tra tutte le norme, « l'art. 2395 c.c. è quella che [...] trarrebbe maggior vantaggio dall'introduzione di una class action [...] sotto il profilo della sua effettività ed attuazione, dunque di una sua recuperabile capacità dissuasiva che le consentirebbe di contribuire al miglioramento del governo societario delle società emittenti».





Da un lato, c'era chi invocava l'applicazione dello schema della responsabilità dei padroni e dei committenti ex art. 2049 c.c. e dall'altra parte ci si rifaceva al principio dell'immedesimazione organica di cui all'art. 28 Cost., sviluppata in riferimento agli enti pubblici²⁸: in particolare, si ammetteva che l'azione diretta contro gli amministratori potesse essere estesa alla società quando l'amministratore avesse agito con colpa o dolo nei limiti dell'attività determinata dall'oggetto sociale, in quanto erano riferibili alla società gli atti compiuti dai suoi organi nell'esercizio dei poteri a questi attribuiti²⁹. Inoltre, si aggiungeva che la responsabilità della società per l'illecito degli amministratori fosse regolata dal 2043, con il quale l'ente risponde nei confronti dei terzi per i danni causati dall'attività del suo organo, in virtù, appunto, della teoria del rapporto organico, aggiungendosi la responsabilità ex art. 2395 c.c. degli amministratori che avessero, tramite la loro personale attività, cagionato direttamente un danno al terzo³⁰. Per tale orientamento, sia l'art. 2049 sia l'art. 2395 assolverebbero alla funzione di rafforzare la garanzia dei terzi danneggiati dal fatto illecito degli amministratori ogni qual volta si ravveda una coincidenza tra il soggetto che materialmente agisce e colui nell'interesse del quale è spesa³¹.

Il cumulo di responsabilità tra società e amministratore³² era sostenuta anche in base alla premessa per cui l'amministratore, nella veste di organo (seppure distinto rispetto al rapporto organico di diritto pubblico), pregiudicando direttamente il patrimonio del socio e venendo meno ai propri doveri nei confronti della società, coinvolgerebbe la responsabilità della società:

²⁸ Cfr. G. DE FERRA, *La responsabilità della società per l'illecito degli amministratori*, cit., p. 102.

²⁹ Per la giurisprudenza, v. Cass., I Sez., 5 dicembre 2011, n. 25946, in *Foto it.*, 2012, I, c. 1843 ss.; Trib. Milano, 22 luglio 2010, in *Giur. it.*, 2011, 1079 ss.; Trib. Genova, 21 dicembre 2000, in *Foro it.*, 2001, I, c. 1933 ss.; Cass. I sez., 5 dicembre 1992, n. 12951, in *Foro it.*, 1994, I, c. 561 ss.; *contra*, Trib. Milano, 18 ottobre 2012, in *Giur. it.*, 2013, 568 ss.

³⁰ G. DE FERRA, *La responsabilità della società per l'illecito degli amministratori*, cit., 1035, aggiungeva: «che se poi l'atto dell'amministratore fu compiuto eccedendo dai limiti delle sue funzioni vien meno, in relazione a quel determinato atto, l'inerenza organica, ed è egli solo a risponderne per l'art. 2043 c.c.».

³¹ Per la teoria organicistica delle persone giuridiche private, per tutti, v. A. FIORENTINO, *Gli organi delle società di capitali*, Napoli, 1950, *passim*.

³² Seppure con differenti argomentazioni, v. anche F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile. Libro primo. Delle persone e della famiglia (Art. 11-35)*, Bologna-Roma, 1969, p. 263 ss.; F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, 312 ss.

secondo tale impostazione, si sarebbe voluto creare una disciplina in favore dei soggetti pregiudicati, come i soci o i terzi, al fine di dare loro la possibilità di rivolgersi sia al soggetto titolare dell'atto sia a colui che ha commesso l'atto; «il dolo o la colpa dell'amministratore non fanno venir meno il rapporto organico e l'atto resta imputabile alla società. È la legge che prevede, però, una responsabilità assieme alla società, degli amministratori (e doveva affermarlo espressamente)»³³.

In realtà, sia il 2049 che l'immedesimazione organica non risultano particolarmente convincenti.

Quanto alla regola di addebito della responsabilità individuata dall'art. 2049 c.c., l'ostacolo di maggior rilevanza discende dall'impossibilità di ricostruire la relazione tra amministratori e società in termini di rapporto di subordinazione gerarchica³⁴, con conseguente potere di direzione e controllo dell'attività dell'ausiliario e/o del dipendente da parte del padrone e/o del committente; solo tale ultima circostanza consente di giustificare l'imputazione al padrone e/o al committente delle conseguenze della condotta illecita ascrivibile all'ausiliario e/o al dipendente (il titolo della responsabilità, come è noto, è rappresentato dalla *culpa in eligendo* e *vigilando*, secondo la prospettiva classica, ovvero, in base al principio del rischio, lo stesso può essere accollato da colui che è in grado di controllarlo e di organizzarsi per prevenirlo)³⁵.

In merito alla costruzione concettuale che ascrive alla società la responsabilità derivante dalla condotta degli amministratori in virtù del principio di immedesimazione organica, prescindendo dall'analisi del rapporto tra amministratori e società alla stregua di una posizione parificabile a quella del funzionario rispetto all'ente pubblico e non potendo approfondire in questa sede la portata della

³³ G. RAGUSA MAGGIORE, *La responsabilità individuale degli amministratori*, cit., 286.

³⁴ G. MINERVINI, *Gli amministratori di s.p.a.*, Milano, 1956; ma già ID., *Alcune riflessioni sulla teoria degli organi delle persone giuridiche private*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, 935 ss. per i dubbi in merito alla qualificazione degli agenti-persone fisiche come organi anziché come rappresentati; ID., *Note in tema di responsabilità degli amministratori di società per azioni - artt. 2394 e 2395 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, 210 ss., dove l'A. afferma che l'art. 2395 dimostrerebbe che gli amministratori non sono organi della società per azioni e nega non solo la responsabilità diretta della società per gli atti illeciti dei suoi amministratori (escludendo il cumulo di responsabilità), ma confuta anche l'ipotesi di costruire la responsabilità della società in termini di responsabilità indiretta sulla sola base dell'art. 2049 c.c., rifiutando la teoria organicistica nelle persone giuridiche private.

³⁵ P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 82 ss.

teoria degli organi in relazione al fenomeno societario³⁶, basti considerare che il riferimento a tale principio non appare pertinente allo scopo prefissato: in altri termini, se da un lato la teoria dell'immedesimazione organica esprime una sua rilevanza quando il comportamento del titolare dell'organo si esprima e si manifesti sul piano esterno all'organizzazione (in modo tale che il suo agire sia espressione dell'attività dell'ente e così incida sulla sfera giuridica dei terzi), la stessa teoria, dall'altro lato, però, corre il rischio di non conservare quella stessa valenza ricostruttiva quando il comportamento del titolare dell'ufficio si manifesta come un fatto con rilevanza innanzitutto interna all'organizzazione (e si pensi alla predisposizione di un bilancio non veritiero, al di là della circostanza che lo stesso si concreti in un atto che venga poi a costituire anche l'antecedente di un danno sofferto direttamente dai terzi che sulla base di quel bilancio formeranno eventualmente le proprie valutazioni). Più complessa risulta la configurabilità del principio *ex art. 28 Cost.* con l'incidenza pregiudizievole che la condotta negligente degli amministratori nell'esercizio delle funzioni abbia espresso direttamente sui soci, producendo un danno, in quanto, se risulta non contraddetta la circostanza per cui il socio, agendo in via risarcitoria, deduce una lesione subita nel momento in cui si sarebbe determinato all'investimento azionario (*i.e.*, la lesione di un diritto all'informazione che vantava all'epoca in quanto "terzo", e cioè nella sua qualità di "soggetto del mercato"), in verità egli agisce da "socio" nel momento in cui si trova a proporre la relativa azione: le conseguenze sul piano applicativo porterebbero alla negazione del rimedio avverso la società, data la non perseguibile strategia interpretativa di riconosce un'alterità o quantomeno un autentico distacco tra la società e il socio, proprio in virtù della natura strumentale della soggettività sociale³⁷.

Proprio in risposta a tali critiche e con un'impostazione meno aprioristica e maggiormente pragmatica, è stato sostenuto che, adottando un approccio casistico, sarebbe possibile constatare che

³⁶ Rinviando il dibattito sulla teoria dell'organo in riferimento ai fenomeni associativi e collettivi, specialmente se dotati di personalità giuridica, alle considerazioni di P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, cit., 280 ss.; ma anche F. GUERRERA, *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, cit., 30 ss.; più di recente L. DELLA TOMMASINA, *Disposizione del patrimonio e poteri degli amministratori nelle società di capitali*, Torino, 2023, 1 ss.

³⁷ Del resto, basta leggere Cass., 14 gennaio 1987, n. 183, in *Giust. civ.*, 1987, I, 842 ss. (ma anche in *Dir. fall.*, 1987, II, 319 ss.); per i tribunali di merito, *ex multis*, Trib. Roma, 27 agosto 2004, n. 24244, in *Società*, 2005, 855 ss.

al fianco dell'inosservanza degli amministratori ai doveri dell'ufficio e in dipendenza di un danno risentito direttamente da soci e terzi a seguito di tali violazioni, possa essere oggettivamente individuabile anche una condotta, «ulteriore e diversa rispetto a quella in cui si concreta l'inadempimento ai doveri dell'ufficio da parte degli amministratori, che si atteggi sul mercato come vera e propria espressione di agire sociale, e direttamente ascrivibile all'ente», in modo da fondare un autonomo e distinto titolo di responsabilità sulla scorta della regola generale *ex art. 2043 c.c.*³⁸. Seguendo tale cifra interpretativa – frutto della radicale negazione della concezione per cui l'art. 2395 c.c. potesse essere considerato una sorta di anticipazione del principio di cui all'art. 28 Cost. e distinguendo l'ipotesi in cui l'inadempimento degli amministratori avesse una rilevanza meramente interna all'organizzazione da quella espressa in un comportamento dal quale fosse possibile ipotizzare una condotta della società messa in atto tramite l'operato degli amministratori³⁹ – la responsabilità della società emittente sarebbe configurabile non in conseguenza della mera circostanza per cui gli amministratori abbiano elaborato informazioni non corrette in ordine alla situazione patrimoniale della società, o abbiano predisposto bilanci falsi, o, ancora, offerto nella relazione sulla gestione notizie non complete, ma scatterebbe per il fatto che quelle informazioni siano state come tali oggetto di comunicazione e di diffusione tra il pubblico da parte della società, «perché è in quel momento che le informazioni e notizie decettive si atteggiano *in chiave di condotta di mercato propria dell'impresa, e ad essa direttamente ascrivibile*»⁴⁰.

Prendendo ad esempio un caso concreto (tra i pochissimi approdati nelle aule di Tribunale), l'intersezione tra art. 2395 e *class action* è stata paventata in una sentenza del Tribunale di Roma del 2014⁴¹, dove era stata avanzata una richiesta di risarcimento del danno nei confronti degli amministratori di Alitalia – Linee Aeree Italiane S.p.A. *ex art. 2395 c.c.* e nei confronti della CONSOB per omessa sorveglianza e omissione di comportamenti obbligatori per legge: le allegazioni degli attori si fondavano sulla premessa che l'Alitalia era stata dichiarata insolvente e che, in

³⁸ G. GUIZZI, *Rapporti societari, mercato finanziario e tutela collettiva*, cit., 815.

³⁹ G. FERRI, *Le società*, 3^a ed., in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile*, vol. X, t. III, Torino, 1987, 725.

⁴⁰ G. GUIZZI, *Rapporti societari, mercato finanziario e tutela collettiva*, cit., 816.

⁴¹ Trib. Roma, III sez. civ., 14 maggio 2014, in *Riv. dir. comm.*, 2015, 4, 694 ss., con nota di A.R. ADIUTORI.





conseguenza di ciò, erano andati perduti i risparmi investiti nell'acquisto dei titoli Alitalia e sulla considerazione che le cause del dissesto erano da ricondursi alla *mala gestio* degli amministratori della società medesima⁴². Tra le varie questioni, quella relativa alla legittimazione attiva delle associazioni di consumatori ad agire e a spiegare intervento litisconsortile per ottenere il risarcimento del danno subito dai piccoli azionisti e obbligazionisti di Alitalia, ai sensi degli artt. 139 ss. cod. cons. e quella relativa alla domanda di risarcimento del danno *ex art.* 2395 c.c., il Tribunale di Roma ha dichiarato il difetto di legittimazione attiva delle associazioni dei consumatori e ha rigettato le domande risarcitorie di cui all'art. 2395 c.c.⁴³. Per quest'ultimo profilo, il Tribunale ha negato la sussistenza dei presupposti dell'azione di cui all'art. 2395 perché le pretese degli attori e degli intervenuti erano fondate su atti e comportamenti degli amministratori che, al più, avrebbero potuto incidere negativamente sul patrimonio sociale, confermando la rilevanza che, ai fini del riconoscimento di tale responsabilità riveste la natura di danno diretto. In merito al difetto di legittimazione attiva, se due delle tre associazioni costitutesi non risultavano iscritte nell'elenco istituito presso il Ministero delle attività produttive (art. 137 cod. cons.), per quanto riguarda la terza (ovvero CODACONS), sebbene fosse iscritta nel citato elenco, il Tribunale ha negato a tale soggetto

la possibilità di esperire il rimedio di cui all'art. 140-bis cod. cons. in quanto gli illeciti addebitati agli *ex* amministratori di Alitalia erano stati posti in essere in epoca antecedente all'entrata in vigore della l. 23 luglio 2009 n. 99 che ha modificato l'art. 140-bis cod. cons., prescrivendone, tra l'altro, l'applicabilità solo ai fatti compiuti dopo la sua entrata in vigore (15 agosto 2009). Quindi, di fatto, il Tribunale non è entrato nel merito delle questioni oggetto del presente intervento.

3.1. Un differente criterio di imputazione: il modello della 231/2001.

Come è stato segnalato in dottrina, la teoria sul cumulo di responsabilità appare inserirsi nello sviluppo oramai già sedimentato da qualche tempo nel nostro ordinamento circa la sistematica della responsabilità civile e del rischio d'impresa⁴⁴, che esprime il suo maggiore impatto proprio in termini di imputazione soggettiva nel diritto societario: basti pensare all'ampliamento dei criteri di imputazione della responsabilità realizzatosi con la responsabilità amministrativa dell'ente, con la responsabilità della capogruppo verso i soci e i creditori della società controllata per abuso di direzione unitaria, con la responsabilità solidale dei dipendenti e della società di revisione contabile per i danni conseguenti ai propri inadempimenti e fatti illeciti nei confronti della società soggetta a revisione e così via⁴⁵.

Proprio il meccanismo di imputazione elaborato con la 231/2001 potrebbe portare l'analisi ad individuare in modo maggiormente solido il criterio di imputazione della società, al fine di creare un "titolo" adeguato a recuperare il collegamento con la legittimazione passiva in caso di azione di classe e che presenti dei maggiori addentellati ermeneutici rispetto al 2395 per schermire l'alterità soggettiva.

Si è già detto che il fondamento di qualsiasi azione che preveda ipotesi di danni seriali sofferti da quanti, qualificabili come investitori non professionali, abbiano sottoscritto o acquistato strumenti finanziari "societari" in dipendenza della diffusione al mercato di "informazioni societarie" non corrette, decettive, o comunque false – ovvero anche in ragione della mancata diffusione di informazioni societarie rilevanti e dovute ai sensi

⁴² In particolare, si denunciava che Alitalia, nei bilanci dal 2003 al 2007, avesse esposto ingenti perdite, con rilevante aumento dell'indebitamento, senza che i componenti del consiglio di amministrazione si fossero attivati per porre rimedio o per prevenire gli errori gestionali addebitabili agli amministratori delegati. A tal fine gli attori sottolineavano due circostanze negative particolare rilievo assumono: la decisione di Alitalia di procedere, nell'anno 2005, all'acquisizione di "Volare", nonostante la già elevata esposizione debitoria della società acquirente; la corresponsione di rilevanti compensi ai componenti del consiglio di amministrazione e agli amministratori delegati, in misura di gran lunga superiore a quelli corrisposti da altre compagnie aeree europee, ben più solide.

⁴³ Il Tribunale ha affermato la natura extracontrattuale della responsabilità di cui al 2395, considerata come una specificazione dell'art. 2043 c.c., ma nel contempo ha valorizzato l'avverbio direttamente come elemento discriminante tra le diverse fattispecie di responsabilità degli amministratori. Infatti, il Tribunale, dopo aver confermato che non costituisce danno diretto né il pregiudizio subito dal singolo socio consistente nella riduzione del valore della partecipazione societaria né la distrazione, per opera dell'amministratore, degli utili, ha ritenuto che, nel caso di specie, le pretese risarcitorie contro gli amministratori non potessero consentire il ricorso all'azione *ex art.* 2395 c.c. in quanto fondate su invocate "errate politiche di gestione" della società nonché su condotte asseritamente illecite degli amministratori, entrambe direttamente lesive del patrimonio sociale.

⁴⁴ Magistrale in tal senso (e con una spiccata analisi profetica), V. BUONOCORE, *L'impresa*, in V. BUONOCORE (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, sez. I, t. 2.I, Torino, 2002, 289 ss.

⁴⁵ Cfr., in luogo di molti, C. AMATUCCI, *L'azione collettiva nei mercati finanziari come strumento di governo societario*, cit., 1368 ss.

della normativa di settore – è ravvisabile nel 2043 c.c. Ora, se dal punto di vista dell'imputazione all'ente, i bilanci, le relazioni, le attestazioni, le comunicazioni e i prospetti (solo per citare alcune delle "classiche" informazioni societarie) devono essere colorati del carattere sociale o associativo, per il tramite dell'operato degli amministratori, il criterio di imputazione già elaborato in tal senso dall'ordinamento è rappresentato proprio dalla 231. Invero, è noto come la responsabilità sorga nel momento in cui un soggetto legato all'ente commetta determinati reati nell'interesse o a vantaggio dell'ente stesso (v. art. 5, commi 1 e 2) e, allo stesso tempo, in accordo con gli artt. 6 e 7, ogni ente è esente da responsabilità nel momento in cui, a determinate condizioni, adotti i modelli di organizzazione, gestione e controllo (c.d. MOG) assieme alla nomina di un organismo che vigili sul funzionamento e sull'osservanza dello stesso (c.d. OdV), curandone altresì l'aggiornamento⁴⁶.

Nell'ipotesi che qui interessa, l'art. 25-ter, d.lg. 231/2001 cita tra i reati presupposto le false comunicazioni sociali o il falso in prospetto⁴⁷, che, come noto, richiedono il dolo come elemento soggettivo: quindi, dal sistema della 231, appare possibile mutuare il meccanismo di attribuzione

⁴⁶ In particolare, affinché operi l'esimente, è necessario che il MOG sia stato adottato *ante factum* e fosse stato idoneo alla prevenzione di reati della stessa specie di quello consumatosi, che sia stato eluso fraudolentemente dal reo e che non vi sia stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'OdV. Sul punto, in luogo di molti, v. D. PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 2, 415 ss.; ID., *Diritto penale*⁷, Torino, 2017, 600 ss.; G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012, 351 ss.; G. LASCO, V. LORIA, M. MORGANTE, *Enti e responsabilità da reato. Commento al D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Torino, 2017, 58 ss.; F. SANTI, *Responsabilità da reato degli enti e modelli di esonero*, Milano, 2016, *passim*.

⁴⁷ Tra cui rientrano le ipotesi di false comunicazioni sociali, di falso in prospetto: "1. In relazione ai reati in materia societaria previsti dal codice civile ((o da altre leggi speciali)), si applicano all'ente le seguenti sanzioni pecuniarie:

a) per il delitto di false comunicazioni sociali previsto dall'articolo 2621 del codice civile, la sanzione pecuniaria da duecento a quattrocento quote;

a-bis) per il delitto di false comunicazioni sociali previsto dall'articolo 2621-bis del codice civile, la sanzione pecuniaria da cento a duecento quote;

b) per il delitto di false comunicazioni sociali previsto dall'articolo 2622 del codice civile, la sanzione pecuniaria da quattrocento a seicento quote;

c) LETTERA ABROGATA DALLA L. 27 MAGGIO 2015, N. 69;

d) per la contravvenzione di falso in prospetto, prevista dall'articolo 2623, primo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da cento a centotrenta quote; (9)

e) per il delitto di falso in prospetto, previsto dall'articolo 2623, secondo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da duecento a trecentotrenta quote;"

della responsabilità in capo alla società in sede civile, lasciando che operi la responsabilità aquiliana per la colpa organizzativa da attribuirsi all'ente; attraverso la colpevolezza di organizzazione, è possibile, quindi, "estendere" la legittimazione anche alla società, non applicando il 2395 ma i criteri di imputazione della 231. Detto in altri termini, l'ente risponderà quando non ha adottato il MOG, se non l'ha attuato, se non ha vigilato: così, dal sistema della 231, empiricamente sarà possibile mutuare il meccanismo di attribuzione della responsabilità in capo alla società in sede civile, dato che, da un lato ci sarà l'attribuzione (per le false comunicazioni) all'amministratore a titolo di dolo, ma dall'altro lato, tramite la responsabilità dell'ente per illeciti commessi da soggetti apicali, sarà possibile configurare l'azione di classe. Insomma, quel processo di "circolazione" delle tecniche di ricostruzione della responsabilità dall'ordinamento penale a quello civile (e v., a mero titolo esemplificativo, quanto accade per il concetto di colpa), nell'ottica dell'azione di classe può essere agevolato dalla natura "spuria" della responsabilità da reato dell'ente. Del resto, ben si potrebbe ipotizzare una eventuale costituzione di parte civile nel processo penale per far valere i diritti seriali.

Altro discorso è, poi, quello legato alle conseguenze "pratiche" di tale applicazione "analogica" del modello 231, non trovando una risposta immediata il quesito circa la possibilità di mutuare il solo criterio della colpa oppure se sia necessario confrontarsi con tutti gli elementi della fattispecie per come è costruita nella norma che la disegna: in altri termini, ci si dovrebbe interrogare se l'onere della prova sia lo stesso rispetto a quello della responsabilità civile e se i presupposti per il reato debbano valere anche per il sorgere della fattispecie di responsabilità (ad es. è necessario che la condotta sia stata posta in essere "nell'interesse o a vantaggio dell'ente" perché sia configurabile la responsabilità?).

4. Conclusioni.

Ogni qual volta si registrano crisi finanziarie (ma varrebbe lo stesso per le crisi bancarie), le fantasie del legislatore si materializzano, perché proprio le crisi dei mercati finanziari non solo distruggono le più sofisticate forme di tutela degli investitori (attraverso l'aumento del declino degli istituti del diritto societario e favorendo l'espropriazione opportunistica delle ricchezze da parte di gruppi di controllo e di amministratori-*managers*), ma soprattutto influenzano l'economia reale in



negativo⁴⁸. I rimedi che si sono espressi nel corso delle crisi hanno sempre intrecciato tra di loro regole del diritto societario e regole dei mercati finanziari: da una parte l'autoregolamentazione e dall'altra l'*enforcement*, dove quest'ultima ha come protagonisti l'attore pubblico e l'attore privato, ovvero l'azione di classe. Se lo scopo principale dell'istituto che si è oggi esaminato risulta essere quello di far ottenere ad un gruppo (*rectius*, ad una classe) di persone una compensazione per il danno subito al loro investimento, a causa del comportamento illecito della società, si spera che possa avere maggiore incisività della tutela pubblica, soprattutto se condotta dalle Procure, il cui operato in tema di persecuzione dei reati societari e finanziari per tutelare i risparmiatori ha dimostrato una non particolare efficacia⁴⁹. Forse, la suggestione dell'imputazione alternativa prima citata può rappresentare un differente (o quantomeno nuovo) approccio al tema, dove al crocevia appena tratteggiato si incontra anche la responsabilità degli enti, nel tentativo di rafforzare la tutela di interessi che indubbiamente vantano un respiro ed un'incidenza sovraindividuale, coniugando le conseguenze "general-preventive" della responsabilità civile⁵⁰.

⁴⁸ E v. gli insegnamenti di G. ROSSI, *Il conflitto epidemico*, Milano, 2003; ID., *Il gioco delle regole*, Milano, 2006; ID., *Il mercato d'azzardo*, 2008; cfr. anche G. GUIZZI, *Mercato finanziario*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento V, Milano, 2001, 744 ss.; R. COSTI, *Tutela degli interessi e mercato finanziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 3, 769 ss.

⁴⁹ Basti pensare alle note vicende dei crack Cirio e Parmalat o ai crack che hanno coinvolto le Banche popolari del Centro Italia. Sul punto, v. le considerazioni di P. STELLA, *L'enforcement nei mercati finanziari*, cit., 1 ss.

⁵⁰ P. GIUDICI, *La responsabilità civile nel diritto dei mercati finanziari*, Milano, 2008, 3 ss.

MARKETING D'INFLUENZA E PUBBLICITA' NON TRASPARENTE: LA RESPONSABILITA' DELL'INSERZIONISTA, DEGLI INFLUENCER E DELL'INTERNET SERVICE PROVIDER

| 548

Di Antonio Paolo Seminara

Marketing d' influenza e pubblicità non trasparente: la responsabilità dell' inserzionista, degli influencer e dell' internet service provider (Antonio Paolo Seminara)

SOMMARIO: 1. *L'influencer marketing nell'era della web advertising.* - 2. *La pubblicità occulta come forma particolare di pubblicità ingannevole.* - 3. *La pubblicità redazionale.* - 4. *Il product placement.* - 5. *La Digital Chart dell'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria e le forme di autoregolamentazione dell'influencer marketing.* - 6. *L'accertamento della pubblicità occulta nella prassi relativa alla pubbliredazionale e al product placement.* - 7. *Le decisioni in materia di influencer marketing e le analogie con le forme tradizionali di pubblicità occulta.* - 8. *La responsabilità dell'Internet Service Provider per le informazioni immesse nelle piattaforme*

ABSTRACT. Dopo aver introdotto l'influencer marketing, il saggio offre una lettura giuridica del fenomeno evocando le categorie tradizionali della pubblicità occulta (pubblicità redazionale e product placement), esaminate con uno sguardo alla prassi delle autorità giudicanti.

Approfondendo la regolazione autodisciplinare specificamente dedicata al marketing d'influenza (in primis la Digital Chart dell'IAP) e le decisioni in materia, l'indagine ricava le principali assonanze esistenti con la pubblicità occulta, applicando i medesimi criteri di giudizio al fenomeno esaminato. Emerge, così, l'architettura delle responsabilità di tutti gli attori coinvolti: l'inserzionista, l'influencer e il gestore della piattaforma digitale.

After introducing influencer marketing, the essay offers a legal reading of the phenomenon by evoking the traditional categories of hidden advertising (advertorial and product placement), examined looking at the practice of the judging authorities. By deepening the specific self-disciplinary regulation of influencer marketing (primarily the Digital Chart of the IAP) and the existing decisions on the subject, the survey draws the main similarities existing with hidden advertising, applying the same judgment criteria to the examined phenomenon. Thus, the architecture of the responsibilities of all the actors involved emerges: the advertiser, the influencer and the Internet Service Provider.



1. L'influencer marketing nell'era della web advertising

A distanza di circa trent'anni dalla sua nascita¹, Internet ha fortemente condizionato il paradigma della comunicazione commerciale, dando avvio ad una rivoluzione senza precedenti nel mondo del marketing. Spazio digitale privo di barriere in cui ciascun individuo può esprimersi e interagire con altri, il *World Wide Web* è il *medium* che, più di ogni altro, si presta alla naturale tendenza ipertrofica della pubblicità grazie alla possibilità di raggiungere il consumatore in ogni momento della sua vita².

La *web advertising* si inserisce nei segmenti dell'*economia digitale*, espressione con cui si allude ai processi di digitalizzazione dell'economia e ai loro risultati, quindi alle attività di produzione e di scambio economico che si basano sulle nuove tecnologie³. La sua centralità per lo sviluppo del mercato unico europeo trova conferma nel progressivo interesse che l'economia digitale ha assunto per le istituzioni europee: significativa, al riguardo, è la c.d. «*Digital Market Strategy*» del maggio 2015, l'agenda europea mirante a creare le basi per un mercato unico digitale sicuro ed efficiente, che consenta di sfruttare appieno le potenzialità dello scenario tecnologico⁴.

Con lo sviluppo degli impieghi commerciali della rete si diffondono gli *electronic marketplaces*⁵; un ruolo centrale, in questo scenario, deve riconoscersi al fenomeno delle piattaforme *online*, tra cui, accanto alle vere e proprie piattaforme di compravendita, devono menzionarsi i

*social network*⁶, le piattaforme di valutazione (ad esempio quelle di ristorazione⁷) e quelle di *sharing* di contenuti (ad esempio video). Il modello di *business* che le contraddistingue si caratterizza per una combinazione tra comunicazione pubblicitaria tradizionale, possibilità per gli utenti di produrre, oltre che ricevere, nuovi contenuti e, di conseguenza, possibilità per i professionisti di profilare i destinatari della comunicazione in base ai dati personali trasmessi alla piattaforma.

Il nuovo scenario digitale incide sulla stessa efficacia del messaggio pubblicitario, crescente grazie allo sviluppo dei mezzi di comunicazione "orizzontali" (cd. *peer to peer*), che rimpiazzano le forme di comunicazione tradizionali, implicanti una retorica monodirezionale (o anche "verticale") dall'azienda al pubblico. Nel *cyberspazio*, il consumatore viene ad assumere un ruolo attivo, generando contenuti idonei a conformare l'immagine di un'impresa, assurgendo a vero e proprio *testimonial* dell'offerta commerciale⁸.

Nel contesto dell'economia digitale, la pubblicità ha individuato nuovi canali di espressione, sfruttando le potenzialità tecnologiche di Internet per magnificare la propria efficacia persuasiva. La natura della *web advertising* attraversa un processo di continuo mutamento parallelamente all'ampliamento delle potenzialità offerte dalla tecnologia digitale. Vi è chi ha parlato⁹, con riguardo alla pubblicità su Internet, di "interactive advertising", sottolineando la dinamica interattiva che essa crea con l'utente, il quale partecipa alla formazione ed evoluzione della comunicazione commerciale attraverso le proprie decisioni.

¹ I due eventi significativi nei quali si può collocare l'instaurazione di una "società digitale" sono nascita del World Wide Web nel 1991 e l'apparizione di Google nel 1998,

² Secondo uno studio Audiweb del 2022, nella media in Italia risultano connessi ogni giorno a Internet circa 37 milioni di utenti, i quali navigano *online* per 2 ore e 29 minuti ciascuno. Più nel dettaglio, navigano mediamente al giorno 12,3 milioni di persone da computer (il 21% della popolazione dai 2 anni in su) e 34,1 milioni da *mobile*, *smartphone* e/o *tablet* (il 79,2% della popolazione tra i 18 e i 74 anni). Cfr. <https://www.audiweb.it/news/comunicati-stampa/Comunicato-Stampa-total-digital-audience-Aprile-2022.html#>.

³ Si rinvia, sul tema, alle digressioni di G. CONTI, *Lineamenti di diritto delle piattaforme digitali – Volume I. Le tutele del consumatore e dell'utente commerciale nei confronti dei cybermediary*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2020. p. 25 ss. Con un approccio non giuridico al fenomeno dell'economia digitale, si consiglia la lettura di P. GARRONE, S. MARIOTTI (a cura di), *L'economia digitale*, Bologna, 2001.

⁴ Sul tema si rinvia a S. MACCHIAFAVA, *La disciplina europea del settore digitale in itinere: le proposte*, in A. CONTALDO (a cura di), *Le piattaforme digitali. Profili giuridici e tecnologici nel nuovo ecosistema*, Pisa, 2021

⁵ P. GARRONE, S. MARIOTTI (a cura di), *op. cit.*, p. 72.

⁶ Sui *social network* dal punto di vista civilistico, in prima approssimazione: R. CATERINA, *La libertà di comunicazione: il fenomeno dei social network*, in C. PERLINGIERI, L. RUGGIERI (a cura di), *Internet e diritto civile*, Napoli, 2015, p. 117 ss.; A. COGO, *Le regole del contratto tra social network e utente sull'uso della proprietà intellettuale del gestore, dell'utente e degli altri utenti: riflessioni a partire dall'individuazione del fenomeno, dei suoi soggetti e della funzione del contratto*, in *AIDA*, 2011, 20, 305 ss.; C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014; S. SICA, G. GIANNONE CODIGLIONE, *Social network sites e il "labirinto" delle responsabilità*, in *Giur. merito*, 1012, 12, p. 2715.

⁷ Per una panoramica sulle questioni giuridiche coinvolte da una piattaforma digitale di ristorazione, mi permetto di rinviare a A. P. SEMINARA, *La disciplina delle piattaforme digitali di ristorazione: profili di tutela tra corretta informazione e privacy*, in *Dir. Agroalimentare*, 2022, 2, p. 311 ss.

⁸ T. A. SHIMP, S. L. WOOD, L. SMARANDESCU, *Self-Generated Advertisements: Testimonials and the Perils of Consumer Exaggeration*, in *Journal of Advertising Research*, vol. 47, 2007, p. 453 ss.

⁹ D. W. SCHUMAN, E. THORSON, *Internet advertising theory and research*, Mahwah, 2007.



Alcune forme di *web advertising* sono assimilabili a quelle di altri *media*, tra cui i video trasmessi sui siti¹⁰, le pagine web delle aziende¹¹, i *banners*¹² che compaiono durante la navigazione e consistenti in brevi messaggi promozionali¹³. Accanto a queste, la pubblicità digitale contempla, tra le forme di *interruption marketing*: lo *spamming*, consistente nell'invio di *newsletters* non richieste alla posta elettronica degli utenti; gli *interstitial*, immagini inviate all'utente nel corso della navigazione, eliminabili tramite *click*; le *sister window*, finestre a comparsa automatica, successive alla completa visione della pagina visitata.

Prerogativa dell'*e-commerce* è il c.d. *permission marketing* nel quale, attraverso i *big data* ottenuti dagli utenti tramite i *cookies*, la comunicazione pubblicitaria viene personalizzata in modo da apparire meno sgradita ai propri destinatari¹⁴. Si parla oggi di *data driven economy*, nella quale l'utente digitale rappresenta una risorsa del mercato, e i suoi dati divengono una vera e propria merce, valorizzabile nella comunicazione commerciale delle imprese, discriminante di competitività idoneo a condizionare le dinamiche concorrenziali.

Tra le ipotesi di pubblicità profilabile può menzionarsi il *native advertising*¹⁵, comunicazione in grado di inserirsi armonicamente nella *user experience*, combinandosi agevolmente con i contenuti della pagina visitata¹⁶. Il messaggio pubblicitario, piuttosto che presentarsi come ospite

indesiderato durante la navigazione online, si immerge nei contenuti digitali riducendo, o eliminando, il potenziale rischio di disturbo.

In questo segmento di realtà digitale si inserisce l'*influencer marketing*, una particolare forma di *social media advertising*, diffusa all'interno delle piattaforme digitali e veicolata tramite *post* o video¹⁷. Si tratta di una pratica in continuo sviluppo, sulla quale il mondo imprenditoriale ha investito molto a partire dal 2016¹⁸.

Il marketing d'influenza consiste nella comunicazione di messaggi commerciali da parte di un personaggio (cd. *influencer*) che gode di un certo seguito nella collettività degli utenti di internet (cd. *follower*)¹⁹, solitamente raggiunti tramite l'utilizzo dei *social network*, o anche di altre piattaforme di condivisione di contenuti audio-video (come *Youtube* o *Vimeo*)²⁰. In sostanza, l'*influencer*, tramite la pubblicazione di un *post* sulle proprie pagine *social*, manifesta al pubblico la propria approvazione di beni o servizi, o il proprio *endorcement* verso un *brand*, su incarico di un'impresa commerciale²¹.

Il grado di influenza del professionista coinvolto può derivare da una sua competenza specifica in un determinato settore (si pensi ad uno chef o a un ingegnere informatico), o dalla sua semplice notorietà presso il pubblico (come per il caso di attori o di VIP dello spettacolo). In base alla quantità di *follower*, si parla di *micro-influencer* per quei profili che possiedono circa 10/15 mila utenti,

¹⁰ Tra i casi di pubblicità illegittima tramite video su *Youtube*, cfr. A.G.C.M., PS/11603, 13 ottobre 2020, Provv. n. 28385, in *Boll.* 43/2020.

¹¹ A.G.C.M., PS/9030, 9 settembre 2015, Provv. n. 25618, in *Boll.* 34/2015.

¹² A.G.C.M., PS/2082, 15 ottobre 2009, Provv. n. 20385, in *Boll.* 41/2009.

¹³ Il *banner* rappresenta, dall'inizio del commercio elettronico, la forma principale di pubblicità digitale, il cui primo esempio risale al 1994.

¹⁴ Una particolare forma di *permission marketing* digitale consiste nei *metatags*, messaggi nascosti che, riconosciuti dai motori di ricerca, risultano invece irriconoscibili ai consumatori, indotti il più delle volte inconsapevolmente verso siti non richiesti. In giurisprudenza, riconduce i *metatags* alla nozione pubblicità CGUE, 11 luglio 2013, C-657/2011, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2016, 1, p. 1315. In ambito nazionale, identifica il *metatag* quale possibile forma di pubblicità ingannevole Trib. Milano, 8 febbraio 2002, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2002, p. 618; quale possibile atto di concorrenza sleale pubblicitaria, Trib. Monza, 15 luglio 2008, in *Giur. ann. dir. ind.* 2008, 1, p. 1000.

¹⁵ Si rinvia a C. VACCARO, *Native advertising. La nuova pubblicità*, Milano, 2016.

¹⁶ Una definizione di *native advertising* può ricavarsi dal "The Native Advertising Playbook – Six native ad categories, six marketplace considerations and IAB recommended disclosure principles, 2013" dell'*Interactive Advertising Bureau*, che vi riconduce gli «*annunci a pagamento coerenti con il contenuto della pagina, con il design e il comportamento della piattaforma in cui sono ospitati, in modo che l'utente li percepisca semplicemente come parte di essa*».

¹⁷ Per un'analisi delle tecniche di *influencer marketing* sulla piattaforma *Instagram*, si rinvia a I. BARBOTTI, *Instagram marketing. Strategia e regole nell'influencer marketing*, Milano, 2018.

¹⁸ Secondo uno studio condotto dagli Utenti Pubblicità Associati, nel 2022 gli investimenti nell'*influencer marketing* sono aumentati rispetto agli anni precedenti, raggiungendo i 294 milioni di euro. Cfr. al link <https://www.upa.it/it/news/nel-2022-investimenti-in-influencer-marketing-a-294-milioni-di-euro-8-sul-2021.html>.

¹⁹ Le pratiche di costruzione di una rete di *followers* rappresenta un momento costitutivo del *self branding* (auto-pubblicizzazione), modalità condivisa di gestione tipica di un *account* nelle piattaforme *social*, come *Instagram* e *Facebook*. Così I. BARBOTTI, *op. cit.*, p. XXI.

²⁰ Nel caso di piattaforme di condivisione di video si parla di "vlog", filmato auto-prodotto da un "vlogger" (variante del "blogger", dunque di colui che gestisce e crea contenuti in un *blog*) per esprimere le proprie opinioni su determinati argomenti rispetto ai quali gode di seguito nel pubblico.

²¹ L'*influencer marketing*, oltre che identificarsi come forma di *endorcement* del pubblico, può essere ricondotta anche ad un'altra ipotesi di *native advertising* individuata dall'IAP, e cioè le "in-feed units": contenuti testuali o audio-video creati per un determinato mezzo di comunicazione, di cui riproducono il formato tecnico, grafico e lo stile editoriale. Cfr. Digital Chart IAP, nell'attuale versione al seguente link <https://www.iap.it/wp-content/uploads/2016/05/Digital-Chart-IAP-VERSIONE-ONLINE.pdf>.





inferiori rispetto agli influencer veri e propri che ne possiedono almeno 50 mila²².

La pratica consente all'azienda di farsi conoscere e di raggiungere nuovi consumatori attraverso il racconto suggestivo dei propri prodotti e del proprio *brand*, messi in rilievo dall'*influencer*, con possibilità di accesso diretto al sito dell'azienda tramite *link* (*tag* del *brand*). Superando lo scetticismo del consumatore verso il *claim* palesemente pubblicitario, tale nuova forma di *marketing* si presta ad essere più efficace e credibile, provenendo da un soggetto terzo rispetto all'impresa, dunque apparentemente disinteressato²³.

È proprio dietro al velo di apparente neutralità che può svilupparsi il virus dell'illegittimità dell'*influencer marketing*, che non tarda a tradursi in una pubblicità potenzialmente occulta, idonea a giustificare l'attivazione del dispositivo giuridico, nel caso in cui l'*influencer* non renda noto il carattere promozionale del proprio messaggio. In mancanza di una normativa *ad hoc* – nonostante si fosse ipotizzato l'inserimento di una disciplina specifica all'interno del DDL Concorrenza nell'estate del 2017 –, il fenomeno dell'*influencer marketing* è stato vagliato considerando l'attuale quadro normativo esistente in materia di pubblicità, con particolare riguardo al principio di trasparenza, che permea trasversalmente l'architettura di cui si compone il diritto dell'*advertising*²⁴.

²² Così I. BARBOTTI, *op. cit.*, pp. 91-92.

²³ La maggiore credibilità, agli occhi del consumatore medio, dei commenti pubblicati da altri utenti del Web rispetto alla comunicazione pubblicitaria tradizionale trova conferma in uno studio statistico del 2013, condotto da Nielsen. Cfr. Nielsen Global Survey of Trust in Advertising Q2013 "Under The Influence: Consumer Trust in Advertising", <http://www.nielsen.com/us/en/insights/news/2013/under-the-influenceconsumer-trust-in-advertising.html>. In dottrina, annuncia la maggiore efficacia della comunicazione promozionale apparentemente terza R. FERRANDI, *Pubblicità redazionale e product placement: gli effetti sul consumatore e l'intervento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2001, 1, p. 57 ss.

²⁴ Sul tema dell'*influencer marketing* dal punto del diritto della pubblicità, cfr.: G. ALFANO, *Social network e pubblicità occulta. Riflessioni in tema di influencer marketing a margine dei primi interventi dell'Agcm*, in *Riv. dir. impr.*, 2020, 1, p. 130 ss.; G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Diritto della pubblicità. Tutele e contenzioso*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, p. 92 ss.; D. DE PASQUALE, *Influencer marketing, tra pubblicità occulta e diritto dei marchi: i paletti dell'Antitrust*, in www.agendadigitale.eu, 18 luglio 2021; A. P. SEMINARA, *L'informazione pubblicitaria nella regolamentazione giuridica dei mercati*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 182 ss. Analizza il fenomeno sotto il profilo negoziale, evidenziando la natura di contratto *intuitu personae*, G. CORAPI, *Il contratto di influencer marketing*, in *Nuovo dir. civ.*, 2022, 1, p. 245 ss. Per quanto riguarda, invece, la legittimità della rappresentazione di segni distintivi altrui all'interno dei contenuti pubblicati sui

Occorre dunque rivolgere lo sguardo al panorama giuridico dedicato alla pubblicità occulta, nella quale rientrano diverse forme di pubblicità non trasparente rispetto alle quali appare interessante confrontare il fenomeno qui trattato. A ciò seguirà l'analisi del contesto autodisciplinare, dove invece si registra una maggiore attenzione all'*influencer marketing*, oggetto di una specifica regolazione grazie alla *Digital Chart* dell'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria.

2. La pubblicità occulta come forma particolare di pubblicità ingannevole

Una peculiare forma di ingannevolezza pubblicitaria consiste nella dissimulazione della natura commerciale del messaggio, inserito strategicamente all'interno dei contenuti informativi del *medium*²⁵. Si parla, in queste ipotesi, di comunicazione commerciale "occulta", la cui definizione normativa può ricavarsi dal settore audiovisivo, ed in particolare dall'art. 3, co. 1, lett. *rr*), del Testo unico sui servizi di media audiovisivi e radiofonici (d.lg. 8 novembre 2021, n. 208, attuativo della dir. 2018/1808/UE), secondo cui è tale «*la presentazione orale o visiva di beni, di servizi, del nome, del marchio o delle attività di un produttore di beni o di un fornitore di servizi in un programma, quando tale presentazione è compiuta dal fornitore di servizi di media per scopi pubblicitari e può ingannare il pubblico circa la sua natura, con presunzione del suo carattere intenzionale, in particolare nei casi di svolgimento a pagamento o dietro altro compenso*»²⁶.

In sintesi, secondo il legislatore un messaggio deve considerarsi pubblicità occulta se è fatto per scopi commerciali e ha una potenziale idoneità ingannatoria; il fine pubblicitario è implicito se l'inserimento del messaggio avviene dietro compenso al fornitore del *medium* di comunicazione.

La pubblicità che non sia riconoscibile come tale è vietata dal legislatore, con disposizioni

social, vedi in giurisprudenza Trib. Genova, sez. spec. Imprese, 4 febbraio 2020, in www.ilquotidianogiuridico.it, 20 maggio 2020, con nota di C. Centola, *Social network: quando è illecito l'uso del marchio altrui da parte dell'influencer*.

²⁵ Analizzano il percorso di progressiva ibridazione tra comunicazione pubblicitaria e informazione massmediatica J. CIANI, M. TAVELLA, *La riconoscibilità della natura pubblicitaria della comunicazione alla prova del digital: native advertising tra obbligo di disclosure e difficoltà di controllo*, in *Inf. e dir.*, 2017, 1-2, p. 485 ss.

²⁶ Analogamente è previsto dall'art. 1, par. 1, lett. *j*), dir. 2010/13/UE in materia di servizi di media audiovisivi, che ha trovato attuazione all'interno del Testo Unico.

trasversalmente presenti nelle diverse fonti che compongono il diritto della comunicazione commerciale²⁷. Si tratta, innanzi tutto, di un'omissione ingannevole rilevante per il Codice del consumo (d.lg. 6 settembre 2005, n. 206), da intendersi come quella «pratica commerciale che nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, omette informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale e induce o è idonea ad indurre» quest'ultimo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso» (art. 22, co. 1, Cod. cons.). L'art. 22, co. 2, Cod. cons. – analogamente all'art. 7 della dir. 2005/29/CE in materia di pratiche commerciali sleali, di cui è attuazione – include tra le omissioni ingannevoli la pratica che non indichi l'intento commerciale, ove ciò non risulti in modo evidente già dal contesto: ne deriva che, ove l'omissione informativa sia rilevante e idonea a falsare il comportamento economico del consumatore medio²⁸, essa deve considerarsi illegittima, a prescindere dalla concreta realizzazione del negozio.

Secondo il dispositivo di tutela approntato dalla disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette, l'inganno pubblicitario costituisce un illecito di pericolo, che prescinde da una concreta,

²⁷ Per lo studio delle diverse regole sulla pubblicità non trasparente, si rinvia a: J. CIANI, M. TAVELLA, *op. cit.*, p. 497 ss.; G. DE CRISTOFARO (a cura di), *op. cit.*, p. 85 ss.; M. FUSI, P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, Lupetti, Milano, 2006, p. 80 ss.; A. P. SEMINARA, *L'informazione*, cit., p. 171 ss.

²⁸ Sulla scia della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, il considerando 18 della dir. 2005/29/CE fornisce una nozione ideal-tipica di "consumatore medio", considerato come quel soggetto «normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici». Per approfondimenti sul tema, cfr.: G. ALPA, A. CATRICALÀ (a cura di), *Diritto dei consumatori*, Bologna, 2016, p. 141 ss.; R. CATERINA, *Pratiche commerciali scorrette e psicologia della decisione*, in *Studi in onore di Aldo Frignani - Nuovi orizzonti del diritto comparato europeo e transnazionale*, Napoli, 2011; B.B. DUIVENVOORDE, *The consumer benchmark in the Unfair Commercial Practices Directive*, Overijssel, 2014; R.A. HEINER, *Imperfect Decision and the Law: On the Evolution of Legal Precedent and Rules*, in *Journal of Legal Studies*, 15/2, 1986, p. 227 ss.; R. INCARDONA, C. PONCIBÒ, *The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution*, in *Journal of Consumer Policy*, 30, 2007, p. 21 ss.; M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 96 ss.; S. Pagliantini, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012; A. P. SEMINARA, *L'informazione*, cit., p. 122 ss.; N. ZORZI GALGANO, *Il consumatore medio e il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, in *Contr. impr./Eur.*, 2010, p. 549 ss..

attuale, lesione²⁹. L'idoneità a falsare il comportamento economico è espressamente definita dall'art. 18 lett. e), cod. cons., che la configura come idoneità «ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso». Vi rientra, in altre parole, qualsiasi alterazione sensibile del comportamento economico del consumatore.

Dal canto suo, l'art. 5 del d.lg. 2 agosto 2007, n. 145, in materia di pubblicità ingannevole e scorretta comparativa a tutela dei professionisti – e analogamente l'art. 7 del Codice di autodisciplina della comunicazione commerciale, nella sua versione aggiornata del 2021 – dispone che la pubblicità deve essere chiaramente riconoscibile come tale. Per quanto riguarda specificamente i servizi di media audiovisivi, nei quali rientra certamente l'*influencer marketing*³⁰, l'art. 43 del d.lg. 208/2021 stabilisce, in linea con le precedenti disposizioni, che «le comunicazioni commerciali audiovisive devono essere prontamente riconoscibili come tali e sono proibite le comunicazioni commerciali audiovisive occulte».

Secondo la lettura condivisa dalla giurisprudenza amministrativa³¹, il divieto di pubblicità occulta assurge a protezione delle "naturali difese rappresentate dalle risorse critiche alle quali il pubblico è solito ricorrere dinanzi ad una pressione pubblicitaria scoperta" (cd. *advertising consciousness*)³². A parere dell'Autorità antitrust, la pubblicità occulta è "particolarmente insidiosa

²⁹ Ciò è confermato da Cons. St., 22 luglio 2014, n. 3896, in *Guida al diritto*, 38, 2014, p. 50, che ha evidenziato come rilevi esclusivamente la potenzialità lesiva della pratica, indipendentemente da una concreta lesione patrimoniale al comportamento del consumatore. Allo stesso modo, cfr., *ex multis*, TAR Lazio, sez. I, 17 gennaio 2011, n. 348, in *Foro amm.*, 1, 2011, p. 92.

³⁰ In particolare, in questa sede rileva il servizio di media audiovisivo "a richiesta", detto anche "non lineare", definito dall'art. 3, co. 1, lett. p), T.U. come «un servizio di media audiovisivo fornito da un fornitore di servizi di media per la visione di programmi al momento scelto dall'utente e su sua richiesta sulla base di un catalogo di programmi selezionati dal fornitore di servizi di media».

³¹ *Ex multis*, cfr.: TAR Lazio, Sez. I, 21 ottobre 2003, n. 8919, in *Foro amm. TAR*, 2003, p. 2971; TAR Lazio, sez. I, 2 luglio 2003, n. 5827, inedita; Cons. St., sez. VI, 11 aprile 2003, n. 1929, in *Cons. St.*, 2003, II, p. 1419.

³² Ripercorre le diverse modalità di persuasione commerciale del consumatore E. BACCIARDI, *Tecniche di marketing e condizionamento del consumatore: dal dolus bonus alle pratiche commerciali "generalmente ammesse"*, in *Persona e mercato*, 2021, 4, p. 799 ss. Per una lettura in chiave psicologica della pratica commerciale aggressiva e dell'indebito condizionamento che può derivare dalla pubblicità, mi permetto di rinviare a SEMINARA, *Libertà del consumatore e psicologia della pubblicità*, in *Contr. impr.*, 1, 2020, p. 493 ss.





poiché è in grado di condizionare impropriamente il destinatario in quanto capace di aggirare o annullare molte delle difese che l'utente di una pubblicità riconoscibile pone in essere”, e per tale motivo il legislatore ha “inteso garantire ai consumatori quel livello critico necessario allorché si apprestano a decodificare un comportamento commerciale teso alla promozione e all'invito all'acquisto”³³.

Il TAR Lazio si è spinto fino a sostenere che l'occultamento della natura promozionale sarebbe di per sé idoneo a falsare il comportamento del consumatore³⁴. Con riguardo all'art. 7 cod. aut., il Giurì ha evidenziato l'ampia portata della sua tutela: la stessa, infatti, separando informazione giornalistica e comunicazione aziendale, espressione di “un punto di vista pro parte”, protegge gli interessi dei consumatori “che debbono restare il più possibile liberi nelle proprie scelte, e possono esserlo solo se il messaggio pubblicitario sia chiaramente riconoscibile come tale e solo se i consumatori possono valutarlo con un senso critico più vigile e maggiore di quello altrimenti consueto di fronte alle informazioni giornalistiche”. Da ciò consegue che, come principio cardine dell'autodisciplina pubblicitaria, l'art. 7 costituisce una norma che deve avere interpretazione ampia e applicazione rigorosa, che assume necessariamente come parametro di giudizio il criterio del consumatore più sprovveduto, tutelandolo dalla pubblicità che egli non percepisca chiaramente e nettamente come tale³⁵.

Se idonea ad indurre il consumatore ad un determinato comportamento, la pubblicità occulta può incidere in modo scorretto sulla competizione imprenditoriale. Si tratta, pertanto, di una fattispecie plurioffensiva, idonea a pregiudicare il corretto funzionamento della concorrenza, a danno sia dei consumatori che dei professionisti³⁶.

3. La pubblicità redazionale

La prima forma di pubblicità occulta è stata la pubblicità “redazionale”, consistente nell'inserimento strategico di messaggi promozionali negli spazi di un articolo giornalistico apparentemente informativo³⁷. La giurisprudenza

amministrativa l'ha definita come comunicazione “con le ingannevoli sembianze di un normale servizio giornalistico, apparentemente riconducibile ad una disinteressata scelta della redazione”³⁸. L'accertamento dei casi di pubblicità redazionale richiede quindi di distinguere tra le comunicazioni che hanno non solo l'apparenza, ma anche la sostanza dell'informazione giornalistica, espressione della libertà di stampa tutelata dall'art. 21 Cost., e i messaggi pubblicitari dissimulati all'interno di un contesto solo apparentemente informativo³⁹.

La forma contemporanea della pubbliredazionale è quella digitale, che si traduce in *native advertising* nella misura in cui riesca a combinarsi armonicamente con l'estetica e i contenuti dei siti informativi e delle piattaforme *social* ospitanti. Si assiste, infatti, alla progressiva ibridazione tra *medium* informatico e *claim* promozionale, con un nuovo genere di “pubblicità di contenuto”, capace di raggiungere il consumatore senza interrompere fastidiosamente la navigazione sul Web⁴⁰.

Il Codice del consumo include la pubblicità redazionale tra le pratiche in ogni caso ingannevoli, ritenute tali dal legislatore senza l'esigenza di un accertamento nel caso concreto della loro idoneità ad incidere sul comportamento economico del consumatore medio. L'art. 23, lett. m), cod. cons. vieta, infatti, la pratica consistente nell'impiegare contenuti redazionali nei *media* per promuovere un prodotto, qualora i costi di tale promozione siano stati sostenuti dal professionista, senza che ciò emerga chiaramente dai contenuti o da immagini o suoni chiaramente individuabili per il consumatore. Allo stesso modo, l'art. 5 del d.lg. 145/2007 stabilisce che «la pubblicità a mezzo stampa deve essere distinguibile dalle altre forme di

industriale in onore di A. Vanzetti, Milano, 2004, p. 646; M. FUSI, P. TESTA, *op. cit.*, p. 85 ss.; S. MAGELLI, *La pubblicità redazionale*, in *Dir. ind.*, 1999, 8, p. 702 ss.; L. PRINCIPATO, *Pubblicità redazionale tra libertà di cronaca e libertà di comunicazione pubblicitaria*, in *Dir. dell'informazione e dell'informatica*, 2003, 4-5, p. 855 ss.; U. RUFFOLO, *Manifestazione del pensiero e pubblicità redazionale: il percorso tortuoso di una libertà scomoda*, in *Riv. dir. ind.*, 1998, p. 132 ss.

³³ TAR Lazio Roma, 8 febbraio 2005, n. 1128, in *Conc. merc. rassegna degli orientamenti dell'Autorità Garante*, 2007, 15, p. 129.

³⁴ TAR Roma, sez. I, 16 aprile 2007, n. 3292, in *Giur. merito*, 4, 2008, p. 1150, con nota di C. Tuveri, *Il labile confine tra diritto di cronaca e pubblicità redazionale*.

⁴⁰ Analizzano in chiave psicologica il disagio e lo scetticismo del consumatore causati dall'identificazione di una pubblicità R. D. PETTY, C. ANDREWS, *Covert Marketing Unmasked: a Legal and Regulatory Guide for Practices That Mask Marketing Messages*, in *Journal of Public Policy & Marketing*, 2008, 27, n. 7.

³³ A.G.C.M., PS/2861, 11 giugno 2009, Provv. n. 19955, in *Boll.* 24/2009.

³⁴ TAR Lazio, Sez. I, 13 gennaio 2014, nn. 356 e 358, inedita.

³⁵ *Cit.* Giurì n. 150/89.

³⁶ Cons. St., sez. VI, 11 marzo 2010, n. 1435, in *Giorn. amm.*, 6, 2010, p. 635.

³⁷ Per approfondimenti sul tema, vedi: E. APA, *La pubblicità commerciale. Struttura, natura e referenti costituzionali*, Napoli, 2011, p. 268 ss.; M. FUSI, *Pubblicità occulta e globalizzazione della comunicazione*, in *Studi di diritto*

comunicazione al pubblico, con modalità grafiche di evidente percezione»⁴¹.

Come emerge dal dettato normativo, la pubblicità redazionale non è vietata di per sé, ma viene assoggettata a due particolari obblighi di forma: l'uso di idonei accorgimenti e di modalità grafiche di evidente percezione che ne rivelino la natura commerciale, distinguendola dal contesto redazionale⁴². Analogamente, il codice di autodisciplina prevede, più in generale, che ogni comunicazione commerciale deve essere nettamente distinta dal contesto comunicativo di altro genere «per mezzo di idonei accorgimenti» (art. 7).

Nel prosieguo vedremo come queste regole siano state interpretate nella prassi delle autorità giudicanti, che hanno fornito importanti suggerimenti per calibrare il giudizio sulla identificabilità di un messaggio commerciale camuffano nel contesto di una informazione apparentemente neutrale.

4. Il product placement

Sulla medesima scia della pubbliredazionale, si è sviluppato nel contesto televisivo il *product placement*, consistente nell'inserimento strategico di prodotti e riferimenti commerciali all'interno di uno spettacolo⁴³. Il Testo unico in materia di servizi

⁴¹ Dal canto suo, il contratto nazionale del lavoro giornalistico stabilisce all'art. 44 che «allo scopo di tutelare il diritto del pubblico a ricevere una corretta informazione, distinta e distinguibile dal messaggio pubblicitario e non lesiva degli interessi dei singoli, i messaggi pubblicitari devono essere chiaramente individuabili come tali e quindi distinti, anche attraverso apposita indicazione, dai testi giornalistici. (...) Gli articoli elaborati dal giornalista nell'ambito della sua normale attività redazionale non possono essere utilizzati come materiale pubblicitario».

⁴² L'Autorità antitrust ha stigmatizzato l'inserimento, all'interno di un articolo di un settimanale, di un messaggio promozionale di un prodotto per bambini, in quanto la natura commerciale risultava dissimulata nella neutralità del contesto editoriale (A.G.C.M., PS/8962, 29 gennaio 2015, Provv. n. 24778, in *Boll.* 8/2014). Più in generale, L'A.G.C.M. considera la pubblicità redazionale una condotta particolarmente insidiosa (*ex multis*, cfr. A.G.C.M., PS/11131, 19 dicembre 2018, Provv. n. 27494, in *Boll.* 2/2019).

⁴³ Sul tema, cfr.: M. AMMENDOLA, *Product placement e direttiva sull'esercizio delle attività televisive*, in *AIDA*, 2008, p. 233 ss.; E. BERTI ARNOLDI, *Product placement*, in *Riv. dir. ind.*, 1994, p. 62 ss.; P. CARBALLO-CALERO FERNANDEZ, *Pubblicità occulta e product placement*, Padova, 2004; G. DE CRISTOFARO (a cura di), *op. cit.*, p. 85 ss.; G. FLORIDIA, *Il divieto della pubblicità camuffata*, in *AIDA*, 1994, p. 5 ss.; M. FUSI, *Il Product Placement fra divieto di pubblicità non trasparente e nuova disciplina del Cinesponsoring*, in *Riv. dir. ind.*, 2005, p. 10 ss.; M. FUSI, P. TESTA, *op. cit.*, p. 91 ss.; E. MINA, *La nuova regolamentazione del "product placement" nelle opere cinematografiche*, in *dir. Ind.*, 2004, p. 589 ss.; S.

di Media Audiovisivi definisce all'art. 3, co. 1, *lett. uu*), l'«inserimento di prodotti» come «ogni forma di comunicazione commerciale audiovisiva che consiste nell'inserire o nel fare riferimento a un prodotto, a un servizio o al relativo marchio così che appaia all'interno di un programma o di un video generato dall'utente dietro pagamento o altro compenso». A sua volta, la «comunicazione commerciale audiovisiva» ricomprende tutte le immagini, siano esse sonore o non, destinate a promuovere, direttamente o indirettamente, i beni, i servizi o l'immagine di una persona fisica o giuridica che esercita un'attività economica, inserite o di accompagnamento in un programma o in un video generato dall'utente dietro pagamento o altro compenso o a fini di autopromozione (art. 3, co. 1, *lett. oo*)

L'art. 48, co. 1, T.U. precisa che l'inserimento di prodotti può avvenire sia dietro corrispettivo monetario ovvero dietro fornitura gratuita di beni e servizi, quali aiuti alla produzione e premi, in vista della loro inclusione all'interno di un programma. Il riferimento promozionale può essere visivo (cd. *product placement visuale*) o orale (cd. *product placement verbale*), e può rappresentare la base su cui viene costruita un'intera opera (cd. *product placement integrato*).

La pratica non può dirsi integrata nel caso in cui l'esibizione di un marchio o di un prodotto derivi dalla libera valutazione dei produttori dell'opera, o comunque sia privo di un intento promozionale in quanto, ad esempio, la riconoscibilità sia notoria e non sollecitata.

L'efficacia del *product placement*, indotta dalla suggestione socio-psicologica del contesto spettacolare⁴⁴, è ampliata dalla sua capacità di inserirsi armoniosamente nella narrazione, e pertanto di influenzare il consumatore pur rimanendo l'attenzione di quest'ultimo concentrata esclusivamente sulla storia rappresentata. Analogamente alla pubbliredazionale, dietro all'apparente neutralità artistica, il motivo commerciale potrebbe incidere in modo più efficace sulla percezione del destinatario, non irrigidita dalla consapevolezza di una comunicazione prettamente pubblicitaria. Diversamente, nella sponsorizzazione (art. 46 T.U.)⁴⁵ il riferimento pubblicitario viene

SALVETTI, *Il product placement cinematografico nel nuovo branded entertainment*, in *Riv. dir. ind.*, 2009, p. 52 ss.

⁴⁴ TAR Lazio, Sez. I, 14 ottobre 2008, n. 8900, inedita.

⁴⁵ L'art. 46 del Testo Unico sui servizi audiovisivi prescrive una serie di condizioni per la legittimità della sponsorizzazione, volte ad evitare che il contenuto e (per la radio-televisione) la programmazione delle trasmissioni siano influenzati dallo sponsor, e a consentire un chiaro riconoscimento della sponsorizzazione, vietando altresì specifici riferimenti ai prodotti o al brand, a tutela dell'autonomia editoriale e della





inserito in modo evidente, ma resta esterno allo sviluppo narrativo, mentre nel *product placement* il *brand* o il prodotto è più o meno integrato con i contenuti rappresentati⁴⁶.

Recependo l'impostazione del legislatore eurounitario (dir. 2018/1808/UE), il **legislatore** ha escluso una stigmatizzazione *tout court* del *product placement*, liberamente praticabile con l'adozione di apposite misure⁴⁷. In particolare, l'art. 48, co. 3, T.U. prevede che i programmi nei quali sono inseriti i prodotti devono essere conformi ai seguenti requisiti: a) il loro contenuto e l'organizzazione all'interno di un palinsesto, nel caso di trasmissioni televisive, o all'interno di un catalogo, nel caso di servizi di media audiovisivi a richiesta, non sono in alcun caso influenzati in modo da compromettere la responsabilità e l'indipendenza editoriale del fornitore di servizi di media; b) non incoraggiano direttamente l'acquisto o la locazione di beni o servizi, in particolare facendo specifici riferimenti promozionali a tali beni o servizi; c) non danno indebito rilievo ai prodotti in questione; d) i telespettatori sono chiaramente informati dell'inserimento di prodotti tramite apposita identificazione all'inizio e alla fine della trasmissione e quando il programma riprende dopo un'interruzione pubblicitaria⁴⁸, per evitare ogni possibile confusione da parte del telespettatore⁴⁹.

Come può evincersi, analogamente alla pubblicità redazionale la normativa prescrive la chiara separazione tra il contesto informativo e il messaggio commerciale, vietando specifici riferimenti promozionali o indebiti rilievi, ed imponendo un'apposita identificabilità della natura pubblicitaria degli inserimenti.

integrità dell'opera trasmessa. Vista la fisiologica estraneità della sponsorizzazione dai contenuti audio-video finanziati, non si pone per la stessa un problema di mancanza di trasparenza, ma semmai, come visto, un problema di eccessiva invadenza, stigmatizzata dal legislatore.

⁴⁶ Così R. P. NELLI, P. BENSI, *Il product placement nelle strategie di convergenza della marca nel settore dell'intrattenimento*, Milano, 2007, p. 187 ss.

⁴⁷ Tale approccio trova conferma nella dir. 2005/29/CE in materia di pratiche commerciali scorrette, che al considerando 6 esclude espressamente dal perimetro di applicazione le «pratiche pubblicitarie e di marketing generalmente ammesse, quali il *product placement* consentito».

⁴⁸ La previsione di un avviso nei soli titoli di coda è prescritta, per le opere cinematografiche, dall'art. 2, co. 2, D.M. 20 luglio 2004, sulle «Modalità tecniche di attuazione del collocamento pianificato di marchi e prodotti nelle scene di un'opera cinematografica *product placement*».

⁴⁹ Il *product placement* è assolutamente vietato all'interno dei notiziari, i programmi di attualità, quelli religiosi, per i consumatori o per bambini (art. 48 T.U.), o per promuovere prodotti quali tabacco, medicinali e trattamenti sanitari soggetti a prescrizione medica obbligatoria, o i giochi d'azzardo (art. 43, co. 1, lett. e), f) e h) T.U.).

I principi descritti sono applicabili anche ai video diffusi sulle piattaforme digitali, ai quali si estende espressamente il Testo Unico del 2021 (art. 1, co. 1)⁵⁰. Ciò emerge anche dalla definizione di «servizio di piattaforma per la condivisione di video»: un servizio il cui obiettivo principale, anche solo di una sua sezione distinguibile o di una sua funzionalità essenziale, sia la fornitura di programmi, video generati dagli utenti o entrambi destinati al grande pubblico⁵¹, per i quali il fornitore della piattaforma per la condivisione di video non ha responsabilità editoriale, al fine di informare, intrattenere o istruire attraverso reti di comunicazioni elettroniche⁵², e la cui organizzazione è determinata dal fornitore della piattaforma per la condivisione di video, anche con mezzi automatici o algoritmi, in particolare mediante visualizzazione, attribuzione di *tag* e sequenziamento (art. 3, co. 1, lett. c)).

Alla luce del quadro normativo esaminato, appare del tutto ragionevole estendere l'applicazione delle regole in materia di pubblicità occulta all'*influencer marketing*, trattandosi di una fattispecie ibrida, idonea a condensare tanto una pubblicità redazionale, quanto una forma di *product placement*. Alla mancanza di una disciplina normativa *ad hoc* non corrisponde, dunque, un'anomia in senso stretto, dovendosi in ogni caso ricondurre tale pratica commerciale ai diversi prismi della disciplina pubblicitaria esistente.

Per comprendere la misura della rilevanza giuridica del fenomeno, occorre individuarne le peculiarità che lo contraddistinguono rispetto alle forme più tradizionali di *réclame*. Notevoli spunti, in questo senso, possono ricavarsi dalle regole che al marketing d'influenza sono state dedicate nel contesto autodisciplinare, originate da quel

⁵⁰ L'estensione delle regole in materia di pubblicità audiovisiva alle piattaforme di condivisione di video trova conferma nell'art. 43, co. 5, del Testo Unico in materia di servizi di media.

⁵¹ Secondo la lettera h) dell'art. 3: con «video generato dall'utente» s'intende «una serie di immagini animate, sonore o non, che costituiscono un singolo elemento, indipendentemente dalla sua durata, creato da un utente e caricato su una piattaforma per la condivisione di video dal medesimo o da un qualunque altro utente».

⁵² Ai sensi dell'articolo 2, lett. a), dir. 2002/21/CE, sono tali «i sistemi di trasmissione e, se del caso, le apparecchiature di commutazione o di instradamento e altre risorse che consentono di trasmettere segnali via cavo, via radio, a mezzo di fibre ottiche o con altri mezzi elettromagnetici, comprese le reti satellitari, le reti terrestri mobili e fisse (a commutazione di circuito e a commutazione di pacchetto, compresa Internet), le reti utilizzate per la diffusione circolare dei programmi sonori e televisivi, i sistemi per il trasporto della corrente elettrica, nella misura in cui siano utilizzati per trasmettere i segnali, le reti televisive via cavo, indipendentemente dal tipo di informazione trasportato».

medesimo mondo imprenditoriale al quale le stesse sono rivolte.

5. La Digital Chart dell'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria e le forme di autoregolamentazione dell'influencer marketing

Il settore pubblicitario vanta una delle più importanti ed efficaci forme di autoregolamentazione, modello ricco di implicazioni giuridiche, non di rado avanguardia dello sviluppo giuridico in materia⁵³. Attento all'evoluzione tecnologica dell'*advertising*, l'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria ha emanato nel luglio 2016 la *Digital Chart*, contenente una serie di suggerimenti non vincolanti per l'applicazione del principio di trasparenza al fenomeno dell'*influencer marketing* (e più in generale alla *digital advertising*).

Primo provvedimento in materia nel contesto nazionale, la Carta trae ispirazione da altre forme di *soft law* straniere, tra cui *in primis* quelle dalla *Federal Trade Commission* statunitense, emanate nel 1972, e pubblicate tre anni dopo⁵⁴. Nel contesto europeo, altre autorità autodisciplinari si sono orientate seguendo il modello dell'*European Advertising Standard Alliance*⁵⁵, attraverso l'adozione delle *Digital Marketing Communications - Best Practice Recommendation* del 2015⁵⁶, a loro volta basate sui principi contenuti nel *Consolidated Code on Advertising and Marketing Communication Practice*, redatto dalla Camera di commercio internazionale⁵⁷.

⁵³ Per approfondimenti sul tema dell'autodisciplina pubblicitaria, si rinvia a C. ALVISI, V. GUGGINO (a cura di), *Autodisciplina pubblicitaria. La soft law della pubblicità italiana*, Torino, 2020.

⁵⁴ Si tratta delle *Guides Concerning the Use of Endorsements and Testimonials in Advertising* (37 Fed. Reg. 25,548, Dec. 1, 1972). A queste è seguita la *Native Advertising Guide*, pubblicata nel 2015, che chiarisce i presupposti e le modalità di applicazione degli obblighi di *disclosure*. Per una panoramica della disciplina nel quadrante statunitense e sul fronte europeo, si rinvia a J. CIANI, M. TAVELLA, *op. cit.*, p. 502 ss.

⁵⁵ L'EASA è un organismo rappresentativo con sede a Bruxelles, che riunisce attualmente 40 organizzazioni, portatrici delle istanze dei sistemi di autoregolamentazione (per la maggior parte) e del mondo che compone la *industry* pubblicitaria, espressione quest'ultimo degli interessi degli inserzionisti, delle agenzie e dei diversi *mass media*.

⁵⁶ Consultabile al link seguente <https://www.easa-alliance.org/wp-content/uploads/2022/04/EASA-Best-Practice-Recommendation-on-Digital-Marketing-Communications.pdf>.

⁵⁷ Cfr. il codice al seguente link: <https://iccwbo.org/news-publications/policies-reports/icc-advertising-and-marketing-communications-code/>.

La *Digital Chart*, a distanza di un anno dall'emanazione, è stata sostituita da una seconda versione, nella quale sono indicate le condizioni per rendere riconoscibile la (eventuale) natura pubblicitaria dei messaggi pubblicati, da parte degli *influencer*, tramite *post* sui *social network*⁵⁸. Secondo il principio, recepito dalle *Guides* statunitensi, della cd. *material connection*, deve esservi un rapporto di tipo commerciale tra autore del *post* e azienda inserzionista, da cui l'obbligo di *disclosure*⁵⁹.

L'art. 7 cod. aut. prevede che, ove il fine promozionale non sia già chiaramente riconoscibile dal contesto, esso deve essere reso noto agli utenti con mezzi idonei⁶⁰. Occorre partire da tale principio, che segna il *discrimen* tra *influencer marketing* lecito e illecito, ancorandolo alla riconoscibilità, agli occhi del pubblico, della natura commerciale del messaggio veicolato⁶¹.

Più in dettaglio, la Carta prescrive l'indicazione nella parte iniziale del *post* di un'espressione, in italiano o in inglese, che faccia riferimento alla funzione pubblicitaria o alla collaborazione con un certo *brand*, tra cui a titolo esemplificativo: "*Advertising/Pubblicità*", "*Promoted by/Promosso da*", "*Sponsored by/Sponsorizzato da*", "*in partnership with/in collaborazione con*", accompagnate dal *brand*. In aggiunta, o in alternativa, viene suggerito l'inserimento entro i primi tre *hashtag* (#)⁶², di una dicitura quale:

⁵⁸ Rimangono fuori dall'applicazione delle regole autodisciplinari i commenti spontanei, le opinioni e le preferenze espresse, in quanto libera manifestazione del pensiero. Attenzione: anche un *user generated content* può avere, dietro all'apparente neutralità, una finalità commerciale, con la conseguente applicazione delle regole esaminate. Prova della natura commerciale della comunicazione (sia essa di un *influencer* o di un normale *user*) è l'esistenza di un accordo con un inserzionista per la promozione di un prodotto o di un *brand*.

⁵⁹ La connessione è *material* (significativa) quando sia idonea ad influenzare il comportamento del consumatore reso edotto del rapporto di collaborazione commerciale.

⁶⁰ Come evidenziato dalla Carta, la riconoscibilità della *réclame* rappresenta un profilo fondamentale per preservare il rapporto fiduciario tra inserzionisti e utenti del *web*, necessario alla stessa efficacia della comunicazione.

⁶¹ Lo stesso criterio è stato applicato nel sindacato sulla legittimità della raffigurazione, all'interno dei *post*, di marchi altrui da parte di *influencer*, considerata illecita quando il pubblico "non può che percepire le immagini condivise dall'*influencer* come aventi finalità commerciali e pubblicitarie". Così Trib. Genova, sez. spec. Imprese, 4 febbraio 2020, cit.

⁶² L'*hashtag* (individuato dal segno "#") è una chiave di ricerca che assegna una categoria al contenuto del *post*, consentendogli di raggiungere più utenti. Nella piattaforma Instagram, l'esigenza di porre l'informativa entro le prime tre righe si giustifica per il fatto che, nel caso in cui l'utente acceda alla piattaforma tramite *smartphone*, per visualizzare il messaggio per intero potrebbe essere necessario cliccare su "more".





“#pubblicità/advertising”; “#sponsorizzato da/sponsored by”, seguito dal brand; “#ad”, unitamente al *brand*.

Nel caso di *vlog* (un *post* in formato video), occorre la ripresa del *disclaimer* all’inizio o alla fine del video, o ancora un’espressa rivelazione verbale, da parte del protagonista, della natura pubblicitaria delle sue dichiarazioni ove queste siano confondibili, per stile, tono e contenuti, con quelle ordinariamente utilizzate dall’*influencer*. Nel caso particolare di *product placement*, oltre alle predette misure si ammette anche l’inserimento in sovraimpressione del *disclaimer* in concomitanza con le inquadrature promozionali, mentre le dichiarazioni verbali del protagonista dovrebbero accompagnare l’eventuale citazione, uso o inquadramento di un prodotto o del *brand* all’interno del video, o quella parte del *vlog* esclusivamente dedicata alla promozione commerciale.

A partire dall’aprile 2019, l’art. 7 cod. aut. contiene un espresso rinvio ad un nuovo “Regolamento Digital Chart sulla riconoscibilità della comunicazione commerciale diffusa attraverso internet”, che impone le medesime indicazioni viste sopra, considerandole sufficienti a garantire l’identificabilità della *réclame*. Diversamente dalle versioni precedenti della *Digital Chart*, grazie al rinvio dell’art. 7, le prescrizioni regolamentari diventano vincolanti per gli aderenti al sistema autodisciplinare, ferma restando la facoltà di adottare diciture differenti, purché sostanzialmente idonee a consentire ai destinatari di conoscere la natura pubblicitaria e commerciale dei *claims*⁶³.

Alcuni suggerimenti su modalità alternative di *disclosure* possono ricavarsi dal quadrante statunitense, ed in particolare dalla *Native Advertising Guide* del 2015⁶⁴. Si consiglia di localizzare l’avvertenza dove l’utente ordinariamente pone lo sguardo nel senso della lettura, vicino al punto focale o a una *headline* pubblicitaria⁶⁵, o ancora, nel caso di video, all’inizio e più vicino possibile al messaggio commerciale. I *disclaimer*, preferibilmente uno per ogni annuncio,

devono essere facilmente percepibili dai destinatari, per cui: quelli testuali devono avere carattere e colore tali da risultare leggibili⁶⁶, anche per contrasto rispetto allo sfondo; quelli audio devono essere recitati ad un volume e con una cadenza che li renda comprensibili; quelli video devono essere rappresentati sullo schermo per una durata sufficiente.

Il Regolamento *Digital Chart* prevede che nel caso in cui il rapporto tra *influencer* e inserzionista non sia di committenza ma si limiti all’invio occasionale da parte di quest’ultimo di propri prodotti gratuitamente o per un modico corrispettivo, i post o altre comunicazioni diffuse in rete dall’*influencer* che citino o rappresentino tali prodotti dovranno contenere, in luogo delle avvertenze di cui sopra, un *disclaimer* (verbale, nel caso di video) del seguente tenore: “prodotto inviato da..” seguito dal *brand*, o equivalente. In quest’ultima ipotesi, l’inserzionista deve informare l’*influencer*, in modo chiaro e inequivoco, al momento dell’invio del prodotto, dell’esistenza dell’obbligo di inserire tale avvertenza; la responsabilità dell’inserzionista è circoscritta alla segnalazione all’*influencer* dell’esistenza di tale obbligo.

Come precisato dalla *Digital Chart*, l’*influencer marketing* è soggetto all’applicazione di tutte le disposizioni del Codice di autodisciplina. Pertanto, oltre all’art. 7, deve applicarsi anche l’art. 4 cod. aut., specificamente richiamato dalla Carta, secondo cui «*le testimonianze e le altre forme di accreditamento di un prodotto, con finalità promozionali, devono rendere palese la loro natura ed essere autentiche e responsabili*» (art. 4 cod. aut.). Si tratta, come può evincersi, di una particolare declinazione del principio di trasparenza e di correttezza della comunicazione commerciale.

Dalle testimonianze vere e proprie vanno chiaramente distinte le comparse e gli attori che operano nello spot in quanto mere finzioni sceniche. Le prime, infatti, devono consistere in “attestazioni di verità di fatti accaduti da parte di chi è in grado di conoscerli perché vi ha partecipato oppure perché ne è venuto a conoscenza” personalmente o professionalmente⁶⁷: nel caso dell’*influencer*, dunque, il *claim* assurge a testimonianza ove connesso ad un’esperienza o competenza del protagonista, idonee ad attribuire a quest’ultimo un certo credito presso il pubblico.

Le prescrizioni autodisciplinari in materia di *influencer marketing* confermano l’esigenza,

⁶³ Nella *Digital Chart* si precisa infatti che il Codice di autodisciplina «non indica le modalità obbligatorie per segnalare agli utenti il fine promozionale del contenuto pubblicato».

⁶⁴ Cfr. la *Federal Trade Commission, Native Advertising: A Guide for Business* del 2015, al link www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/native-advertising-guide-businesses.

⁶⁵ L’utilizzo della forma di *tag*, *hashtag* o *link* è sconsigliato, vista la propensione degli users a non leggerli. Allo stesso modo, il *claim* non dovrebbe essere posto nelle note, o in un blocco di testo, né essere raggiungibile tramite link ad un’altra pagina.

⁶⁶ Devono evitarsi abbreviazioni poco familiari al lettore o formulazioni criptiche o ambigue.

⁶⁷ Così Giuri n. 75/1986, n. 156/92 e n. 209/95.

avvertita dallo stesso mondo pubblicitario, di stigmatizzare messaggi commerciali dissimulati dall'*endorsement* apparentemente neutrale di un prodotto⁶⁸. Prime avvisaglie si erano già avute, con taglio sostanzialmente analogo a quello della Carta, nel luglio 2017, quando l'Autorità antitrust aveva inviato a sette *influencer* e a undici celebri società lettere di *moral suasion* nelle quali invitava ad adottare tutte le precauzioni necessarie per eliminare i profili di ingannevolezza e ad adeguare al principio di trasparenza pubblicitaria le comunicazioni commerciali trasmesse attraverso le *piattaforme social*⁶⁹.

Un'iniziativa simile a quella dell'IAP è stata realizzata dall'Associazione Igersitalia⁷⁰, che ha costituito nel 2017 un comitato scientifico per la definizione di un Codice etico per i *Digital Content Creator*⁷¹, che si occupano di creare contenuti sul Web con finalità pubblicitarie⁷². Il Codice etico conferma l'obbligo di rendere nota l'attività promozionale attraverso diciture chiare e riconoscibili, suggerendo qualche esempio sulla scia di quelli della *Digital Chart*. Lo stesso comitato si è anche proposto di sviluppare tavoli di concertazione insieme alle associazioni di categoria per la redazione di un disegno di legge in materia.

Come emerso, il fenomeno del marketing d'influenza ripropone le medesime esigenze giuridiche di trasparenza che hanno incentivato la normazione sulla pubblicità occulta. Pur mancando una disciplina *ad hoc*, i punti di convergenza tra le fattispecie più tradizionali di pubblicità e l'*influencer marketing* consentono di estendere a quest'ultimo le soluzioni adottate per le prime.

⁶⁸ Preoccupazioni sono state manifestate, in questo senso, dal Commissario dell'AGCom all'incontro annuale dell'IAP del 15 maggio 2017, reperibile al link <https://www.agcom.it/documents/10179/7627613/Comunicato+stampa+15-05-2017/899d61d3-be5a-405a-963d-4cab4a0292ea?version=1.2>. Nel giugno 2018, l'AGCom e l'IAP hanno stipulato un accordo quadro per il coordinamento delle relative competenze, al fine di garantire una maggiore tutela ai destinatari della comunicazione commerciale, con una specifica attenzione al contesto digitale, mediante l'approfondimento di tematiche tecniche e regolamentari e l'implementazione di una serie di misure preventive e informative di interesse comune. Cfr. l'accordo al link www.iap.it/2018/06/accordo_quadroagcm_iap/.

⁶⁹ L'Autorità antitrust ha esteso, nell'agosto 2018, tali suggerimenti anche ai *microinfluencer*.

⁷⁰ L'associazione riunisce i professionisti specializzati nella produzione di contenuti digitali su Instagram.

⁷¹ Il Codice è reperibile sul sito *Instagramersitalia.it*.

⁷² Un'altra iniziativa di rilievo in termini di soft law proviene dagli operatori del settore della comunicazione digitale, ed in particolare dall'*Interactive Advertising Bureau (IAB)* e dalla sua filiale italiana, *IAB Italia*, che hanno pubblicato nel 2015 la guida "Native Advertising, The art of Making", che riporta indicazioni dettagliate sulla *disclosure* pubblicitaria sul web.

Sotto questo profilo, importanti spunti possono trarsi dalla prassi applicativa, attraverso un confronto tra i precedenti in materia di pubblicredazionale e di *product placement*, e quelli, più recenti, che hanno individuato nelle pratiche di alcuni *influencer* delle ipotesi di pubblicità non trasparente.

6. L'accertamento della pubblicità occulta nella prassi relativa alla pubblicredazionale e al product placement

Il sindacato sulla pubblicità occulta sconta le difficoltà derivanti dalla ibridazione tra il messaggio principale (l'opera, l'articolo di giornale, il *post* etc.) e quello commerciale, in alcuni casi tale da renderli indistinguibili. In pratica, andrebbe preliminarmente verificato se la presenza di un elemento promozionale sia o meno identificabile da parte dei destinatari del messaggio, in quest'ultimo caso dovendosi escludere l'illegittimità. Occorrerebbe poi accertare se l'eventuale riferimento ad un prodotto o azienda sia intenzionalmente diretto ad una finalità promozionale o se esso sia giustificato da altre ragioni, tra cui le esigenze pratiche, la fedeltà ad un modello storico, le necessità sceniche. In sintesi, a rilevare non è l'effetto pubblicitario derivante da una determinata rappresentazione, bensì lo scopo perseguito⁷³.

L'intento commerciale troverebbe definitiva conferma in un rapporto di commissione tra impresa e mezzo di comunicazione. Tuttavia, la stessa Autorità antitrust ha evidenziato che, nella generalità dei casi, "la dissimulazione dell'effettivo intento pubblicitario non può conciliarsi con la formalizzazione di un rapporto di committenza che renderebbe palese e trasparente la nascosta finalità reclamistica e quindi vanificherebbe il raggiungimento degli scopi dell'operazione pubblicitaria rivolta appunto all'aggiramento e all'elusione del divieto di pubblicità ingannevole"⁷⁴.

Viste le difficoltà istruttorie, nella prassi applicativa l'Autorità ha fatto spesso ricorso ad un insieme di presunzioni sul carattere commerciale del messaggio⁷⁵: ove nel contesto comunicativo vi siano indizi gravi, precisi e concordanti, idonei a far

⁷³ Così TAR Lazio, 21 ottobre 2003, n. 8919, cit.

⁷⁴ Così A.G.C.M., PS/2861, 11 giugno 2009, Provv. n. 19955, in *Boll.* 24/2009.

⁷⁵ Si rinvia, per riferimenti alla prassi meno recente, a M. CARTELLA, *Trasparenza della pubblicità e tendenze applicative dell'Autorità Garante*, in *Riv. dir. ind.*, 1995, 3, p. 231 ss.





presumere ragionevolmente l'intento promozionale, si verserebbe in un'ipotesi di pubblicità⁷⁶.

Per quanto riguarda la pubblicità redazionale, ad esempio, la natura promozionale può essere desunta dagli elementi grafici e dalle modalità di inserimento della menzione commerciale all'interno dell'informazione⁷⁷. Tra gli indizi, l'Autorità antitrust ha preso in considerazione il tipo di giornale⁷⁸, il pubblico di riferimento e l'esistenza di investimenti pubblicitari in altre riviste dell'editore⁷⁹, o ancora la compatibilità della citazione commerciale con l'esercizio obiettivo della cronaca e dell'informazione, e dunque la sua strumentalità rispetto alla rappresentazione giornalistica⁸⁰. La presenza della firma del giornalista autore dell'articolo è stata interpretata come indizio di una natura meramente informativa, anche se non di per sé sufficiente a dimostrarla⁸¹.

Sotto il profilo contenutistico, appare sintomatico della natura pubblicitaria uno stile elogiativo del tutto ingiustificato rispetto alle esigenze narrative e alle finalità informative⁸², o poco coerente con il contesto informativo⁸³, ad esempio in mancanza di contenuti ulteriori rispetto a quelli aventi una valenza meramente commerciale⁸⁴. Così, l'Autorità antitrust ha attribuito natura commerciale a un messaggio inserito all'interno di una rubrica stampata a sfondo sociale informativo, ritenuta "evidente" sulla base delle modalità comunicative elogiative e dell'invito particolarmente enfatico a prendere contatti con l'operatore pubblicitario⁸⁵.

Tra i segni grafici di evidente percezione richiesti ai fini dell'identificazione della natura pubblicitaria dell'inserito, nella prassi è stata ritenuta sufficiente a volte la semplice indicazione

dell'espressione "informazione commerciale" o simili, mentre altre volte la si è ritenuta inadeguata, a seconda del contesto redazionale⁸⁶. Sono stati considerati idonei a rendere identificabile la natura del messaggio l'utilizzo di caratteri tipografici e di un *format* differente rispetto a quello dell'articolo principale⁸⁷, l'inserimento in un riquadro perimetrato da una filettatura⁸⁸, la mancanza del numero della pagina⁸⁹.

Nel caso di pubblicità redazionale su Internet, trova conferma l'orientamento dell'Autorità antitrust e della giurisprudenza amministrativa secondo cui, ai fini della valutazione del messaggio, occorre prendere in considerazione la sola pagina web visitata e non tutto il sito, secondo il principio dell'autosufficienza informativa⁹⁰. Già in passato l'Autorità aveva sottolineato come l'ingannevolezza di un messaggio non potesse essere sanata dal fatto che nella medesima pagina fosse rinvenibile una finestra all'interno della quale, mediante un cursore, risultava possibile accedere alle informazioni rilevanti per la decisione consumeristica, in ragione del fatto che le stesse richiedono da parte dell'utente un onere nient'affatto scontato⁹¹.

È fatta salva l'ipotesi in cui sia imposto all'utente di navigare obbligatoriamente al fine di conoscere tutte le informazioni negoziali utili alla decisione⁹², nel qual caso i messaggi articolati in più pagine *web* e collegati da *link* ipertestuali devono essere considerati come un *unicum* per ciò che concerne il contenuto informativo, da giudicare nel suo complesso⁹³.

In analogia con la pubblicità redazionale, l'accertamento del *product placement* deve essere compiuto prendendo in considerazione le inquadrature, le esigenze narrative e il contesto della rappresentazione. In particolare, sono stati ritenuti indizi di pubblicità occulta, all'interno di film o programmi, l'esibizione artificiosa e non giustificata di marchi e segni distintivi al di fuori

⁷⁶ A.G.C.M., PS/3011, 25 giugno 2009, Provv. n. 20010, in *Boll.* 26/2009.

⁷⁷ A.G.C.M., PI/1191, 20 marzo 1997, Provv. n. 4806, in *Boll.* 12/97. Appare chiaro che, ove si provasse l'assenza di un rapporto di committenza, andrebbe esclusa la presenza di una forma di pubblicità occulta (Così TAR Lazio, Sez. I, 16 ottobre 2006, n. 10212, inedita).

⁷⁸ A.G.C.M., PI/2491, 10 agosto 1999, Provv. n. 7466, in *Boll.* 31-32/99.

⁷⁹ A.G.C.M., PI/2674, 10 febbraio 2000, Provv. n. 8026, in *Boll.* 6/2000.

⁸⁰ A.G.C.M., PI/3531, 24 gennaio 2002, Provv. n. 10379, in *Boll.* 4/2002.

⁸¹ A.G.C.M., PI/1496, 8 gennaio 1998, Provv. n. 5607, in *Boll.* 1-2/98. Analogamente, Giuri n. 393/99 e n. 101/95.

⁸² A.G.C.M., PI/4643, 17 marzo 2005, Provv. n. 14148, in *Boll.* 11/2005.

⁸³ A.G.C.M., PI/2642, 25 gennaio 2000, Provv. n. 7975, in *Boll.* 4/2000.

⁸⁴ A.G.C.M., PI/1443, 26 agosto 1997, Provv. n. 5273, in *Boll.* 34-35/1997.

⁸⁵ A.G.C.M., PI/3236, 29 marzo 2001, Provv. n. 9371, in *Giust. civ.*, I, 2001, p. 2861.

⁸⁶ Così A.G.C.M. PI/2171, 14 gennaio 1999, Provv. n. 6808, in *Boll.* 2/99 e Giuri n. 24/76 e n. 130/89.

⁸⁷ A.G.C.M., PI/2225, 25 gennaio 1999, Provv. n. 6937, in *Boll.* 8/1999.

⁸⁸ A.G.C.M., PI/2665, 2 dicembre 1999, Provv. n. 7797, in *Boll.* 48/1999.

⁸⁹ A.G.C.M., PI/1302, 15 maggio 1997, n. 4998, in *Boll.* 20/1997.

⁹⁰ A.G.C.M., PB/260, 18 novembre 2009, Provv. n. 20490, in *Boll.* 47/2009.

⁹¹ *Ex multis*, cfr: A.G.C.M., PB/523, 30 marzo 2010, Provv. 20952, in *Boll.* 13/2010; A.G.C.M., PI/5961, 27 marzo 2008, Provv. n. 18194, in *Boll.* 12/2008; A.G.C.M., PI/6254, 21 febbraio 2008, Provv. n. 17856, in *Boll.* 1/2008.

⁹² A.G.C.M., PS/1003, 15 luglio 2009, Provv. n. 20090, in *Boll.* 28/2009.

⁹³ A.G.C.M., PS/2082, 15 ottobre 2009, Provv. n. 20385, cit.

delle esigenze comunicative⁹⁴, nonché il carattere esageratamente laudativo o ripetitivo rispetto al contesto narrativo⁹⁵.

Sono state considerate pubblicità televisive occulte la menzione costante di un prodotto da parte di un protagonista della trasmissione, accompagnata da inquadrature prive di nessi funzionali con il programma⁹⁶, come pure la costante ripresa di un prodotto indossato da un partecipante alla trasmissione con il marchio pienamente riconoscibile⁹⁷. Gli stessi criteri di giudizio adottati per il *product placement* sono stati estesi alla pubblicità occulta nei video diffusi su Internet⁹⁸.

A parere di chi scrive, l'applicazione analogica dei suddetti criteri appare ragionevole anche con riguardo all'*influencer marketing*, figura ibrida tra le categorie tradizionali di pubblicità potenzialmente occulta: per i *claim* scritti paragonabile alla pubbliciredazionale, per la parte video affine all'inserimento di prodotti.

Non pare condivisibile l'opinione *tranchant* di parte della dottrina, secondo cui le differenze formali tra un articolo di giornale e un post pubblicato sul Web non consentirebbero di estendere all'*influencer marketing* gli standard di giudizio adottati dalle autorità per l'accertamento della pubblicità occulta⁹⁹. A ben vedere, non sembra che le differenze – tra l'altro non specificate dai medesimi autori – siano tali da impedire un'applicazione analogica quantomeno dei principali criteri di valutazione adottati nella prassi, con le opportune declinazioni per il fenomeno esaminato, che possono ricavarsi dalle prime decisioni in materia.

7. Le decisioni in materia di influencer marketing e le analogie con le forme tradizionali di pubblicità occulta

Alcuni casi di *influencer marketing* sono finiti sotto la lente delle autorità giudicanti, che hanno censurato *post* che non indicavano in modo sufficientemente chiaro e riconoscibile la natura commerciale del messaggio. Pur in mancanza di una

disciplina *ad hoc*, l'*influencer marketing* è stato oggetto di analisi da parte dell'Autorità antitrust alla luce del quadro normativo in materia di pubblicità occulta.

In un recente caso, veniva in particolare stigmatizzata una strategia promozionale definita "call to action", volta a creare una interazione con i *follower* che, nell'aspettativa di ricevere in cambio una maggiore visibilità personale, sono stati indotti dall'*influencer* a rispondere all'invito diffondendo su un noto *social network* contenuti collegati ad un marchio di sigarette elettroniche, generando così un effetto pubblicitario in favore di quest'ultimo senza che, nei *post* diffusi, fossero indicate le avvertenze pubblicitarie¹⁰⁰. In tale occasione, l'Autorità garante ha evidenziato come, proprio per il fatto che *post*, *tweet*, foto e video pubblicati sui *social media* costituiscono gli strumenti abituali degli utenti per comunicare con l'esterno e realizzare un coinvolgimento emotivo dei destinatari al proprio racconto, è di fondamentale importanza rendere i consumatori consapevoli della natura pubblicitaria di taluni messaggi, frutto quindi di una decisione commerciale, piuttosto che di un racconto disinteressato del personaggio.

Si porrebbero, in altre parole, le medesime esigenze di trasparenza e chiarezza comunicativa che sorgono nelle ipotesi di pubblicità occulta, poste alla base del consolidato orientamento dell'Autorità. L'A.G.C.M. ha sottolineato l'importanza di adottare mezzi idonei per l'identificazione della comunicazione commerciale, tramite per esempio l'utilizzo di *hashtag* quali #pubblicità, #adv, #sponsorizzato o #sponsored by. Si tratta, come può evincersi, di prescrizioni analoghe a quelle suggerite dalla *Digital Chart* dell'IAP.

Ancora, in un altro caso l'Autorità ha censurato alcuni *post* nei quali era artificiosamente inquadrato il logo di una nota compagnia aerea nazionale, impresso sui capi di abbigliamento indossati dagli *influencer*, senza alcun riferimento alla finalità promozionale dell'inserimento¹⁰¹. Allo stesso modo, è stata giudicata quale pubblicità occulta la pubblicazione di due *post* su un profilo Instagram, l'uno con una foto ravvicinata di un campione del prodotto, e l'altro rappresentante un *contest* avente come premio la fornitura di prodotti della stessa linea¹⁰².

I procedimenti avviati dall'Autorità in materia di *influencer marketing* si sono conclusi con

⁹⁴ A.G.C.M., PI/87, 12 luglio 1993, Provv. n. 1291, in *Boll.* 17/93.

⁹⁵ A.G.C.M., PI/121, 23 agosto 1993, Provv. n. 1387, in *Boll.* 22-23/93. In ambito autodisciplinare, vedi Giuri n. 378/99 e n. 102/89.

⁹⁶ A.G.C.M., PI/1855, 25 giugno 1998, Provv. n. 6145, in *Boll.* 26/98.

⁹⁷ A.G.C.M., PS/2862, 11 giugno 2009, Provv. n. 19956, in *Boll.* 24/2009.

⁹⁸ Per un caso di pubblicità occulta in un *videoclip* musicale, cfr. A.G.C.M., PS11603, 13 ottobre 2020, Provv. n. 28385, cit.

⁹⁹ Così J. CIANI, M. TAVELLA, *op. cit.*, p. 513 ss.

¹⁰⁰ A.G.C.M., PS/12009, 30 settembre 2021, Provv. n. 29837, in *Boll.* 41/2021.

¹⁰¹ A.G.C.M., PS/11270, 22 maggio 2019, n. 27787, in *Boll.* 23/2019.

¹⁰² A.G.C.M., PS/11435, 25 febbraio 2020, Provv. n. 28167, in *Boll.* 11/2020.





l'assunzione, da parte dei soggetti coinvolti, dell'impegno a rimuovere, anche per il futuro, i profili di illegittimità delle condotte adottate, attraverso l'indicazione chiara e trasparente delle finalità promozionali a cura degli *influencer*. Inoltre, si è previsto che le società committenti si assumessero l'obbligo di implementare, nelle attività di comunicazione promozionale mediante *influencer*, tutte le misure necessarie a rendere trasparente la pubblicità, sia attraverso linee guida e comunicazioni ufficiali da inviare al proprio personale e ai propri collaboratori, sia attraverso l'inserimento di vere e proprie clausole contrattuali nei contratti di collaborazione professionale con i *testimonial*. In un altro caso recente, l'Autorità ha ottenuto, da parte dell'impresa giudicata, l'adozione di impegni consistenti nella richiesta agli *influencer* di inserire, ogni qualvolta utilizzassero il *claim* "vendere è gratis", il *disclaimer* "questo video è sponsorizzato da"¹⁰³.

Quanto al contesto autodisciplinare, il Giurì ha censurato l'occultamento della natura promozionale di un *post* video di un noto rapper che, apparentemente neutrale e disinteressato, mostrava, con tono elogiativo, il marchio e l'ultimo modello di auto di una importante azienda¹⁰⁴. Essendosi successivamente scoperta la presenza di un contratto pubblicitario tra la società e il noto personaggio, il Giurì ha vietato il *post* suddetto in quanto lesivo dell'art. 7 del codice di autodisciplina.

Nonostante il contratto di sponsorizzazione prevedesse l'obbligo di un *disclaimer* sulla natura promozionale dei futuri messaggi dell'*influencer* (oltre che una preventiva autorizzazione da parte della committente), il Giurì ha imputato oggettivamente, ed in via esclusiva, alla casa automobilistica la condotta tenuta dal *rapper*, in ragione del rapporto commerciale esistente e dei vantaggi concreti per la società; quest'ultima, inoltre, aveva previsto nel contratto la visita del *rapper* all'evento organizzato e la partecipazione del proprio personale (in quanto *sponsor* dell'evento) allo *stand* in cui è stato girato il video. La condotta della società inserzionista è stata stigmatizzata in quanto, pur avendone la possibilità, la medesima non è intervenuta per evitare la pubblicazione (o chiedere la cancellazione) del video da parte del personaggio ingaggiato: pertanto la committente è stata considerata responsabile sia

per fatto omissivo proprio, sia indirettamente *ex art.* 2049 c.c. per fatto dei propri ausiliari.

In un altro caso, riguardante alcuni *post* nei quali un *influencer* raccontava di utilizzare i prodotti, vantandone le caratteristiche positive, il Comitato di controllo ha ritenuto che la natura promozionale del *claim* non fosse sufficientemente esplicitata¹⁰⁵. In particolare, il solo rimando alla pagina dell'azienda attraverso il *tag* (@) è stato ritenuto elemento inidoneo a rendere inequivocabile l'identificazione di tali contenuti come frutto di un accordo di natura commerciale con l'inserzionista, secondo quanto previsto, invece, dal Regolamento *Digital Chart*.

Allo stesso modo, in un altro caso riguardante una fotografia pubblicata da una *influencer* mentre consumava il prodotto alimentare promosso, è stato considerato insufficiente a dimostrare l'esistenza di un accordo commerciale l'inserimento di *tag* e *hashtag* con il nome dell'azienda inserzionista¹⁰⁶; parimenti insufficiente, in altra fattispecie, è stato ritenuto il semplice rinvio alla pagina *social* dell'inserzionista tramite *link*¹⁰⁷. Ciò, a parere del Comitato di controllo, richiedeva uno sforzo interpretativo da parte del pubblico poco coerente con la necessità di una facile e diretta riconoscibilità della natura promozionale del messaggio¹⁰⁸.

Nel contesto autodisciplinare si è posto l'accento sul fatto che "il principio della trasparenza nelle comunicazioni pubblicitarie intende assicurare la distinzione non solo formale, ma sostanziale tra contenuti promozionali e contenuti di altro genere, così da assicurare che la pubblicità si presenti e possa essere facilmente riconosciuta dal pubblico"¹⁰⁹. Dunque, l'identificabilità della natura promozionale dei *post* richiede una netta distinzione tra i contenuti spontanei, disinteressati, della rappresentazione e quelli che accadono dietro richiesta di un partner commerciale, che quindi condiziona l'operato dell'*influencer*.

Applicando i criteri di giudizio adottati in materia di pubblicità occulta, in mancanza della prova della sussistenza di un rapporto di committenza tra inserzionista e *influencer*, la natura commerciale può essere dimostrata sulla base di presunzioni desunte dall'oggettiva articolazione dei *post* valutati, sempre che siano gravi, precise e

¹⁰⁵ Comitato n. 24/2021.

¹⁰⁶ Comitato n. 48/2018. Anche in questo caso, il provvedimento autodisciplinare ha riguardato sia l'impresa inserzionista sia la società che gestiva i profili *social* dell'*influencer*.

¹⁰⁷ Comitato n. 7/2020, relativo a due *post* contenenti *claims* commerciali su una nota marca di intimo.

¹⁰⁸ Cfr. Comitato n. 26/2019, n. 21/2019, n. 60/2018, n. 61/2018, n. 79/2018 e n. 85/2018.

¹⁰⁹ Così Comitato n. 21/2019.

¹⁰³ A.G.C.M., PS/12003, 25 ottobre 2022, Provv. n. 30355, in *Boll.* 41/2022.

¹⁰⁴ Giurì n. 45/2018. La decisione è stata oggetto di un ampio commento di C. PAPPALARDO, *Influencer e Autodisciplina pubblicitaria – prime applicazioni della Digital Chart*, in *Riv. Dir. Ind.*, 6, 2018, p. 388.

concordanti¹¹⁰. In tal senso, tornano utili i riferimenti a tutti i fattori considerati rilevanti dalle decisioni sulle ipotesi di pubblicità redazionale e di inserimento di prodotti.

Sicché, devono prendersi in considerazione gli elementi grafici e le modalità di rappresentazione del *claim* commerciale, guardando altresì al contesto informativo, al pubblico di riferimento, alla strumentalità del riferimento commerciale rispetto all'esigenza di diffondere una data informazione. Nel caso di una piattaforma *social* o di un profilo personale, l'esame dovrebbe incentrarsi sull'estetica grafica dei riferimenti sul post ad un prodotto o a un brand - verificando se siano più o meno evidenziati rispetto al resto dei messaggi -, sulla loro integrabilità nella pagina web e sulla loro compatibilità con gli obiettivi di informazione del pubblico; con riguardo a quest'ultimo aspetto, nel caso in cui il sito o la pagina *social* sia dedicata ad una determinata informazione (ad esempio, a fornire istruzioni di informatica o ricette di cucina), andrebbe valutata la strumentalità dei riferimenti commerciali rispetto all'obiettivo perseguito.

Sotto il profilo contenutistico, andrebbe indagato lo stile elogiativo rispetto alle esigenze narrative e alle finalità informative. Nel caso di *post* in formato video, dovrebbero essere esaminate le inquadrature, l'esibizione artificiosa e non giustificata del *brand* o del prodotto al di fuori delle esigenze comunicative, nonché il carattere esageratamente laudativo o ripetitivo rispetto alla narrazione complessiva. Così, l'eventuale ripresa costante di un prodotto o la menzione ripetuta, o esageratamente scenica, da parte dell'*influencer*, di affermazioni con chiari riferimenti ad un *brand* sono tutti indizi di una possibile funzione promozionale dei messaggi.

Quanto alle modalità di rivelazione della natura pubblicitaria dei *claims*, oltre a quelle tipizzate dalla *Digital Chart* e dal successivo Regolamento dell'IAP, sulla scia della disciplina della pubbliredazionale dovrebbe farsi ricorso a contenuti, immagini o suoni chiaramente individuabili per il consumatore (art. 23, co. 1, lett. m) cod. cons.), a modalità grafiche di evidente percezione (art. 5 del d.lg. 145/2007) o comunque a idonei accorgimenti (art. 7 cod. aut.). Si pensi ad altre diciture che richiamino la finalità commerciale, magari a comparsa immediata in modo da risultare più evidenti rispetto alle indicazioni statiche del post

¹¹⁰ In giurisprudenza, cfr.: TAR Roma, sez. I, 16 settembre 2008, n. 8345, in www.entilocali.leggiditalia.it; TAR Lazio, sez. I, 27 luglio 2007, n. 6891; TAR Lazio, sez. I, 9 maggio 2007, n. 4185, in *Foro amm. TAR*, 2007, 5, c. 1671; TAR Roma, sez. I, 12 marzo 2004, n. 2427, in *Foro amm. TAR*, 2004, c. 704.

Nel caso di video, in linea con le indicazioni sul *product placement* (art. 48 T.U. servizi di media audiovisivi) si può immaginare l'inserimento di *disclaimer* sia all'inizio che alla fine del video, in particolar modo ove quest'ultimo sia accompagnato o preceduto da altri *post* dell'*influencer*, evitando ogni possibile confusione con le rappresentazioni neutrali e spontanee; o ancora, si potrebbe ricorrere a banner a comparsa laterale, con un'estetica evidente rispetto ai colori del filmato.

L'idoneità dei *disclaimer* a rendere palese, agli occhi del consumatore medio, la natura promozionale delle rappresentazioni e delle dichiarazioni deve essere accertata caso per caso, tenendo in considerazione anche i limiti, di spazio e di tempo, del mezzo di comunicazione utilizzato (art. 22, co. 3, cod. cons. e 16 cod. aut.). La fisiologica brevità del messaggio veicolato tramite post, spesso ridotto a poche parole, a una fotografia o a un video di pochi secondi, non può non risultare decisiva per calibrare la severità del sindacato sulle possibili omissioni informative; ciò non esclude, con tutta evidenza, l'imprescindibile esigenza di una informazione minima, chiara e evidente sulla natura pubblicitaria della narrazione.

8. La responsabilità dell'Internet Service Provider per le informazioni immesse nelle piattaforme online

Merita una trattazione a parte il tema della posizione giuridica dell'*Internet Service Provider*, titolare della piattaforma *online* che ospita le informazioni commerciali, canale attraverso cui le imprese e i professionisti (e dunque anche gli *influencer*) raggiungono nuovi consumatori¹¹¹.

Supporto del substrato tecnologico¹¹², il *cybermediary* svolge un ruolo centrale nel mercato virtuale, non privo di criticità se esaminato rispetto al fenomeno dell'"infodemia", da intendersi come diffusione incontrollata di una mole gigantesca di informazioni provenienti da fonti diverse¹¹³, il cui fondamento non risulta immediatamente verificabile. La questione ha stimolato riflessioni sui rischi giuridici delle false informazioni (cd. *fake*

¹¹¹ G. CONTI, *op. cit.*, p. 51.

¹¹² Per approfondimenti sul tema delle piattaforme digitali, si rinvia a: A. CONTALDO (a cura di), *Le piattaforme digitali. Profili giuridici e tecnologici nel nuovo ecosistema*, Pisa, 2021; G. CONTI, *Lineamenti di diritto delle piattaforme digitali – Volume I. Le tutele del consumatore e dell'utente commerciale nei confronti dei cybermediary*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2020.

¹¹³ Cfr. voce *Infodemia* in *Enr. On line Treccani*.





news)¹¹⁴, ma analoghe problematiche sorgono rispetto alle informazioni commerciali non trasparenti, particolare declinazione dell'ingannevolezza mass-mediatica.

Nella dimensione giuridica, entra in gioco il d.lg. 9 aprile 2003, n. 70, attuativo della direttiva 2000/31/CE (“direttiva sul commercio elettronico”)¹¹⁵, recentemente modificata dal nuovo Reg. (UE) 2022/2065 (cd. *Digital Service Act*). La disciplina si applica ai prestatori dei “servizi della società dell’informazione”, che includono «la trasmissione di informazioni mediante una rete di comunicazione, la fornitura di accesso a una rete di comunicazione o lo stoccaggio di informazioni fornite da un destinatario di servizi» (considerando 18 dir. 2000/31/CE), e comprendono tutte le attività economiche svolte online, cioè a distanza e per via elettronica (art. 2, co. 1, lett. a) d.lg. 70/2003)¹¹⁶.

Il modello di *business* degli *Internet Service Provider* prevede una combinazione tra fornitura di servizi gratuiti agli utenti, attività di *réclame* pagata dai professionisti che diffondono contenuti e raccolta dei *big data* degli utenti, valorizzati economicamente¹¹⁷. Gli stessi spazi pubblicitari vengono strutturati sulla base dei contenuti generati, analizzati in forma aggregata e organizzati secondo le preferenze manifestate da ciascun *cybernauta*.

Nell’ottica di compensare il difetto genetico di potere negoziale del consumatore¹¹⁸, strumentale allo sviluppo del mercato unico digitale, il

legislatore introduce un *corpus* di regole in materia di comunicazioni pubblicitarie, di contrattazione telematica e di responsabilità del *provider*. Concentrandoci su quest’ultimo aspetto, occorre distinguere le attività del gestore della piattaforma in semplice trasporto di informazioni (*mere conduit*¹¹⁹), memorizzazione temporanea (*caching*¹²⁰) e memorizzazione duratura (*hosting*¹²¹).

Attribuendo all’intermediario un ruolo ausiliario rispetto alle parti, il legislatore europeo sancisce il principio del cd. *safe harbour*, secondo cui il *cybermediary* è tendenzialmente esonerato da responsabilità per le condotte degli utenti, consistenti nella creazione di contenuti digitali (*content editing*) all’interno della piattaforma¹²². Eccezione alla normale responsabilità civile d’impresa¹²³, il principio vale per tutte e tre le attività viste sopra, con alcune declinazioni.

Nel caso di *mere conduit*, l’art. 4 Reg. 2022/2065, analogamente all’art 14 d.lg. 70/2003, prevede che se il servizio del *cybermediary* consiste nel «trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio o nel fornire un accesso a una rete di comunicazione, il prestatore del servizio non è responsabile delle informazioni trasmesse o a cui si è avuto accesso a condizione che: a) non dia origine alla trasmissione; b) non selezioni il destinatario della trasmissione; c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse».

Sulla medesima scia, l’art. 5 del *Digital Service Act* (e così l’art. 15 d.lg. 70/2003) esclude la responsabilità dell’intermediario per il *caching*, ove eseguito al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltrò delle informazioni a richiesta di altri destinatari, purché l’ISP: a) non modifichi le informazioni; b) si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni; c) si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un

¹¹⁴ Sul tema, si rinvia a E. ANDREOLA, *Fake news e danno da false informazioni in Internet – I parte*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2020, 5, p. 1604 ss. e ID., *Fake news e danno da false informazioni in Internet – II parte*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2020, 6, p. 2000 ss.

¹¹⁵ Sul tema, si rinvia a: G. CASSANO (a cura di), *Commercio elettronico e tutela del consumatore*, Milano, 2003; F. DELFINI, *Il commercio elettronico*, Padova, 2004; V. FRANCESCHELLI (a cura di), *Commercio elettronico*, Milano, 2001; A. SARDINI, *La «product liability» e il commercio elettronico*, in *dir. dell’informazione e dell’informatica*, 1, 2021, p. 81 ss.; E. TOSI (a cura di), *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico*, Milano, 2012.

¹¹⁶ Una definizione di servizio della società dell’informazione è fornita anche dall’art. 1, par. 1, lett. b), dir. 2015/1535/UE, secondo cui è tale «qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi».

¹¹⁷ G. CONTI, *op. cit.*, p. 63.

¹¹⁸ Alla figura del consumatore il legislatore ha affiancato quella del “destinatario dei servizi della società dell’informazione”, identificato come «il soggetto che, a scopi professionali e non, utilizza un servizio della società dell’informazione, in particolare per ricercare o rendere accessibili informazioni» (art. 2, co. 1, lett. d)). Vi è chi vi ha identificato una forma primordiale di quello che sarebbe diventato, successivamente, il *cyberconsumatore*, “risultato dell’incontro di principi antichi del diritto e delle nuove tecnologie di comunicazione”. Così G. CASSANO (a cura di), *op. cit.*, p. 37.

¹¹⁹ Nel caso di *mere conduit* il gestore si limita a trasmettere le informazioni sulla rete di comunicazione, memorizzandole nei limiti di quanto necessario per tale scopo (art. 4 Reg. 2022/2065).

¹²⁰ Il *caching* comprende la trasmissione e il salvataggio temporaneo di informazioni su una rete di comunicazione, inserite ed usufuite dagli utenti (art. 5 Reg. 2022/2065). La memorizzazione temporanea dei dati consente una più efficiente e sicura trasmissione dei dati.

¹²¹ Con l’*hosting* si determina una memorizzazione duratura delle informazioni immesse nel sito.

¹²² Il principio di *safe harbour* per il gestore della piattaforma è stato recentemente confermato, nella normativa nazionale, dal Testo Unico dei servizi di media audiovisivi (d. lg. 208/2021), che definisce i «servizi di piattaforma per la condivisione di video» come quelli «generati dagli utenti o comunque destinati al grande pubblico, per i quali il fornitore della piattaforma per la condivisione di video non ha responsabilità editoriale» (art. 3, co. 1, lett. c)).

¹²³ E. TOSI (a cura di), *op. cit.*, p. 34.

modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore; d) non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni; e) agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato, oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione.

Nel caso di *hosting*, al quale possono ricondursi le attività dei *social network*, il prestatore del servizio digitale sarà esente da responsabilità per le informazioni memorizzate nella sua piattaforma a condizione che: non sia effettivamente a conoscenza dell'illiceità del fatto e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; non appena a conoscenza dei fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso (art. 6 Reg. 2022/2065; art. 16 d.lg. 70/2003). Il *provider* è responsabile anche nel caso in cui, richiesto dall'autorità giudiziaria o amministrativa, non provveda ad impedire prontamente l'accesso alle informazioni illecite o se, pur conosciuto il carattere illecito o pregiudizievole delle informazioni contenute in un proprio servizio, non provveda a informarne l'autorità competente (art. 9 Reg. 2022/2065; art. 17 d.lg. 70/2003).

Dunque, è responsabile il prestatore dei servizi che non abbia provveduto alla immediata rimozione dei contenuti illeciti o abbia continuato a pubblicarli, purché ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni: a) sia a conoscenza legale dell'illecito perpetrato dal destinatario del servizio, per averne avuto notizia dal titolare del diritto leso oppure *aliunde*; b) l'illiceità dell'altrui condotta sia ragionevolmente constatabile, onde egli sia in colpa grave per non averla positivamente riscontata, alla stregua del grado di diligenza che è ragionevole attendersi da un operatore professionale della rete in un determinato momento storico; c) abbia la possibilità di attivarsi utilmente, in quanto reso edotto in modo sufficientemente specifico dei contenuti illeciti¹²⁴.

Riassumendo, il *cybermediary* è in linea di principio sottratto a responsabilità per le informazioni veicolate tramite la sua piattaforma, in ragione del fatto che gli mancherebbe il controllo

sul loro contenuto. Sulla base della disciplina appena esaminata, appare più corretto affermare che manca in capo al *provider* un obbligo di sorveglianza preventivo, mentre rimane spazio, nei limiti suddetti, per un obbligo di sorveglianza e di intervento sui fatti illeciti già avvenuti¹²⁵. Naturalmente le misure organizzative richieste al gestore della piattaforma, secondo il principio dell'*accountability*, devono essere proporzionate alle sue dimensioni e competenze, con un giusto bilanciamento tra gli interessi del professionista da un lato, e le legittime aspettative degli utenti dall'altro.

Sulla base di tali principi, è stata riconosciuta la responsabilità di Facebook per taluni contenuti illeciti – dichiarati offensivi, oltre che lesivi del diritto d'autore altrui – immessi su una pagina della piattaforma *social* e non prontamente rimossi nonostante la concreta conoscenza degli stessi da parte del gestore¹²⁶. La pronuncia si pone in controtendenza con il generale orientamento che attribuisce natura passiva ai *social network* rispetto ai contenuti inseriti dagli utenti, eppure non si discosta troppo dalla realtà.

Il panorama digitale vede infatti l'emersione di diverse piattaforme di *hosting* che si riservano la possibilità di intervenire sui contenuti degli utenti, da cui l'esigenza, avvertita in dottrina già da tempo¹²⁷, di rimeditare la posizione giuridica di taluni *cybermediary*. Il principio del *safe harbour*,

¹²⁵ E. TOSI (a cura di), *op. cit.*, pp. 38 – 39. In giurisprudenza, oltre a Cass. 19 marzo 2019 n. 7708, cit., cfr.: App. Milano, 7 gennaio 2015, cit.; Trib. Torino, 6 maggio 2014, in *Dejure*, 2015, 1684; contra, in favore della necessità di un ordine delle autorità, cfr.: App. Roma, 19 febbraio 2018, in *Dejure*, 2018, 1868; Trib. Firenze, ord. 25 maggio 2012, in *Dir. inf.*, 2012, p. 1210; Trib. Roma, 11 luglio 2011, in *Dejure*, 2013, 1540; Trib. Milano, 20 marzo 2010, in *Dir. inf.*, 2010, p. 90.

¹²⁶ Così Trib. Roma, 10 gennaio 2019, n. 693, in *AIDA*, 2019, 1, p. 766. Per un'analisi critica della decisione del Tribunale capitolino, cfr. C. NOVELLI, *Il social giudiziario. La giurisprudenza italiana sulla responsabilità civile degli Internet Service Providers*, in *Riv. Italiana Informatica e diritto*, I, 2019, p. 97 ss.

¹²⁷ Sul punto, tra i vari contributi, vedi: G. CONTI, *op. cit.*, p. 46; M. DE CATA, *La responsabilità civile dell'internet service provider*, Milano, 2010; V. FRANCESCHELLI, *Sul controllo preventivo del contenuto dei video immessi in rete e i provider. A proposito del caso Google/Vividown*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, p. 347 ss.; A. MANTELETO, *La responsabilità degli intermediari di irete nella giurisprudenza italiana alla luce del modello statunitense e di quello comunitario*, in *Contr. impr. Eur.*, 2010, p. 529 ss.; M. L. MONTAGNANI, *Internet, contenuti illeciti e responsabilità degli intermediari*, Segrate, 2018, p. 3 ss.; G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, 2020, p. 177 ss.; O. POLLICINO, *Tutela del pluralismo nell'era digitale: ruolo e responsabilità degli Internet service provider*, in www.giurcost.org/studi/pollicino1.pdf, 2014; E. TOSI, *Responsabilità civile dell'Internet Service Provider passivo e attivo*, in *dir. ind.*, 6, 2019, p. 590 ss.

¹²⁴ Cass., sez. I, 19 marzo 2019, n. 7708, cit.





in altre parole, deve essere correttamente calibrato nella misura in cui lo stesso appaia come il giusto compromesso fra le esigenze di protezione degli utenti dai contenuti illegittimi o illeciti, da un lato, e l'interesse dei titolari delle piattaforme a non vedersi gravati da irragionevoli e inesigibili obblighi di controllo, dall'altro.

In ogni caso, come confermato dall'art. 8 del *Digital Service Act*, ai prestatori di servizi intermediari non può essere imposto «alcun obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che tali prestatori trasmettono o memorizzano, né di accertare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illegali»¹²⁸. E ciò, anche per ragioni di opportunità pratica: si pensi, come ricordato in dottrina¹²⁹, che Youtube, nota piattaforma di condivisione di video, nel 2015 ha raccolto circa cento ore di video al minuto; sarebbe irragionevole immaginare un obbligo di controllo preventivo su tutti i contenuti a cura del gestore della piattaforma, se non al costo di pregiudicare il normale funzionamento del sistema.

Rimane chiaro che l'esenzione trova applicazione quando il *cybermediary* si limiti alla trasmissione neutrale dei contenuti digitali, mentre permane la sua responsabilità secondo il principio dell'*accountability* ove sia in grado di intervenire sui contenuti digitali¹³⁰. In questo caso, si parla di *hosting provider* «attivo», cioè capace di manipolare direttamente i dati immessi dagli utenti, attraverso un'attività di modifica, riedizione, rielaborazione, riorganizzazione, ristrutturazione e indicizzazione delle informazioni.

Secondo la Cassazione, è tale il prestatore dei servizi della società dell'informazione che contribuisca, con la propria condotta, alla commissione dell'illecito, rendendosi civilmente responsabile secondo le regole comuni¹³¹; sulla base di tale assunto, la Corte ha riconosciuto la natura

passiva di un noto *social network*, escludendo la responsabilità del gestore per la diffusione di video lesivi del diritto di autore di Reti Televisive Italiane S.p.A. e rinviando alla Corte d'Appello di Milano per i concreti accertamenti tecnici¹³².

Il principio del *safe harbour*, di per sé elastico, tende a sfumare ancor più con particolare riguardo ai contenuti pubblicitari. La Corte di Giustizia ha considerato attivo il gestore della piattaforma che assista gli utenti commerciali ottimizzando o promuovendo la presentazione delle offerte in vendita¹³³. In questo senso, ove il gestore intervenga positivamente nella formulazione o nella rappresentazione estetica di un *claim* pubblicitario illegittimo, contribuendo all'illecito, rimangono margini per una sua responsabilità; si tratta di una circostanza da valutare caso per caso, a seconda delle concrete attività del *cybermediary*¹³⁴.

Proprio con riguardo alla *digital advertising*, il *Digital Service Act* riconosce un ruolo di primaria importanza al gestore della piattaforma, attribuendogli il compito di «provvedere affinché i destinatari del servizio dispongano di determinate informazioni personalizzate che consentano loro di comprendere quando e per conto di chi è presentata la pubblicità» (considerando 68). Un'attenzione particolare è rivolta alla trasparenza pubblicitaria, per la quale si prevede che i fornitori di piattaforme online dovrebbero garantire che le informazioni siano salienti, anche attraverso contrassegni visivi o audio standard, chiaramente identificabili e inequivocabili per il destinatario medio del servizio, e che siano adattate alla natura dell'interfaccia *online* del singolo servizio (considerando 68)¹³⁵.

Sembrirebbe quindi che, con particolare riguardo alla comunicazione pubblicitaria, il

¹³² Cass., sez. I, 19 marzo 2019, n. 7708, cit.

¹³³ CGUE, 23 marzo 2010, *Google c. Luis Vuitton*, C-236/2008 a C-238/2008, in *Racc.* 2010 I-02417.

¹³⁴ In giurisprudenza, si rinvia a: Corte Giust.UE, 7 agosto 2018, C-521/2017, *Coöperatieve Vereniging Snbreact U.A. c. Deepal Mehta*, ECLI:EU:C:2018:639; CGUE, 11 settembre 2015, C-291/2013, *Sotiris Papasavvas*, ECLI:EU:C:2014:2209; CGUE, 23 marzo 2010, *Google c. Luis Vuitton*, C-236/2008 a C-238/2008, cit. In ambito nazionale, cfr.: Corte App. Milano, 7 gennaio 2015, n. 29, in *Ilcaso.it*, con nota di N. Lo Franco, *Deroghe all'ordinario regime di responsabilità del provider, e dubbi alla luce dell'orientamento della Corte di Giustizia*; Trib. Milano, 24 febbraio 2010, n. 1972, in *Riv. dir. ind.*, 2010, p. 328 ss.; Trib. Roma, 11 febbraio 2010, in *Riv. dir. informazione e informatica*, 2010, p. 275 ss.; Cass. 23 dicembre 2009, n. 49474, in *Riv. dir. informazione e informatica*, 2010, p. 437 ss.

¹³⁵ I destinatari del servizio dovrebbero inoltre disporre di informazioni, direttamente accessibili sull'interfaccia online in cui è presentata l'inserzione pubblicitaria, sui principali parametri utilizzati per stabilire che viene mostrata loro una pubblicità specifica, con spiegazioni rilevanti sulla logica seguita a tal fine, anche quando essa è basata sulla profilazione (considerando 68).

¹²⁸ Esiste un generale obbligo di segnalare alla pubblica autorità i contenuti illeciti di cui il *provider* sia venuto a conoscenza, e di rimuoverli immediatamente su richiesta dell'autorità amministrativa o giurisdizionale. In caso di violazione del suddetto obbligo, l'art. 9 dl Reg. 2022/2065 (e così l'art. 17 d. lg. n. 70/2003), prevede una responsabilità risarcitoria in capo al gestore della piattaforma di intermediazione.

¹²⁹ R. PANETTA, *Il ruolo dell'Internet Service Provider e i profili di responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 3, 2019, p. 1015 ss.

¹³⁰ Aderiscono ad un orientamento difforme: R. BOCCHINI, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione dei contenuti illeciti*, in *Giur. it.*, 3, 2017, p. 639; R. D'ARRIGO, *Recenti sviluppi in tema di responsabilità degli Internet Service Providers*, Milano, 2012, p. 78 ss.; F. PIRAINO, *Spunti per una rilettura della disciplina giuridica degli internet service providers*, in *AIDA*, 2017, pp. 197-200.

¹³¹ Così: Cass., sez. I, 13 dicembre 2021, n. 39763, in *Foro it.*, 9, I, p. 2832; Cass., sez. I, 19 marzo 2019, n. 7708, in *Riv. dir. ind.*, 2019, 4-05, II, p. 201.

legislatore eurounitario abbia riservato un ruolo attivo al *provider*, il quale deve assicurare un'interfaccia che agevoli l'identificazione della natura commerciale dei *claim* inseriti nella sua piattaforma. Ciò trova conferma nell'art. 26 del regolamento, secondo cui i gestori delle piattaforme online che veicolano pubblicità provvedono affinché i destinatari del servizio siano in grado di identificare in modo chiaro, conciso, inequivocabile e in tempo reale: la natura pubblicitaria dell'informazione, anche attraverso contrassegni visibili; la persona fisica o giuridica per conto della quale viene presentata la pubblicità e, se diversa, quella che paga per la pubblicità; informazioni rilevanti, direttamente e facilmente accessibili dalla pubblicità, sui parametri di profilazione e sulla possibilità eventuale di modificarli. Ancora, i fornitori di piattaforme online devono mettere a disposizione dei destinatari del servizio una funzionalità che consente di dichiarare se i contenuti che forniscono siano o contengano comunicazioni commerciali (art. 26, par. 2).

Tali regole appaiono pienamente applicabili all'*influencer marketing*. Per questi contenuti, i *cybermediary* sembrano non potersi sottrarre all'obbligo preventivo di assicurare che sia resa adeguatamente nota al pubblico la natura pubblicitaria dei messaggi diffusi. Il divieto di pubblicità non trasparente si dilata fino a includere nella propria orbita la posizione giuridica del *provider* della piattaforma, che deve preoccuparsi di predisporre, con autonomia tecnologica, un adeguato sistema di informazione del consumatore medio; a ciò si aggiunge il dovere, applicabile a qualsiasi gestore, di intervenire per la rimozione di contenuti illegittimi, perché offensivi o comunque idonei a ledere l'altrui posizione giuridica, nel caso di segnalazioni e reclami da parte degli utilizzatori.

In conclusione, con particolare riguardo alla *web advertising*, e quindi all'*influencer marketing*, emerge un profilo di intermediario digitale responsabile, che deve assicurare, con obblighi preventivi e successivi, che la pubblicità veicolata attraverso la sua piattaforma sia trasparente. Nel caso in cui violi tali doveri, dunque, lo stesso sarà passibile di censura a cura delle autorità giudicanti.

Ciò, d'altronde, si pone in linea con la prassi sulla pubblicità occulta, che individua tra i soggetti passivi dei provvedimenti, accanto al committente del messaggio, anche il proprietario del mezzo di diffusione, dunque la società editoriale o l'emittente radiotelevisiva che ha diffuso il messaggio¹³⁶.

Queste ultime, fatta salva l'assenza di colpa¹³⁷, sono considerate quali coautrici della condotta illecita, dato il loro potere/dovere di controllo sui rispettivi mezzi di comunicazione di massa. L'autore, in altre parole, coincide con colui che diffonde il messaggio presso il pubblico¹³⁸.

¹³⁶ A.G.C.M., PI/5088, 21 giugno 2006, Provv. n. 4776, in *Boll.* 25/2006. In giurisprudenza, cfr. TAR Lazio, sez. I, 27 giugno 2001, n. 5724, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, p. 2208.

¹³⁷ TAR Lazio, sez. I, 3 aprile 2000, n. 2667 in *Trib. amm. reg.*, 2000, I, p. 1051.

¹³⁸ TAR Lazio, sez. I, 3 marzo 2004, n. 1997, in *Giur. Ann. dir. ind.*, 2006, p. 980.



INVII DI E-MAIL PROMOZIONALI AI CLIENTI “NON PAGANTI”: IL *SOFT SPAM* AL VAGLIO DELLA CORTE DI CASSAZIONE

Nota a Cass. 15 marzo 2023, n. 7555

| 567

Di Lavinia Vizzoni

Invii di e-mail promozionali ai clienti “ non paganti” : il soft spam al vaglio della Corte di Cassazione (Lavinia Vizzoni)



SOMMARIO: 1. *Prova gratuita di un servizio online e ricezione di e-mail promozionali.* - 2. *La Cassazione sul soft spam.* - 3. *La disciplina delle comunicazioni indesiderate fra presente e futuro.* - 4. *Il soft spam fra consenso e contratto.* - 5. *Cassazione e spamming: uno sguardo al versante risarcitorio*

ABSTRACT. Il commento ha ad oggetto una recente pronuncia della Corte di Cassazione in materia di spamming. Che conferma la sanzione irrogata dal Garante per la protezione dei dati personali alla società ricorrente. Quest’ultima offriva un servizio online di comparazione di preventivi e inviava e-mail a contenuto promozionale a tutti gli utenti che si registravano sul proprio sito compilando il relativo form, inclusi coloro che si avvalevano della mera prova gratuita del servizio. La Corte di Cassazione, nelle proprie argomentazioni, pur manifestando una certa sovrapposizione fra il consenso e la distinta ipotesi di cui all’art. 130, c. 4 codice privacy, offre una disamina dei contenuti e dei limiti del c.d. soft spam. Il commento evidenzia luci ed ombre della pronuncia, e ipotizza qualche scenario futuro, prendendo infine in esame anche le ultime decisioni di legittimità in tema di risarcimento del danno da ricezione di comunicazioni indesiderate.

The paper deals with a recent decision by the Court of Cassation on spamming, which confirms the sanction imposed by the Data Protection Authority on the plaintiff company. The latter offered an online service of comparing quotes and sent e-mails with promotional content to all users who registered on its website by filling out a form, including those who benefitted of the mere free trial of the service. The Court of Cassation, in its arguments, while manifesting a certain overlap between consent and the distinct situation of Art. 130, c. 4, “Privacy Code”, offers an examination of the contents and limits of the so-called soft spam. The paper investigates lights and shadows of the decision and imagines some future scenarios, finally also analyzing the latest decisions on damage compensation for spamming.

1. Prova gratuita di un servizio *online* e ricezione di e-mail promozionali

In un momento storico in cui l'avvento massiccio delle tecnologie digitali ha reso le comunicazioni indesiderate un fenomeno sempre più diffuso – con correlativa intrusione nelle vite personali degli interessati – la Cassazione ha pronunciato una sentenza in tema di *spamming*, la quale va ad unirsi al novero, per vero non particolarmente consistente, delle decisioni in materia¹. Peraltro, la pronuncia in esame riveste un sicuro rilievo poiché si colloca tra quelle, ancora meno numerose, che si occupano non già del profilo risarcitorio, ma solo della configurazione della pratica illegittima dello *spam*², risultando la prima pronuncia – a quanto consta – emessa sul c.d. *soft spam*. Per di più, pur facendo applicazione, *ratione temporis*, della normativa precedente l'emanazione del Regolamento UE 679/2016, “GDPR”, le affermazioni in essa contenute conservano piena attualità, avendo riguardato specificamente, come si dirà subito, una norma non modificata dal d.lg. 101/2018.

Nel caso di specie, una società, previa registrazione degli utenti sul relativo sito tramite compilazione di un apposito *form*, forniva un servizio *online* di comparazione di preventivi. La società risultava destinataria di un accertamento ex art. 157 del d.lgs. 196/2003 (codice *privacy*, nel testo non ancora novellato), dal quale emergeva che la stessa aveva trattato, sul proprio sito internet, dati personali di utenti-clienti e non, senza acquisire il consenso degli interessati liberamente e specificamente previsto in relazione ad un trattamento chiaramente individuato, consistente, in questo caso, nella finalità di *marketing*. La società è stata dunque destinataria di un successivo provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali del 2015, con il quale le è stata irrogata una sanzione pecuniaria, e contro il quale la stessa ha proposto opposizione innanzi all'autorità giudiziaria. Il Tribunale competente (di Trani) si è allineato alla ricostruzione del Garante, non

¹ Il testo di Cass. 15 marzo 2023, n.7555 è pubblicato nella banca dati *dejure* e la decisione è massimata in *Giust. civ. Massimario*, 2023.

² Uno dei pochi precedenti in materia è piuttosto recente: si tratta di Cass. 26 aprile 2021, n. 11019, ord., in *Nuova giur. civ.*, 2021, 1064 ss., con nota di F. IRACI GAMBAZZA, F. LAVIOLA, *Finalità di marketing e consenso: profili in evoluzione*. Con tale pronuncia la Cassazione ha sancito che contattare telefonicamente chi ha precedentemente negato il consenso rappresenta una comunicazione commerciale. In sostanza, il trattamento dei dati dell'interessato per chiedere il consenso per fini di *marketing* deve considerarsi anch'esso un trattamento per finalità di *marketing*.

ritenendo applicabile nel caso di specie l'art. 130, comma 4 del codice *privacy*, sul quale la società opponente aveva incentrato la propria linea difensiva, e ha rigettato l'opposizione.

La società in questione ha infine presentato ricorso per cassazione avverso la sentenza del giudice di prime cure, basando le sue doglianze sull'errata interpretazione proprio dell'art. 130, comma 4 del codice *privacy*. Secondo la ricorrente, tale previsione derogherebbe infatti al sistema del preventivo consenso dell'interessato (c.d. “*opt in*”), nell'ipotesi in cui sia “i clienti a pagamento” sia i “clienti non paganti” instaurino un rapporto con la società, richiedendo il suo servizio di comparazione di preventivi.

In particolare siffatta eccezione sarebbe applicabile, a parere della ricorrente, anche agli utenti che non avessero acquisito la qualifica di clienti in senso stretto, ossia a coloro che avessero effettuato solo la registrazione sul sito, compilando il relativo *form* per poter fruire del servizio, senza però concludere alcun contratto, o meglio inquadrandosi nell'ambito di quello che la società ricorrente qualifica come “contratto di prova del servizio”: tali utenti venivano infatti poi raggiunti da comunicazioni promozionali inviate via e-mail.

L'ambito applicativo della deroga ex art. 130, c. 4 codice *privacy* si estenderebbe, quindi, secondo la prospettazione della ricorrente «a tutti i soggetti che, a titolo gratuito o oneroso, siano destinatari del servizio offerto», sempre che le e-mail inviate all'indirizzo fornito in sede di registrazione riguardassero prodotti analoghi a quelli già offerti ai clienti.

Inoltre, la società ha evidenziato come la stessa avesse fornito un'adeguata informativa in materia di trattamento dei dati personali sia nella comunicazione iniziale sia in quelle successive, anche al fine di rendere il destinatario edotto circa la possibilità di opporsi in ogni momento alla ricezione delle comunicazioni.

Sarebbe dunque da disattendere la soluzione adottata dal Tribunale del merito, il quale aveva ribadito la sussistenza di un obbligo di acquisizione del previo consenso al trattamento dei dati per finalità commerciali ogniqualevolta si utilizzi un sistema automatizzato per l'invio delle comunicazioni di *marketing*.

2. La Cassazione sul *soft spam*

La Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso, confermando la decisione del Tribunale e così la correttezza del provvedimento del Garante.



In primo luogo, come già osservato correttamente dal Tribunale, il giudice di legittimità rileva che il *form* di raccolta dati inserito dalla società ricorrente nel proprio sito Internet era privo del consenso necessario per il trattamento di *mailing marketing*, in contrasto con l'art. 23 codice *privacy*, che prevede l'obbligo di prestare il consenso per un trattamento di dati chiaramente individuato.

La decisione opera un'attenta disamina dei contenuti dell'art. 130, con particolare riferimento al comma 4, qui al centro del contrasto fra Garante e società sanzionata.

In primis, la Corte ricorda come l'art. 130 al comma 1 prevede che «l'uso di sistemi automatizzati di chiamata o di comunicazione di chiamata senza l'intervento di un operatore per l'invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale è consentito con il consenso del contraente o utente», richiedendo quindi il rilascio del consenso per l'invio di qualunque comunicazione commerciale.

La disciplina nazionale – ricorda la Suprema Corte – costituisce attuazione della Direttiva *e-privacy* 2002/58/CE, la cui finalità è quella di «evitare l'utilizzo surrettizio di mezzi rivolti all'attività di marketing nonostante la mancanza di consensi esplicitamente, e anteriormente, non rilasciati dai soggetti interessati». Soprattutto, «I punti 40 e 41 del Considerando della Direttiva evidenziano la necessità di tutelare gli abbonati da interferenze nella loro vita privata mediante comunicazioni indesiderate a scopo di commercializzazione diretta (...)». E il comma 2 della disposizione estende l'ambito applicativo del consenso preventivo anche «alle comunicazioni elettroniche, effettuate per le finalità ivi indicate, mediante posta elettronica, telefax, messaggi del tipo Mms (Multimedia Messaging Service) o Sms (Short Message Service) o di altro tipo».

In particolare, la disciplina nazionale rappresenta una riproduzione fedele dell'art. 13 della Direttiva *e-privacy*, secondo la quale «l'uso di sistemi automatizzati di chiamata senza intervento di un operatore (dispositivi automatici di chiamata), del telefax o della posta elettronica a fini di commercializzazione diretta è consentito soltanto nei confronti degli abbonati che abbiano espresso preliminarmente il loro consenso».

Precisato ciò, la Cassazione ha rammentato come la sua stessa giurisprudenza abbia chiarito nei suoi precedenti arresti che ogni consenso all'invio di comunicazioni commerciali è valido solo a condizione che sia prestato liberamente e

specificamente in relazione ad un trattamento precipuamente individuato³.

La previsione della tecnica di *opt-in ex art. 130, c. 1*, è dunque una «regola di ordine generale, in ragione della quale il previo consenso del contraente o utente risulta indispensabile per l'invio da parte del titolare di materiale pubblicitario o di comunicazione commerciale mediante l'uso di sistemi automatizzati».

Il comma 4 introduce un'eccezione rispetto alla regola generale di cui al comma 1, relativa all'ipotesi in cui il titolare del trattamento abbia ottenuto gli indirizzi di posta elettronica degli interessati⁴ nel contesto della vendita di un prodotto. In questo caso gli è consentito utilizzare tali indirizzi a scopi di commercializzazione diretta di propri analoghi prodotti o servizi, sempre che il cliente non abbia esercitato la c.d. facoltà di *opt-out* rifiutando inizialmente tale uso e che, al momento della raccolta degli indirizzi e-mail, agli interessati sia data adeguata possibilità di opporsi ad ulteriori rinvii.

La necessità di ottenere un consenso dell'interessato ai fini dell'invio di comunicazioni commerciali è esclusa – ribadisce la pronuncia – solo se le coordinate di posta elettronica sono state acquisite dal titolare del trattamento «nel contesto della vendita di un prodotto o di un servizio»: se ne ricava *in primis* l'estromissione, dall'ambito di applicazione dell'eccezione di cui al comma 4, di tutte le situazioni in cui tale acquisizione sia avvenuta in modo e per finalità diverse.

La decisione precisa che il termine “vendita” deve essere inteso in senso strettamente tecnico, tale

³ Così Cass., 2 luglio 2018, n. 17278, in *Nuova giur. civ.*, 2018, 1775 ss., con nota di F. ZANOVELLO, *Consenso libero e specifico alle email promozionali*, e in *Giur. it.*, 2019, 530 ss., con nota di S. THOBANI, *Operazioni di tying e libertà del consenso* e Cass. 25 maggio 2021, n. 14381, in *Dir. inf. informatica*, 2021, 1005 ss., con nota di F. BRAVO, *Rating reputazionale e trasparenza dell'algoritmo. Il caso «Mevaluate»*.

⁴ Si deve notare che la nozione di “interessato” del comma 4 esclude dal suo ambito di applicazione le persone giuridiche o altri enti non personificati, quando la nozione di “contraente o utente”, impiegata nel comma 1 dell'art. 130, in forza dell'entrata in vigore del d.lg. n. 69/2012, a far data dal 1° giugno 2012, ha sostituito, nelle disposizioni del Codice, quello di “abbonato”, utilizzato in precedenza, certamente applicabile tanto alle persone fisiche quanto a quelle giuridiche: in tal senso, cfr. il considerando 12 della menzionata direttiva 2002/58/CE, secondo il quale «gli abbonati ad un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico possono essere persone fisiche o persone giuridiche». In argomento cfr. il provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali in ordine all'applicabilità alle persone giuridiche del Codice in materia di protezione dei dati personali a seguito delle modifiche apportate dal d.l. n. 201/2011 del 20 settembre 2012.

da richiedere l’instaurazione di un rapporto contrattuale a titolo oneroso tra titolare del trattamento e destinatario delle comunicazioni, nel corso del quale il secondo ha fornito il proprio indirizzo e-mail, e sempre che oggetto dell’invio pubblicitario siano servizi analoghi a quelli oggetto della vendita, ferma restando la possibilità, che deve essere garantita al destinatario, di opporsi a successivi invii.

Per concludere, a detta della Suprema Corte è da confermare la decisione del tribunale, che ha fatto corretta applicazione dell’art. 130 codice *privacy*, dal momento che, da una parte nel *form* di raccolta dati della società opponente mancava il consenso per il trattamento di *mailing marketing* e, dall’altra parte venivano illegittimamente utilizzate le coordinate di posta elettronica dei clienti che avevano effettuato la semplice prova del servizio, senza concludere alcun contratto con la società.

Il comma 4 dell’art. 130 del Codice Privacy può trovare applicazione, secondo la decisione, ai soli “clienti paganti”, ossia ai clienti che abbiano concluso un contratto di vendita e, in tale occasione abbiano fornito le proprie coordinate di posta elettronica, e non anche ai “clienti non paganti”, ovvero coloro che si siano solamente registrati o abbiano effettuato una prova del servizio. Non è pertanto sufficiente che l’utente del sito manifesti un interesse verso il servizio offerto dalla società opponente attraverso la registrazione per far scattare la deroga in questione.

3. La disciplina delle comunicazioni indesiderate fra presente e futuro

La questione affrontata dalla pronuncia in commento attiene alla legittimità e ai limiti del c.d. *soft spam*, ossia l’invio di comunicazioni commerciali nei confronti di clienti, dei cui indirizzi e-mail il titolare del trattamento sia già in possesso in virtù dell’instaurazione di un precedente rapporto contrattuale.

A monte, si osserva che di fronte all’invio di comunicazioni commerciali non richieste, il primo quesito che si pone riguarda proprio la tecnica da adottare in risposta a tale fenomeno⁵. L’alternativa

di fondo risiede nella scelta fra *opt-in* e *opt-out*, fra necessità di consenso preventivo e possibilità di opporsi a posteriori all’invio non sollecitato.

L’art. 130 sembra optare per la prima delle due modalità: d’altronde la norma si apre proprio con la proclamazione della necessità del consenso del contraente o utente. Come evidenziato, non mancano però indici di una vera e propria “erosione” a cui la regola del consenso preventivo va incontro⁶. Fra questi, anche a tacere dell’art. 9 d.lg. 70/2003 - che in materia di commercio elettronico adotta una soluzione diametralmente opposta⁷ - non possono non considerarsi i commi 3-*bis* (questo per vero non presente nella formulazione originaria dell’art. 130, ma inserito dal d. lgs. 135/1999, convertito dalla l. 166/2009) e 4 dello stesso art. 130, i quali prevedono essi stessi ipotesi di *opt-out*, seppur condizionate a precisi presupposti⁸.

Nel primo caso, il trattamento dei dati personali per finalità commerciale effettuato esclusivamente mediante l’uso del telefono o della posta cartacea è consentito senza consenso nei confronti di chi non

2003, n. 196 e al D. Lgs. 10 agosto 2018 n. 101 alla luce del Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR), Pisa, 2019, 636 ss.

Più in generale, in tema di *marketing* e comunicazioni elettroniche cfr. M. MASSIMI, *Quali orizzonti per il marketing?* in R. PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato. Commentario al regolamento UE n. 2016/679 e al novellato d.lgs. n. 196/2003 (Codice Privacy)*, Milano, 2019, 483 ss., G. SCORZA, *Prospettive de iure condendo della protezione dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche, tra Regolamento generale 2016/679 e futuro Regolamento e-Privacy*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, 741 ss., A. MANTOVANI, *Questioni relative al trattamento dei dati personali per finalità di marketing e profilazione*, in *MediaLaws*, 2019, 1 ss.

⁶ Cfr. S. FADDA, *Commento all’art. 130*, in G. CASSANO, S. FADDA (a cura di), *Codice in materia di protezione dei dati personali. Commento articolo per articolo al Testo Unico sulla Privacy*, Milano, 2004, 593 ss.

⁷ Vi è tuttavia chi non ravvisa sostanziali contrasti fra art. 9 del d.lg. 70/2003 e art. 130 codice *privacy*, ritenendoli entrambi espressione del principio dell’*opt-in*. Così F. DI CIOMMO, *op. cit.*, 1577, anche n. 15. L’A. evidenzia come l’*opt-in* sia la soluzione da tempo prescelta dall’ordinamento italiano e ricorda che già in occasione dell’emanazione della direttiva 2000/31/CE, il Garante pose in luce, in un parere sullo schema di decreto attuativo richiesto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, che l’Italia aveva già in precedenza aderito al principio del consenso preventivo. Cfr. *E-commerce: niente registri inutili*, newsletter 28 ottobre-3 novembre 2002, doc. web n. 41314. Sul parere negativo del Garante, si v. anche A. STAZI, *La disciplina delle comunicazioni elettroniche non richieste alla luce del D.lgs. n. 70/2003 sul commercio elettronico e del nuovo “codice in materia di protezione dei dati personali”*, in *Dir. inf. informatica*, 2003, 1102.

⁸ Con precipuo riguardo al *soft spam*, v. M. MASSIMI, *op. cit.*, 500 ss.

⁵ In materia di *spamming* v. F. DI CIOMMO, *Commento all’art. 130*, in F. D. BUSNELLI, C. M. BIANCA (a cura di), *La protezione dei dati personali. Commentario al D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 «Codice della privacy»*, Padova, 2007, 1570 ss. e C. RINALDO, *Le comunicazioni commerciali non sollecitate tra libertà di impresa e diritto alla tranquillità individuale*, in *Nuove leggi civ.*, 2013, 653 ss. Sia inoltre consentito rinviare a L. VIZZONI, *Sub art. 130*, in R. Sciaudone, E. Caravà, (a cura di), *Il codice della privacy. Commento al D. Lgs. 30 giugno*





abbia manifestato il proprio dissenso attraverso l’iscrizione nel registro pubblico delle opposizioni; nel secondo caso – che viene in rilievo nella decisione in esame – si può prescindere dal consenso sempre che la modalità di trasmissione delle comunicazioni sia esclusivamente la posta elettronica, che le coordinate di posta elettronica siano quelle fornite nel contesto della vendita di un prodotto o di un servizio, che si tratti di messaggi inviati a fini di vendita diretta di prodotti e/o servizi forniti dal titolare del trattamento sempre che si tratti di servizi analoghi a quelli oggetto della vendita e che l’interessato, adeguatamente informato, non rifiuti tale uso inizialmente o in occasione di successive comunicazioni e possa «opporsi in ogni momento al trattamento, in maniera agevole e gratuitamente».

In effetti, la stessa aggiunta del comma 3 *ter* all’art. 130, e a maggior ragione il recente rafforzamento del registro delle opposizioni⁹, collide - almeno ad una prima analisi - con il meccanismo dell’*opt-in*, essendo invece strumento tipico di un sistema di *opt-out*.

D’altronde, il GDPR stesso sembra orientarsi verso una soluzione conforme all’*opt-out*: l’art. 21, comma 2¹⁰ detta una disposizione analoga a quella che era contenuta nell’abrogato art. 7 del codice *privacy* (lettera b), con l’aggiunta del riferimento alla profilazione, e l’esemplificazione contenuta nel noto ultimo inciso del considerando 47 («[p]uò essere considerato legittimo interesse trattare dati personali per finalità di marketing diretto») depone

⁹ Di recente, il percorso di costruzione del nuovo registro delle opposizioni si è completato con il D.P.R. del 27 gennaio 2022, n. 26, che ha infine reso operativo il registro pubblico delle opposizioni (RPO). Si è così concretizzata la già ricordata possibilità di iscrivere al registro anche i numeri di telefono cellulare, con conseguente revoca dei consensi precedentemente rilasciati all’utilizzo dei dati personali da parte degli operatori di telemarketing, i quali dovranno dunque consultare il registro periodicamente, o comunque prima dell’avvio di iniziative pubblicitarie. La chiamata verso un numero iscritto nel registro è possibile solo a condizione che l’operatore abbia ottenuto uno specifico consenso al trattamento dei dati successivamente alla data di iscrizione, oppure nell’ambito di un rapporto contrattuale in essere o conclusosi da non più di trenta giorni. Restano in ogni caso valide tutte le iscrizioni inserite precedentemente all’operatività del nuovo RPO. In tal proposito, si veda il Regolamento recante disposizioni in materia di istituzione e funzionamento del registro pubblico dei contraenti che si oppongono all’utilizzo dei propri dati personali e del proprio numero telefonico per vendite o promozioni commerciali, ai sensi dell’articolo 1, comma 15, della legge 11 gennaio 2018, n. 5.

¹⁰ Secondo tale previsione «Qualora i dati personali siano trattati per finalità di marketing diretto, l’interessato ha il diritto di opporsi in qualsiasi momento al trattamento dei dati personali che lo riguardano effettuato per tali finalità, compresa la profilazione nella misura in cui sia connessa a tale marketing diretto». L’opposizione è caratteristica dei sistemi di *opt-out*.

a favore di una (criticata) sostituzione del legittimo interesse al consenso quale base giuridica del trattamento effettuato per finalità di *marketing*.

La materia appare peraltro destinata a ulteriori sviluppi in vista della futura approvazione del Regolamento *e-privacy*, che sostituirà la Direttiva *e-privacy*, di cui, come ricordato dalla stessa sentenza in esame, l’art. 130 del codice *privacy* costituisce attuazione¹¹.

È pur vero che la situazione appare ormai stagnante da un po’ di anni, e il futuro Regolamento sembra ancora lontano dal vedere la luce, ma la bozza di Regolamento *e-privacy* su cui è stato raggiunto l’accordo in seno al Consiglio dell’Unione Europea il 10 febbraio 2021 ha da un lato confermato alcuni principi già espressi dalla Direttiva *e-privacy* in tema di *direct marketing*, dall’altro lato ha introdotto alcune innovazioni¹².

Fermo restando l’obbligo del consenso preventivo (art. 16, comma 1, bozza di Regolamento), esso non rimane circoscritto al caso di utilizzo di sistemi automatizzati di chiamata e di comunicazione senza intervento di un operatore, del telefax o dell’e-mail, come nella Direttiva *e-privacy*, bensì si estende anche ad ulteriori ipotesi¹³.

Viene inoltre fatta salva (art. 16, comma 4) la possibilità per gli Stati Membri di introdurre un regime di *opt-out* per le chiamate V2V, in base al

¹¹ Sulle novità della proposta di Regolamento *e-privacy*, cfr. E. TOSI, *Privacy digitale, persona e mercato: tutela della riservatezza e protezione dei dati personali alla luce del GDPR e del nuovo Codice Privacy*, in E. TOSI, (a cura di), *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Milano, 2019, 41 ss., e L. BOLOGNINI, C. BISTOLFI, G. CREA, *Il Regolamento e-Privacy tra principi giuridici e impatti sull’economia digitale*, Istituto Italiano per la *privacy* e la valorizzazione dei dati, 2018. Sul Regolamento *e-privacy*, sia inoltre permesso rinviare a L. VIZZONI, *Domotica e diritto. La Smart Home tra regole e responsabilità*, Milano, 2021, 90 ss.

¹² Cfr. F. GIULIANI, M. LEFFI, G. VECCHI, *La disciplina prevista dall’ultima bozza di Regolamento ePrivacy e un confronto con la normativa vigente in materia di marketing*, in www.agendadigitale.eu, 9 giugno 2021.

¹³ Tale obbligo si estende ai c.d. servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero, quali i servizi di messaggistica Over-The-Top (“OTT”). Ciò, in ragione del richiamo, contenuto nella bozza di Regolamento, alla definizione che di tali servizi dà il Codice europeo delle Comunicazioni Elettroniche, Direttiva UE 2018/1972, e alle c.d. “voice-to-voice calls”, ossia le chiamate “in diretta” con operatore e, quindi, senza utilizzo di dispositivi automatici di chiamata e comunicazione (“Chiamate V2V”). Sul punto v. F. Giuliani, M. Leffi, G. Vecchi, *op. cit.*

Si ricorda che il Codice europeo delle Comunicazioni Elettroniche ha trovato attuazione solo con il d.lg. 8 novembre 2021, n. 207, entrato in vigore il 24 dicembre 2021, oltre il termine ultimo del 21 dicembre 2020 stabilito dalla Direttiva 2018/1972: motivo per il quale l’Italia è stata oggetto di una procedura di infrazione (infrazione INFR (2021)0056) da parte della Commissione Europea.

quale le chiamate per finalità di *marketing* potranno essere effettuate solo nei confronti degli utenti che non si siano opposti al trattamento per tali finalità. In tale meccanismo ben si ascriverebbe il Registro delle opposizioni italiano.

L’obbligo del consenso preventivo non troverà invece applicazione in relazione alle forme di promozione commerciale in cui non vi sia un invio di una comunicazione ricevuta su un indirizzo, numero o altro dato di contatto dell’utente finale (ad esempio una pubblicità mostrata all’interno di una pagina *web*), in base a quanto previsto dal Considerando n. 32 della bozza di Regolamento.

Con precipuo riguardo al *soft spam* (art. 16, comma 2), si conferma non necessario il consenso preventivo dell’utente alle condizioni già previste, con l’ulteriore previsione per cui tale eccezione risulta applicabile – oltre che alle comunicazioni realizzate via e-mail, come previsto già dalla Direttiva *e-privacy* – anche a quelle effettuate mediante SMS, MMS e applicazioni e tecniche funzionalmente equivalenti. Viene al contempo significativamente concessa agli Stati Membri la facoltà di stabilire un limite temporale massimo, decorrente dalla vendita del prodotto, entro il quale è permesso l’invio di comunicazioni di *soft spam* senza il consenso dell’utente finale (art. 16, comma 3, bozza di Regolamento)¹⁴.

Nel futuro assetto dunque, se la deroga del *soft spam* avrà un ambito applicativo più esteso – ampliandosi comprensibilmente fino a comprendere anche le varie forme di messaggistica – dall’altro lato potrà andare incontro a una limitazione temporale sancita a livello nazionale.

Peraltro, la possibilità di introdurre un siffatto limite temporale rappresenterebbe una concretizzazione dei principi di necessità e di finalità del trattamento, secondo i quali i dati raccolti non possono essere trattati per un tempo ulteriore rispetto a quello strettamente necessario allo scopo della raccolta. In tal senso, come noto, l’art. 5, c. 1, lett. e), GDPR prevede espressamente che i dati personali debbano essere «conservati in una forma che consenta l’identificazione degli interessati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati»¹⁵. La fissazione di un limite temporale massimo consentirebbe dunque l’individuazione di quell’«arco di tempo» a cui la norma fa espresso riferimento, con specifico riguardo all’invio di

comunicazioni commerciali di *soft spam*. Diversamente, la conservazione dell’indirizzo di posta elettronica del cliente potrebbe sostanzialmente protrarsi per un periodo illimitato, dipendendo il suo utilizzo da periodiche, nuove offerte di beni o servizi analoghi.

In ogni caso, anche alla luce di quelle che saranno le future modifiche alla disciplina dello *spamming*, si può osservare che lo stesso dibattito di fondo, per l’una o l’altra soluzione (*opt-in*, *opt-out*, *soft-spam* o *soft opt-in*) perda sempre più di rilievo, laddove – all’interno di un sistema assai articolato e differenziato, in cui si intrecciano regole, ma anche eccezioni e possibilità di deroga lasciate agli Stati membri – si tratta piuttosto di individuare correttamente l’ambito applicativo di singole disposizioni, assai dettagliate, e diversificate anche in base al tipo di tecnologia utilizzata per operare la comunicazione.

4. Il soft spam fra consenso e contratto

Due sono i punti nodali affrontati dalla decisione in questione: la necessità/rilevanza del consenso¹⁶ e la qualifica di contraente-cliente o meno del destinatario delle comunicazioni commerciali non richieste, con correlativa necessità di appurare che fra titolare del trattamento e interessato sia intercorso un vero e proprio rapporto contrattuale.

Per vero, nella decisione si evidenzia anche una certa sovrapposizione fra i due profili.

Nella parte finale, precedente all’enunciazione del principio di diritto, si legge infatti «la deroga prevista dall’art. 130 del D. Lgs 196/2003 non si estende alla mera registrazione sul sito, né ai contratti a titolo gratuito ma solamente nell’ipotesi in cui vi sia stato un rapporto contrattuale di vendita del bene o del servizio e, in tale occasione, sia stato espresso il consenso all’invio di mailing marketing (...). Ne consegue che, in assenza del consenso regolarmente acquisito, non rileva che le e-mail inviate contenessero l’informazione relativa alla possibilità di disattivazione del servizio».

¹⁶ Sul consenso cfr. V. CUFFARO, *Il consenso dell’interessato*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO (a cura di), *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Torino, 1997, 221 ss., S. PATTI, *Il consenso dell’interessato al trattamento dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 460 ss., e più di recente, S. THOBANI, *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, Santarcangelo di Romagna, 2016, specie 13 ss., I. A. Caggiano, *Il consenso al trattamento dei dati personali tra nuovo Regolamento Europeo e analisi comportamentale*, in *Dir. merc. tecnol.*, 25 gennaio 2017, 7 ss., A. VIVARELLI, *Il consenso al trattamento dei dati personali nell’era digitale*, Napoli, 2019, specie 57 ss.

¹⁴ F. GIULIANI, M. LEFFI, G. VECCHI, *op. cit.*

¹⁵ Cfr. F. BRAVO, *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento di dati personali*, in G. FINOCCHIARO (dir. da), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Bologna, 2017, 103 ss.





Ora, è chiaro che se a monte vi fosse stato un regolare consenso dell’interessato all’invio del materiale promozionale, il relativo trattamento sarebbe avvenuto legittimamente sulla base del consenso *ex art. 130, comma 1*, e non vi sarebbe stato bisogno di applicare la deroga di cui al comma 4, con accertamento dei relativi presupposti, inclusa la qualifica di cliente dell’interessato stesso.

Nel *soft spam*, la base giuridica sulla quale si fonda il trattamento pare da individuarsi nel legittimo interesse del titolare, condizionato nel suo esercizio alla presenza dei requisiti previsti dalla norma: il consenso difetta, ma – nel caso di impiego delle coordinate di posta elettronica – tale mancanza è legittimata proprio dall’operatività del meccanismo di *opt-out* previsto nello stesso comma 4 dell’art. 130, sempre che sussistano i relativi presupposti¹⁷. Ne deriva una sorta di fattispecie tipizzata *ex lege* di legittimo interesse del titolare, nel quale il bilanciamento con “gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell’interessato”, come recita l’art. 6 comma 1, lettera f) GDPR, è affidato alle condizioni (e anche alle guarentigie) previste dal comma 4 dell’art. 130.

Nel caso di specie, viene censurato il fatto che il consenso all’invio di materiale promozionale non fosse inserito nel *form* di registrazione sul sito della società opponente. In verità, se tale consenso fosse stato validamente prestato da coloro che si registravano volontariamente sul sito compilando il *form* e spuntando la relativa casella, non vi sarebbe stato neppure bisogno di indagare sui margini di applicabilità del *soft spam*.

¹⁷ Per ulteriori considerazioni cfr. L. VIZZONI, *Sub art. 130*, cit., 642.

V. inoltre il provvedimento del 15 gennaio 2020 (noto per la sanzione di oltre 27 milioni di euro inflitta a TIM), con cui il Garante, con specifico riferimento alle attività di *marketing* effettuate tramite *call center*, ha sancito che il legittimo interesse di cui all’art. 6, par. 1, lett. f), del Regolamento - già previsto sia dall’abrogata direttiva 95/46/CE, nonché dal Codice previgente alle modifiche apportate dal d.lg. n. 101/2018 (d.lg. n. 196/2003, art. 24, comma 1, lett. g) e ammesso solo «a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell’interessato che richiedono la protezione dei dati personali» - non può surrogare, in via generale, il consenso dell’interessato quale base giuridica del *marketing*. Peraltro, aggiunge il provvedimento, «qualora non ricorrano i sopra delineati presupposti per il legittimo interesse e ad eccezione delle ipotesi del c.d. “soft spam” (art. 130, comma 4, Codice), nonché del sistema di “opt-out” per i dati presenti negli elenchi pubblici – si deve ritenere che la regola generale da seguire per i trattamenti per finalità promozionali sia quella del previo consenso informato, libero, specifico e documentato degli interessati». Viene così significativamente confermato che la base giuridica del trattamento dei dati nel *soft spam* non è il consenso dell’interessato, bensì il legittimo interesse del titolare, che trova – nell’ipotesi di impiego degli indirizzi mail – i limiti ulteriori posti dall’art. 130 comma 4.

Il nodo della questione inerente alla possibile configurazione di una deroga *ex art. 130, comma 4*, è dunque da tenere ben distinto dal consenso, visto che il *soft spam* prescinde da esso.

Ci si domanda cioè se anche il cliente “non pagante” come viene definito nella pronuncia, cioè quello che si registra sul sito per provare gratuitamente il servizio, possa divenire legittimo destinatario di *soft spam*, al pari del soggetto con cui il titolare del trattamento abbia intrattenuto un rapporto contrattuale a tutti gli effetti. E, conseguentemente, ci si interroga sul rilievo rivestito dalla stessa registrazione sul sito operata dal cliente non pagante, che in tal modo manifesta interesse per il servizio offerto.

La risposta offerta dalla Cassazione è piuttosto rigorosa: il cliente “non pagante” non può essere considerato un contraente. Il solo soggetto al quale è applicabile l’eccezione di cui al comma 4 è il cliente pagante, e il termine “vendita” è, secondo la Corte, usato in senso tecnico, tale da richiedere che tra il titolare del trattamento ed il destinatario delle comunicazioni si sia stabilito un rapporto contrattuale a titolo oneroso. A nulla rilevano né l’interesse indirettamente espresso dal cliente non pagante né il rispetto delle altre condizioni che legittimano il *soft spam* (ossia l’offerta di prodotti o servizi analoghi e la possibilità di *opt-out*). Secondo la decisione, la situazione del cliente non pagante non integra propriamente una “vendita”.

I giudici di legittimità adottano dunque un’interpretazione restrittiva della norma, sul presupposto che la stessa deroghi alla regola generale del consenso preventivo e che dunque, come aveva già sostenuto il Garante per la protezione dei dati personali in precedenti provvedimenti, che le condizioni della sua operatività non debbano essere intese in maniera elastica o estensiva¹⁸.

Tuttavia, l’interpretazione del termine “vendita” *ex art. 130, comma 4* potrebbe oggi trovare nuove declinazioni, tanto più all’interno di una realtà in cui il rilievo del profilo contrattuale nella circolazione dei dati personali è quanto mai enfatizzato. Nel contesto, caratteristico della contemporanea *data economy*, della “patrimonializzazione” dei dati personali¹⁹, a cui in

¹⁸ Cfr. il provvedimento indicato nella nota precedente.

¹⁹ Il tema della patrimonializzazione dei dati personali è stato indagato soprattutto da V. RICCIUTO, *I dati personali come oggetto di operazione economica. La lettura del fenomeno nella prospettiva del contratto e del mercato*, in N. ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Padova, 2019, 95 ss., ID., *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, 23 ss.,

questa sede si può soltanto accennare, non è in effetti escluso che si possa considerare “contratto” anche il rapporto che si instaura fra il fornitore di un servizio digitale e chi si registra sul relativo sito compilando un *form* e accettando le condizioni contrattuali, per ottenere in cambio il relativo servizio, senza dover versare un corrispettivo in termini monetari ma fornendo propri dati personali.

D'altronde, come noto, la Direttiva 770/2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, ha trovato attuazione nel diritto interno con il d.lg. 2021, n. 173, che ha inserito nel codice del consumo il nuovo Capo I-bis, in cui l'art. 135 *octies*, al comma 4, avalla definitivamente una struttura contrattuale così articolata, proprio nell'ambito della fornitura di un contenuto o di un servizio digitale²⁰. In effetti, già nel testo della Direttiva, con particolare riguardo all'art. 3, seconda parte, molti studiosi leggevano un consolidamento del modello contrattuale come presupposto per la commercializzazione dei dati personali²¹.

È pur vero che, anche aderendo alla ricostruzione in chiave contrattuale del fenomeno, non risulta chiaro a quale tipo sarebbe da ascrivere lo schema dati contro servizio/contenuto digitale. In tal senso, come osservato, sarebbe da rifiutare decisamente la ricostruzione secondo le maglie

della compravendita, poiché importerebbe un trasferimento definitivo di diritti, non configurabile rispetto ai dati personali, che costituiscono attributi irrinunciabili della persona. Più in generale, sarebbe da respingere l'adozione di configurazioni di stampo dominicale o anche in termini di proprietà intellettuale. Esclusa pure la riconduzione della cessione dei dati a schemi propri dei contratti di godimento su beni altrui, se si eccettua forse la licenza d'uso, sembra che l'unica soluzione sia quella di rifugiarsi nelle braccia dell'atipicità contrattuale, con sottoposizione della pattuizione al relativo vaglio di meritevolezza degli interessi perseguiti. In ogni caso, nella prospettiva delineata, la disposizione dei propri dati da parte dell'interessato-contraente rappresenterebbe, secondo taluni, una vera e propria controprestazione, in cambio della quale la parte fruisce del servizio o contenuto digitale²².

Nel caso di specie, trattandosi appunto di un servizio digitale, si sarebbe forse potuto prendere in considerazione la possibilità di optare per l'accoglimento di una nozione più ampia di cliente, comprensiva anche dei clienti che, prestando i propri dati personali, ottengono il servizio in questione, sebbene nella forma “di prova”.

Si tratterebbe, in un certo senso, di clienti a loro volta paganti sebbene in ottica diversa, ossia clienti che pagano fornendo i propri dati personali, *in primis* l'indirizzo e-mail rilasciato con la compilazione del *form* sul sito, ottenendo in cambio una versione ridotta del servizio digitale, rimanendo la versione completa riservata a quei clienti “doppiamente paganti”, che, oltre a prestare dati personali, versano un corrispettivo pecuniario.

Peraltro, il riferimento testuale dell'art. 130, comma 4, al «contesto della vendita di un prodotto

Id., *Il contratto e i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 642 ss.

²⁰ Questo il testo dell'art. 135 *octies*, comma 4: «Le disposizioni del presente capo si applicano altresì nel caso in cui il professionista fornisce o si obbliga a fornire un contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si obbliga a fornire dati personali al professionista, fatto salvo il caso in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati esclusivamente dal professionista ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale a norma del presente capo o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui è soggetto il professionista e quest'ultimo non tratti tali dati per scopi diversi da quelli previsti».

Sul punto, v. le riflessioni critiche di S. PAGLIANTINI, *L'attuazione minimalista della dir. 2019/770/UE: riflessioni sugli artt. 135 octies – 135 vicies ter c.cons. La nuova disciplina dei contratti b-to-c per la fornitura di contenuti e servizi digitali*, in *Nuove leggi civ.*, 2022, 1499 ss. E cfr. anche A. MORACE PINELLI, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *La circolazione dei dati personali. Persona, contratto e mercato*, Pisa, 2023, 24 ss.

²¹ Cfr. A. DE FRANCESCHI, *La vendita di beni con elementi digitali*, Napoli, 2019, specie 15. Più in generale, sul riconoscimento di valore economico dei dati personali, cfr. A. DE FRANCESCHI, R. SCHULZE, *Introduction*, in A. DE FRANCESCHI, R. SCHULZE (a cura di), *Digital Revolution - New Challenges for Law*, München-Baden-Baden, 2019, 4, e S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, in *MediaLaws*, 2019, 131 e 137 ss. Sul valore della direttiva, nel contesto della patrimonializzazione dei dati personali, v. inoltre le riflessioni di R. SENIGAGLIA, *La dimensione patrimoniale del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contr. impr.*, 2020, 760 ss.

²² Sul modello “servizi contro dati”, v. G. RESTA, *I dati personali oggetto del contratto. Riflessioni sul coordinamento tra la direttiva (UE) 2019/770 e il regolamento (UE) 2016/679*, in A. D'ANGELO, V. ROPPO (a cura di), *Annuario del contratto 2018*, Torino, 2019, 128 ss.

Per riflessioni sul mercato digitale e la circolazione dei dati con il consenso dell'interessato v. inoltre G. ALPA, *La “proprietà” dei dati personali*, in N. ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, cit., 18 ss.; C. IRTI, *Consenso “negoziato” e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021, specie 90 ss.; A. METZGER, *A Market Model for Personal Data: State of Play under the New Directive on Digital Content and Digital Services*, in S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (Eds.), *Data as Counter-Performance - Contract Law 2.0? Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy V*, Oxford - Baden-Baden, 2020, 25 ss.

Per una ricostruzione esplicita del consenso al trattamento in chiave di corrispettivo per l'erogazione di beni o servizi digitali v. ora P. GALLO, *Il consenso al trattamento dei dati personali come prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 1054 ss., specie 1065, 1078.

o di un servizio» è piuttosto generico, se non addirittura impreciso laddove si riferisce alla vendita di un servizio: si tratterebbe di ulteriore appiglio per intravedere alternative ad una ricostruzione in termini esclusivamente tecnici del termine “vendita”, che certamente rappresenta l’approdo meno problematico per i giudici di legittimità.

5. Cassazione e spamming: uno sguardo al versante risarcitorio

La pronuncia in esame, come accennato, non si occupa di risarcimento del danno conseguente: un aspetto che non era in discussione dal momento che la società resistente si opponeva alla sanzione irrogata dal Garante sostenendo che non fosse configurabile la pratica illecita, mentre non risulta che alcun destinatario delle comunicazioni indesiderate abbia agito sul versante rimediabile. Al contrario, la quasi totalità delle pronunce di legittimità rese in materia si sono dovute misurare con la configurabilità e risarcibilità del relativo danno.

In linea generale, al destinatario di comunicazioni commerciali effettuate in violazione di quanto disposto dall’art. 130 del codice *privacy* spettano vari rimedi e tutele.

Al di là del primo rimedio, di carattere tecnico, previsto dallo stesso art. 130, comma 6, – consistente nella possibilità, per l’Autorità Garante, di prescrivere a fornitori di servizi di comunicazione elettronica di adottare procedure di filtraggio o altre misure praticabili relativamente alle coordinate di posta elettronica da cui sono state inviate le comunicazioni²³ – e alle sanzioni, sul versante penale come amministrativo, il destinatario di *spamming* potrà chiedere il risarcimento del danno sofferto²⁴.

Come noto, l’art. 15 della Codice della *privacy* – che garantiva in favore del danneggiato dall’illecito trattamento di dati personali il risarcimento del relativo danno *ex art. 2050 c.c.*, di natura sia

patrimoniale sia non patrimoniale – è stato abrogato dal d.lg. 101/2018²⁵.

La norma di riferimento è oggi l’art. 82 del GDPR, che sancisce il diritto di chiunque subisca un danno materiale o immateriale causato da violazioni del Regolamento stesso, al risarcimento del relativo danno da parte del titolare o del responsabile del trattamento. Nonostante una certa similitudine testuale fra le due norme, la formulazione dell’art. 15 codice *privacy* risultava più ampia rispetto a quella di cui all’art. 82 del Regolamento, che limita il novero dei potenziali danneggianti esclusivamente al titolare e al responsabile del trattamento²⁶, ponendo il problema del coordinamento con le regole di diritto comune.

Gli ultimi approdi della giurisprudenza di legittimità in materia di illecito trattamento dei dati personali da ricezione illegittima di comunicazioni indesiderate, e più in generale da illecito trattamento dei dati personali, hanno adottato posizioni piuttosto restie a concedere siffatto risarcimento in favore del soggetto danneggiato dalla pratica di *spamming*, pure accertata come in essere. Basterebbe ricordare una nota decisione del 2017²⁷, la quale ha ritenuto

²⁵ Sul regime previgente cfr. E. TOSI, *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno non patrimoniale*, Milano, 2019, 31 ss. Sui rapporti tra art. 15 cod. *privacy* e art. 82 GDPR sia inoltre consentito rinviare a L. VIZZONI, *Domotica e diritto*, cit., 196 ss.

²⁶ Sull’art. 82 GDPR v. C. CAMARDI, *Note critiche in tema di danno da illecitotratamento dei dati personali*, in *Jus civile*, 2020, 3, 769 ss., E. TOSI, *La responsabilità civile per trattamento illecito dei dati personali*, in E. TOSI (a cura di), *Privacy digitale*, cit., 619 ss., S. SICA, *La responsabilità civile per il trattamento illecito dei dati personali*, in D. POLETTI, A. MANTELETO (a cura di), *Regolare la tecnologia. Il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, Pisa, 2018, 161 ss. Cfr. inoltre M. GAMBINI, *Responsabilità e risarcimento nel trattamento dei dati personali*, in V. CUFFARO, R. D’ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., 1017 ss. e R. CATERINA, S. THOBANI, *Il diritto al risarcimento dei danni*, in *Giur. it.*, 2019, 2805 ss.

²⁷ Cass. 8 febbraio 2017, n. 3311, in *Dir. giust.*, 2017, 9 febbraio, con nota di F. VALERIO, *Danno da spamming: nessun risarcimento per poche email indesiderate*. Il caso era il seguente: un avvocato lamentava di aver ricevuto, nell’arco di tre anni a mezzo, dieci e-mail indesiderate di contenuto pubblicitario, da parte di una società di formazione, senza aver prestato il proprio consenso alla ricezione di tali messaggi. La società convenuta si era difesa sostenendo che il ricorrente non aveva dimostrato il nesso causale tra lo *spam* ricevuto e l’asserito danno, e dunque l’inesistenza della prova di un pregiudizio effettivo come diretta conseguenza dell’invio dei messaggi in questione. Aderendo alle ricostruzioni della società convenuta, la corte di legittimità ha rigettato il ricorso in quanto manifestamente infondato.

Quella del 2017 non è comunque la prima decisione di siffatto tenore in materia di responsabilità da illecito trattamento dei dati personali. Per una rassegna, anche in chiave critica, delle principali pronunce di legittimità in materia v. F. BRAVO, *Il principio di solidarietà in materia di protezione dei dati*

²³ Sul filtraggio cfr. A. ROSSI, *Spamming e intercettazioni: cases of law*, in A. PACE, R. ZACCARIA, G. DE MINICO, *Mezzi di comunicazione e riservatezza. Ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Napoli, 2008, 273.

²⁴ In materia di risarcimento del danno da illecito trattamento dei dati personali v. E. PELLECCCHIA, *La responsabilità civile per trattamento dei dati personali*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 232 ss., F. GRITTI, *La responsabilità civile nel trattamento dei dati personali*, in V. CUFFARO, R. D’ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *Il codice di trattamento dei dati personali*, Torino, 2007, 157 ss. Con specifico riguardo al danno da ricezione di comunicazioni elettroniche indesiderate, v. O. POLICELLA, *Il danno da spamming*, in *Danno e resp.*, 2005, 659 ss.



che il danno non patrimoniale risarcibile di fronte all’invio di comunicazioni non sollecitate ex art. 15 codice *privacy*, «pur determinato da una lesione del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali tutelato dagli artt. 2 e 21 Cost. e dall’art. 8 della CEDU, non si sottrae alla verifica della “gravità della lesione” e della “serietà del danno” (quale perdita di natura personale effettivamente patita dall’interessato)». In particolare, anche per tale diritto viene ritenuto operativo il bilanciamento con il principio di solidarietà ex art. 2 Cost., «di cui il principio di tolleranza della lesione minima è intrinseco precipitato, sicché determina una lesione ingiustificabile del diritto non la mera violazione delle prescrizioni poste dall’art. 11 del medesimo codice ma solo quella che ne offenda in modo sensibile la sua portata effettiva»²⁸. Ai fini della richiesta condanna al risarcimento viene ritenuta necessaria la prova della «serietà del danno», il quale deve cioè superare la soglia minima di tollerabilità.

Tale orientamento, seguito da decisioni successive in tema di illecito trattamento dei dati personali²⁹, è stato confermato anche dinanzi all’art. 82 GDPR, nel frattempo entrato in vigore: in questa occasione³⁰, la Cassazione ha precisato ulteriormente che il danno da illecito trattamento dei dati personali «non sussiste in “re ipsa”, non identificandosi il danno risarcibile con la mera lesione dell’interesse tutelato dall’ordinamento, ma

personali nelle decisioni del Garante e della corte di Cassazione, in Contr. impr., 2023, 413 ss.

²⁸ Addirittura, la Cassazione in questa occasione si è spinta sino a ritenere integrata la responsabilità aggravata ex art. 96, comma 3, c.p.c. in capo al ricorrente, poiché questi aveva percorso tutti i gradi di giudizio per un danno giudicato come «ipotetico e futile, consistente al più in un modesto disagio o fastidio, senz’altro tollerabile», e lo ha pertanto condannato al pagamento di 1.500 euro per lite temeraria.

²⁹ V. Cass. 4 giugno 2018, n. 14242 e Cass. 8 gennaio 2019, n. 207, ord., in *Corr. giur.*, 2019, 625 ss., con nota di M. S. ESPOSITO, *Il risarcimento del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali*. Richiamando precedente dottrina, l’A. (*ivi*, 633) evidenzia come non sia ammissibile introdurre un giudizio sulla rilevanza ed entità degli interessi tutelati laddove il risarcimento sia collegato alla violazione di diritti inviolabili della persona. La c.d. soglia di risarcibilità può essere impiegata piuttosto quale parametro per la determinazione dell’entità del risarcimento spettante.

³⁰ Cass. 10 giugno 2021, n. 16402, ord., in *Dir. giust.*, 2021, 11 giugno, e in *Foro it.* 2021, 11, I, 3589 ss. In questo caso il ricorrente aveva agito per far accertare l’illecito trattamento dei suoi dati personali e ottenere il relativo risarcimento del danno da parte di un Istituto di Investigazioni, che, con la cooperazione dell’INPS, aveva ottenuto la documentazione attestante una certa sua situazione retributiva al fine di acquisire elementi di prova da far valere nell’ambito di un procedimento penale in cui lo stesso ricorrente era coinvolto.

con le conseguenze di tale lesione, seppur può essere provato anche attraverso presunzioni»³¹.

La Corte di legittimità, dunque, mantiene un orientamento compatto nel negare risarcimenti del danno per lesioni le quali, pur attenendo a diritti fondamentali, vengono ritenute futili o di entità tale da non meritare risarcimento; e ciò è avvenuto precipuamente qualora il danno derivi dalla ricezione di comunicazioni indesiderate, tanto che il fenomeno dello spamming appartiene, in buona sostanza, ad una delle aree di responsabilità senza danno.

Il rigore adottato dal giudice di legittimità in tema di liceità dello *spamming*, che giustifica l’applicazione delle sanzioni amministrative previste dalla normativa speciale, nel cui solco si inserisce la pronuncia in commento, si coniuga quindi con le pronunce dello stesso giudice di legittimità, altrettanto rigorose nell’escludere la sussistenza di un danno risarcibile.

Proprio di recente, la questione è giunta all’attenzione della Corte di Giustizia dell’Unione Europea, la quale, chiamata a pronunciarsi sull’interpretazione dell’art. 82 GDPR ha ritenuto che la mera violazione del Regolamento non attribuisca un diritto al risarcimento, ma al contempo che non sia corretto subordinare il risarcimento alla condizione che il danno subito dall’interessato abbia raggiunto un certo grado di gravità³².

La decisione della Corte del Lussemburgo alimenterà sicuramente il dibattito in argomento, troppo complesso per essere affrontato in questa sede. Quel che è certo è proprio il tema del danno da illecito trattamento dei dati personali (e del danno da *spamming* in particolare) mette alla prova la tenuta dello statuto del risarcimento del danno non patrimoniale, tanto che non mancano voci

³¹ Sui recenti orientamenti di legittimità in tema di danno in *re ipsa* v. esemplarmente G. ALPA, *Danno in re ipsa e tutela dei diritti fondamentali (diritti della personalità e diritto di proprietà)*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, 6 ss.

³² CGUE, decisione 4 maggio 2023, n. 72, causa C-300/21, *Österreichische Post*, pubblicata in www.eur-lex.europa.eu. Il caso di specie è il seguente: a partire dal 2017, le Poste austriache avevano raccolto informazioni sulle affinità politiche della popolazione austriaca, categorizzandola in «indirizzi di gruppi destinatari» con l’ausilio di un algoritmo. I dati così raccolti e trattati avevano consentito alla Österreichische Post di ricondurre uno specifico cittadino alla preferenza in favore di un determinato partito politico. Il cittadino in questione, che non aveva acconsentito al trattamento dei suoi dati personali, chiedeva al giudice austriaco un importo di 1.000 euro a titolo di risarcimento del danno immateriale subito. La Corte suprema austriaca ha espresso dubbi in merito alla portata del diritto al risarcimento ex art. 82 GDPR, chiedendo alla CgUe se la mera violazione del Regolamento sia sufficiente per conferire tale diritto e se sia possibile concedere il risarcimento solo oltre un determinato grado di gravità del danno immateriale subito.



critiche riguardo al mancato riconoscimento del *quantum* del danno³³, ma soprattutto si rafforzano i dubbi circa l'efficacia degli strumenti privatistici di tutela³⁴, specie considerando che la somma dei disagi arrecati ai singoli destinatari determina evidenti arricchimenti in capo ai mittenti.

In questo quadro, sollecita ulteriormente l'attenzione degli interpreti una decisione tedesca di merito, resa dal Tribunale regionale di Heidelberg il 16 marzo 2022, caso 4S 1/21³⁵, che adotta un'impostazione diametralmente opposta a quella della Cassazione in tema di risarcimento del danno da *spamming*, con riguardo a una vicenda particolarmente rilevante perché del tutto analoga a quella che condusse alla decisione di legittimità italiana del 2017. L'interessato aveva infatti ricevuto una prima e-mail pubblicitaria relative ad un corso di formazione, senza aver mai richiesto l'invio di comunicazioni di questo tipo, né prestato consensi. Il destinatario aveva poi manifestato al mittente/titolare del trattamento la sua opposizione, e ciononostante aveva comunque ricevuto un'ulteriore mail dello stesso tipo. Da qui aveva avuto inizio la vicenda giudiziaria del ricorrente, che si era visto negare il risarcimento del danno dal giudice di prime cure, il quale aveva sì ordinato al titolare del trattamento la cessazione degli invii indesiderati, ma, ritenendo che l'interessato non avesse ricevuto nessun pregiudizio rilevante, aveva negato il risarcimento del danno. Al contrario, la sentenza del giudice di Heidelberg ha riconosciuto al ricorrente il diritto *ex art. 82 GDPR*, ad ottenere un risarcimento del danno di 25 euro, pari a 12,50 euro per ogni e-mail indesiderata ricevuta. L'importo è evidentemente irrisorio, ma è significativo che il danno in questione abbia superato la soglia della risarcibilità e la relativa lesione non sia stata reputata futile.

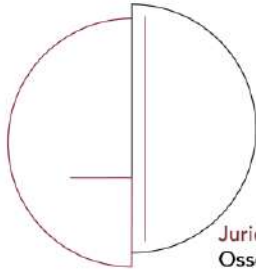
³³ In proposito cfr. le recenti riflessioni di F. BRAVO, *op. ult. cit.*, 417 (e 426 ss.), il quale osserva proprio come la giurisprudenza della Cassazione faccia talvolta applicazione del principio di solidarietà anche «per negare rilevanza a richieste risarcitorie concernenti danni non patrimoniali che, pur derivanti da illeciti effettivamente accertati, siano di lieve entità o siano cagionati da condotte socialmente ritenute non gravi». Tale argomentazione, come rilevato criticamente dall'A. stesso, applicata non di rado in materia di illecito trattamento di dati personali, si traduce nell'aggiunta di requisiti ulteriori rispetto agli elementi essenziali della struttura dell'illecito, nel caso di richieste risarcitorie *ex art. 2059 c.c.*, ossia la serietà del danno e la gravità della lesione.

³⁴ V. A. I. CAGGIANO, *op. cit.*, 17-18.

³⁵ Sulla decisione v. un primo commento di A. LO GIUDICE, *Lo spam è un fastidio che va risarcito: la sentenza tedesca che contraddice la nostra Cassazione*, in www.agendadigitale.eu, 27 maggio 2022.

Forse del danno da *spamming* (e anche del danno da *soft spamming*) si tornerà presto a discutere.

Osservatorio



Juridical Observatory on Digital Innovation
Osservatorio Giuridico sulla Innovazione Digitale

DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE*

Rubrica di aggiornamento dell'OGID.

Questa rubrica di aggiornamento è curata dal Prof. Salvatore Orlando e dal Dott. 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: 1. *Adottato il Regolamento 'macchine' (UE) 2023/1230* [2023/3(1)VR]. - 2. *La decisione di adeguatezza della Commissione europea del 10.7.2023 sul nuovo piano di trasferimento dei dati personali EU-U.S. (Privacy Framework) e la nota informativa dell'EDPB* [2023/3(2)CR]. - 3. *La designazione di Alphabet, Amazon, Apple, Bytedance, Meta e Microsoft come gatekeepers ai sensi del DMA* [2023/3(3)RA]. - 4. *Verso il FIDA: la proposta di regolamento europeo sull'accesso ai dati finanziari del 28.6.2023* [2023/3(4)BC]. - 5. *Il parere dell'EDPS del 22.8.2023 sulla proposta di regolamento europeo sull'accesso ai dati finanziari (FIDA)* [2023/3(5)TB]. - 6. *Le Linee guida AGID del 4.8.2023 sui dati aperti nel settore pubblico versione 1.0* [2023/3(6)FDA]. - 7. *La sentenza CGUE del 4.7.2023 nel caso C-252/21 sui rapporti tra privacy e antitrust, sulla pubblicità dei dati sensibili e sulla inadeguatezza della base del legittimo interesse per il trattamento dei dati inerenti la pubblicità comportamentale di Meta (sentenza Meta abuso di posizione dominante)* [2023/3(7)CAT]. - 8. *Il provvedimento del 14.7.2023 del Garante norvegese per la protezione dei dati personali sulla base del legittimo interesse per la pubblicità comportamentale di Meta* [2023/3(8)GDI]. - 9. *La sentenza CEDU del 4.7.2023 sul diritto all'oblio (caso 57292/16 Hurbain c. Belgio)* [2023/3(9)EB]. - 10. *La decisione vincolante EDPB 2/2023 del 2.8.2023 e la conseguente decisione finale del Garante irlandese per la protezione dei dati personali del 1.9.2023 su c.d. dark (o deceptive design) patterns e altre pratiche riguardanti i bambini e la verifica dell'età poste in essere da TikTok* [2023/3(10)IG]. - 11. *I provvedimenti dei Garanti per la protezione dei dati personali austriaco e della Bassa Sassonia, dell'aprile e del maggio 2023, in materia di cookie paywall impiegati da testate di giornali online* [2023/3(11)RMo]. - 12. *Emessa in Cile il 9.8.2023 la prima sentenza al mondo sui neurodiritti (a proposito di 'Insight' un dispositivo neurotecnologico non terapeutico e non invasivo in commercio del tipo elettroencefalogramma mobile progettato per ottenere informazioni sull'attività cerebrale)* [2023/3(12)AAM]. - 13. *La sentenza della Corte Costituzionale del 27.7.2023 sul valore di corrispondenza dei messaggi whatsapp e email* [2023/3(13)EWDm]. - 14. *Le modifiche alla legge italiana sul diritto d'autore per il contrasto della pirateria online (L. 93/2023)* [2023/3(14)FG]. - 15. *Il provvedimento dell'AGCM del 18.7.2023 sugli impegni di Google relativi alla portabilità dei dati personali* [2023/3(15)RA]. - 16. *L'intesa tra il governo USA e i "giganti" dell'Intelligenza Artificiale del 21.7.2023 e del 12.9.2023 su safety, security e trust della IA generativa* [2023/3(16)TDMCDV]. - 17. *L'opinion del 18.8.2023 (e il collegato provvedimento) del Giudice Howell del District of Columbia nel caso Thaler su IA generativa e copyright* [2023/3(17)FG]. - 18. *Le raccomandazioni del 17.7.2023 del Financial Stability Board sui Global Stable Coin Arrangements e sui mercati in criptoattività* [2023/3(18)IT]. - 19. *Le nuove regole della SEC su cybersecurity risk, governance, management e incident disclosure efficaci dal 5.9.2023* [2023/3(19)ES]. - 20. *La seconda fase di sperimentazione Fintech* [2023/3(20)ES]. - 21. *Gli obblighi informativi nel rapporto di lavoro relativi all'utilizzo di sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati (D.L. 48/2023 conv. con modifiche da L. 85/2023) e la sentenza del Tribunale di Torino del 5.8.2023 sulla condotta antisindacale di Glovo* [2023/3(21)RMa]. - 22. *Emanato il Decreto 7.9.2023 sul fascicolo sanitario elettronico (FSE) 2.0 dopo i pareri positivi del Garante privacy del 8.6.2023 e della Conferenza Stato-Regioni del 2.8.2023* [2023/3(22)EG].

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/>



2023/3(1)VR

Adottato il Regolamento ‘macchine’ (UE) 2023/1230

582 Il 14 giugno 2023 è stato approvato il Regolamento (UE) 2023/1230 relativo alle macchine, che abroga la direttiva 2006/42/CE e la direttiva 73/361/CEE (“**Regolamento macchine**”), dando così seguito alla relativa proposta adottata il 21 aprile 2021 (coeva alla proposta di AI Act) COM(2021) 202 final.

Come evincibile dal Preambolo, il legislatore europeo ha inteso rafforzare il quadro normativo in uno dei pilastri industriali dell’economia dell’Unione al precipuo fine di contenere il costo sociale del crescente impiego dei prodotti macchina attraverso l’integrazione dei requisiti di sicurezza (Considerando n. 2). In quest’ottica, si è ritenuto opportuno, anzitutto, agire sul piano della tecnica normativa: in linea con una tendenza recente della regolazione europea volta al massimo contenimento delle divergenze normative nelle legislazioni domestiche, si è privilegiata la via dell’uniformazione. La concreta applicazione della (ora abrogata) direttiva 2006/42/CE (“**Direttiva macchine**”) aveva infatti mostrato forti carenze nella copertura dei prodotti e nelle procedure di valutazione della conformità, rendendo opportuna la sua sostituzione con una fonte regolamentare (Considerando nn. 3, 4, 85).

Ne viene un quadro regolatorio assai più corposo e puntuale, che consta di 86 Considerando, 54 articoli e ben 7 Allegati. Anche in ragione di ciò, nonostante la fonte entri in vigore dopo l’ordinaria *vacatio legis* di venti giorni, il legislatore europeo ha ritenuto necessario disporre un’applicazione differita (*recte*, graduale) affinché gli operatori economici possano uniformarsi alle prescrizioni e gli Stati membri approntino le necessarie infrastrutture amministrative (Considerando n. 86). Pertanto, ai sensi dell’art. 54, il Regolamento macchine si applicherà nella sua globalità a partire dal 14 gennaio 2027; nelle more: gli artt. 26-42 si applicheranno a decorrere dal 14 gennaio 2024; l’art. 50, par. 1 si applicherà a decorrere dal 14 ottobre 2023; l’art. 6, par. 7 e gli artt. 48 e 52 si applicheranno a decorrere dal 13 luglio 2023; l’art. 6, parr. 2-6, 8 e 11 e gli artt. 47 e 53, par. 3 si applicheranno a decorrere dal 14 luglio 2024.

Il Regolamento macchine si applica alle macchine e alle «quasi-macchine» (in inglese: «*partly completed machines*»), definite come segue:

- «macchina»:

a) insieme equipaggiato o destinato a essere equipaggiato di un sistema di azionamento diverso dalla forza umana o animale diretta, composto di parti o di componenti, di cui almeno uno mobile, collegati tra loro solidamente per un’applicazione ben determinata;

b) insieme di cui alla lettera a), al quale mancano solamente elementi di collegamento al sito di impiego o di allacciamento alle fonti di energia e di movimento;

c) insieme di cui alle lettere a) e b), pronto per essere installato e che può funzionare solo dopo essere stato montato su un mezzo di trasporto o installato in un edificio o in una costruzione;

d) insieme di macchine di cui alle lettere a), b) e c) o di quasi-macchine, che per raggiungere uno stesso risultato sono disposti e comandati in modo da avere un funzionamento solidale;

e) insieme di parti o di componenti, di cui almeno uno mobile, collegati tra loro solidamente e destinati al sollevamento di pesi e la cui unica fonte di energia è la forza umana diretta;

f) insieme di cui alle lettere da a) ad e) al quale manca soltanto il caricamento del *software* destinato all’applicazione specifica prevista dal fabbricante.

- «quasi-macchina»: un insieme che non costituisce ancora una macchina in quanto, da solo, non è in grado di eseguire un’applicazione specifica e che è soltanto destinato a essere incorporato o assemblato ad altre macchine o ad altre quasi-macchine o apparecchi per costituire una macchina.

Un lungo elenco di esclusioni è previsto al paragrafo 2 dell’art. 2, lettere da a) a q). Tra esse, si segnala l’esclusione per i veicoli a motore e i relativi rimorchi, nonché i sistemi, i componenti, le unità tecniche separate, le parti e le attrezzature progettate e costruite per tali veicoli, che rientrano nell’ambito di applicazione del regolamento (UE) 2018/858 attinente alla loro omologazione.

Il Considerando n. 19 sottolinea che (come da corrispondente previsione della lettera f) della definizione di macchina, sopra riportata) le macchine alle quali manca solamente il caricamento di *software* destinati all’applicazione specifica prevista dal fabbricante e che sono oggetto della procedura di valutazione della conformità di tali macchine rientrano nella definizione di macchina e non nelle definizioni di prodotti correlati o di quasi-macchine. I prodotti correlati sono le attrezzature intercambiabili, i componenti di sicurezza, gli accessori di sollevamento, le catene, funi e cinghie e i dispositivi amovibili di trasmissione meccanica, come meglio definiti nel medesimo Regolamento



macchine. Inoltre, sempre nel Considerando n. 19 si specifica che la definizione di componenti di sicurezza riguarda non soltanto i dispositivi fisici ma anche quelli digitali. Si aggiunge in proposito che, al fine di tenere conto del crescente ricorso al *software* come componente di sicurezza, il *software* che svolge una funzione di sicurezza ed è immesso in maniera indipendente sul mercato deve essere considerato un componente di sicurezza. Il Regolamento macchine intende accrescere la tutela della sicurezza e della salute delle persone e, «*ove opportuno*» («*where appropriate*» in inglese), degli animali domestici (espressione che ricomprende quelli di allevamento: Considerando n. 5), nonché la tutela dei beni, specie nei confronti dei rischi che derivano dall'uso previsto o da qualsiasi uso scorretto ragionevolmente prevedibile. Espressamente menzionata, sia pure solo con la formula «*se del caso*» («*where applicable*» in inglese), è anche la tutela dell'ambiente (art. 1). Per quanto attiene alla protezione delle persone, particolare enfasi è posta sui lavoratori e i consumatori (Considerando n. 5), tenendo conto delle ridotte conoscenze tecniche degli utilizzatori non professionali nella gestione delle macchine o dei prodotti correlati (Considerando n. 11). La regola generale, di cui all'art. 8, è dunque che le macchine o i prodotti correlati sono messi a disposizione sul mercato o messi in servizio soltanto se, quando debitamente installati, sottoposti a manutenzione e utilizzati conformemente al loro uso previsto o in condizioni ragionevolmente prevedibili, soddisfano i requisiti essenziali di sicurezza e di tutela della salute di cui all'Allegato III; similmente, le quasi-macchine sono messe a disposizione sul mercato solo se rispettano i pertinenti requisiti essenziali di sicurezza e di tutela della salute di cui all'Allegato III.

Similmente a quanto si trova nella proposta di AI Act e nella nuova legislazione UE sui prodotti, di cui al c.d. NLF (*New Legislative Framework for the marketing of products*: nuovo quadro legislativo per la commercializzazione dei prodotti) di cui alla decisione n. 768/2008/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, e al regolamento (UE) 2019/1020 sulla vigilanza del mercato e sulla conformità dei prodotti, il Regolamento macchine prevede delle definizioni di «messa a disposizione sul mercato», «immissione sul mercato» e «messa in servizio». Più generalmente, appare sicuramente apprezzabile, almeno negli intenti, l'attenzione riposta sul piano definitorio (art. 3) e dell'esatta perimetrazione dell'ambito di applicazione materiale del regolamento, muovendo dall'evocata distinzione tra macchine, prodotti correlati e quasi-macchine (art.

2; Considerando nn. 14 e 15). A tal proposito, si tiene debitamente conto delle implicazioni in termini di *product safety* dell'emergere delle nuove tecnologie digitali quali l'intelligenza artificiale, l'IoT e la robotica e della necessità di disciplinarne i rischi specifici (Considerando n. 12). Ciò rileva almeno su due fronti: *in primis*, sul terreno della stessa definizione di macchina, che – come visto – richiede di essere adattata al progressivo impiego di mezzi digitali e *software* in fase di progettazione (Considerando n. 19); *in secundis*, sul piano generale di contenimento dell'obsolescenza del regime in commento, deve garantirsi l'aggiornamento dei criteri classificatori di cui all'Allegato I sull'onda dell'evoluzione dello stato dell'arte (Considerando n. 24). L'obiettivo di effettività delle tutele garantite dal regolamento richiede, infine, un appropriato coordinamento con gli altri atti normativi dell'Unione (di cui ai Considerando nn. 6-9, 22, all'art. 9 e al nutrito elenco di esclusioni di cui all'art. 2, par. 2).

Per quanto attiene in particolare all'AI Act - di cui alla proposta di Regolamento UE sull'intelligenza artificiale di cui alla proposta COM(2021) 26 final - si segnala come nella relazione di accompagnamento alla proposta del Regolamento macchine COM(2021)202 final, (la "Relazione"), la Commissione europea così esprimeva "La presente proposta è coerente con la politica dell'Unione in materia di intelligenza artificiale e con l'imminente regolamento sull'intelligenza artificiale, che affronterà i rischi che incidono sulla sicurezza per i sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio integrati in una macchina o che sono componenti di sicurezza nel quadro del futuro regolamento sui prodotti macchina" (punto 1.3, p. 4 della Relazione) e "Un ulteriore aspetto di semplificazione è costituito dalla complementarità tra le proposte legislative sull'intelligenza artificiale e sulle macchine, nell'ambito delle quali il regolamento sull'intelligenza artificiale delega la valutazione della conformità a quello sulle macchine affinché la valutazione dei rischi per la macchina completa con i sistemi di intelligenza artificiale venga effettuata una volta soltanto attraverso il futuro regolamento sui prodotti macchina" (punto 3.4, p. 9 della Relazione).

In punto di allocazione degli obblighi di sicurezza, il Regolamento macchine persegue il consolidato approccio di distribuzione delle responsabilità tra gli operatori economici in funzione dei ruoli da essi rivestiti nella catena di approvvigionamento (Considerando n. 28), al fine di circoscrivere l'immissione nel mercato interno ai soli prodotti conformi alle prescrizioni di legge.

In ragione della razionalità offerta dal criterio della *vicinitas*, il referente principale del quadro di protezione è il fabbricante (come definito nel Regolamento macchine, ma v. anche artt. 17 e 18). La *ratio* della scelta è dichiarata consistere nella deduzione che il fabbricante, disponendo di conoscenze dettagliate relative al processo di progettazione e produzione, versi nella posizione migliore per eseguire la procedura di valutazione della conformità di cui all'art. 25, che rimane pertanto in linea di principio suo obbligo esclusivo (Considerando n. 31). A tale valutazione si accompagna la redazione della pertinente documentazione tecnica. Ai sensi dell'art. 10, par. 2, in caso di esito positivo della procedura di valutazione della conformità, i fabbricanti redigono la dichiarazione di conformità UE conformemente all'art. 21 e appongono la marcatura CE conformemente all'art. 24. La marcatura CE è soggetta ai principi generali contenuti nell'art. 30 del regolamento (CE) n. 765/2008 (art. 23 Regolamento macchine).

Il fabbricante è tenuto a effettuare una precisa valutazione del rischio per il prodotto che intende immettere sul mercato o mettere in servizio, stabilendo gli opportuni requisiti essenziali di sicurezza e le misure di gestione dei rischi specifici che potrebbero manifestarsi durante il ciclo di vita del prodotto. In altri termini, la perdurante conformità dei prodotti macchina deve essere garantita lungo tutto quest'arco temporale, tenendo debitamente da conto le modifiche del processo produttivo, della progettazione o delle caratteristiche dei beni, nonché delle altre specifiche tecniche o delle specifiche comuni di cui all'art. 20 (art. 10, par. 4). Laddove i fabbricanti abbiano motivo di ritenere che una macchina o un prodotto correlato da essi immesso sul mercato o messo in servizio non sia conforme al Regolamento macchine, essi devono adottare immediatamente le azioni correttive necessarie per ripristinarne la conformità ovvero disporre, a seconda dei casi, il ritiro o il richiamo. Gli stessi sono poi tenuti a informare immediatamente le competenti autorità nazionali, fornendo informazioni dettagliate (art. 10, par. 9). Un regime analogo, *mutatis mutandis*, è previsto per le quasi-macchine dagli artt. 11 e 22. Per esse, in caso di valutazione positiva della conformità, è redatta una «dichiarazione di incorporazione UE» che, al pari della dichiarazione di conformità, attesta che è stata dimostrata la conformità ai requisiti essenziali di sicurezza e di tutela della salute di cui all'Allegato III (v. rispettivamente, artt. 20, 21 e 22).

Per determinate categorie di macchine o prodotti correlati che presentano un fattore di rischio più

elevato, si rende necessario che i fabbricanti siano coadiuvati da organismi notificati al fine di assicurare procedure di valutazione della conformità più rigorose (Considerando n. 59: v. Capo V, artt. 26 ss.).

È poi necessario garantire la conformità ai requisiti del regolamento dei prodotti macchina provenienti da paesi extra-UE. Pertanto, gli importatori devono anzitutto assicurarsi che per essi siano state condotte dal fabbricante le relative verifiche (Considerando n. 36). Più precisamente, ai sensi dell'art. 13, gli importatori di macchine e prodotti correlati devono assicurarsi che il fabbricante: abbia svolto le adeguate procedure di valutazione *ex art.* 25; abbia redatto la documentazione tecnica di cui all'Allegato IV, parte A; che sia stata apposta la marcatura CE di cui all'art. 23; che la macchina o il prodotto correlato siano accompagnati dai documenti prescritti; in generale, che il fabbricante abbia rispettato le prescrizioni di cui all'art. 10, par. 5, 6 e 8. In caso di esito negativo della verifica, l'immissione sul mercato è interdetta sino a che il prodotto non è reso conforme; se da esso possono derivare rischi, l'importatore ne informa il fabbricante e le autorità di vigilanza (art. 13, par. 4; ma v. anche par. 7). Prescrizioni equipollenti sono dettate per gli importatori di quasi-macchine (art. 14).

In seguito all'immissione nel mercato interno, l'obbligo di garantire la conformità del prodotto macchina all'atto della sua concreta messa a disposizione degli utenti trasla sul distributore, il quale deve peraltro assicurarsi che essa non venga alterata da eventuali successive manipolazioni del prodotto (Considerando n. 38; se la modifica è apportata direttamente dai distributori, v. *infra*, art. 17). Le verifiche prescritte sono puntualmente elencate agli artt. 15, par. 2 e 16, par. 2, rispettivamente per i distributori di macchine e quasi-macchine.

Di là dalle etichette formali, ai fini del Regolamento macchine un importatore o distributore è considerato un fabbricante, con conseguente addossamento dei relativi obblighi *ex artt.* 10 e 11, quando immette sul mercato un prodotto macchina con il proprio nome o marchio commerciale o modifica un prodotto già immesso sul mercato in un modo suscettibile di incidere sulla conformità ai requisiti applicabili (art. 17). Più in generale, è considerato fabbricante ai sensi del Regolamento macchine qualsiasi soggetto, persona fisica o giuridica, che apporta una modifica sostanziale alla macchina o a un prodotto correlato (art. 18).

Infine, tutti gli operatori economici coinvolti nella catena sono tenuti a far sì che la documentazione pertinente, *i.e.* le istruzioni per l'uso, contenga



informazioni precise e comprensibili e sia il più possibile aggiornata tenendo conto degli sviluppi tecnologici e delle (prevedibili) variazioni del comportamento degli utilizzatori (Considerando n. 39, art. 10, par. 6 e 7).

Merita evidenziare la centralità dell'art. 20, che realizza un importante punto di equilibrio tra le concorrenti finalità, enunciate all'art. 1, di consentire la messa a disposizione sul mercato o la messa in servizio dei prodotti macchina e di garantire, al contempo, un livello elevato di tutela della salute e di sicurezza. Ai sensi della citata disposizione, un prodotto rientrante nell'ambito di applicazione del Regolamento macchine conforme alle norme armonizzate o alle parti di esse i cui riferimenti sono stati pubblicati nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea è considerato conforme ai requisiti essenziali di sicurezza e di tutela della salute di cui all'Allegato III contemplati da tali norme o da parti di esse.

Al fine di garantire un'applicazione corretta ed uniforme del regolamento, è essenziale implementare un quadro di coordinamento dell'attività di vigilanza (Considerando n. 68). A tal fine, è opportuno prescrivere il coinvolgimento degli operatori economici con maggiore prossimità al mercato, cioè a dire, anzitutto, i distributori e gli importatori, chiamati a coadiuvare le autorità nazionali competenti assicurando la circolarità informativa e una pronta e diretta partecipazione ai controlli (Considerando n. 41). Ai sensi dell'art. 43, le autorità di vigilanza del mercato di uno degli Stati membri, qualora abbiano sufficienti ragioni per ritenere che un prodotto rappresenti un rischio per i beni giuridici tutelati dal Regolamento macchina, effettuano una valutazione della conformità di esso a tutte le pertinenti prescrizioni del regolamento stesso. In caso di esito negativo della verifica, le medesime autorità sollecitano tempestivamente l'operatore economico interessato affinché siano adottate le opportune misure correttive al fine di porre termine allo stato di non conformità e/o di eliminare o, quantomeno, contenere i rischi. L'operatore economico in questione è tenuto a provvedere di conseguenza. Laddove ciò non avvenga, le autorità provvedono affinché il prodotto interessato sia ritirato o richiamato ovvero affinché la sua messa a disposizione sul mercato sia vietata o limitata, informando immediatamente il pubblico, la Commissione e gli altri Stati membri.

Infine, due articoli sono dedicati (i) alla possibilità di contestare i provvedimenti adottati dagli Stati membri in esito agli accertamenti delle autorità di vigilanza nazionali di cui al precitato art. 43, nel

superiore interesse dell'Unione, con attribuzione di poteri di iniziativa e decisionali vincolanti alla Commissione europea (art. 44), e (ii) alla possibilità accordata agli Stati membri di adottare misure specifiche su prodotti rientranti nell'ambito di applicazione del Regolamento macchine, i quali, pur essendo risultati conformi ai requisiti essenziali di sicurezza e di tutela della salute di cui all'allegato III del medesimo regolamento, siano nondimeno ritenuti «presentare un rischio per la salute o la sicurezza delle persone e, ove opportuno, degli animali domestici nonché per la tutela dei beni e, se del caso, dell'ambiente» (c.d. 'prodotti conformi che presentano un rischio'), prevedendosi tuttavia anche, in tali casi, un dovere di informazione alla Commissione europea da parte degli Stati membri che adottino simili misure, un dovere di consultazione della Commissione europea con gli altri Stati membri, e - anche in questi casi - un potere decisivo finale e vincolante della medesima Commissione europea in ordine alla giustificazione di ogni provvedimento di questo tipo (art. 45).

VALENTINO RAVAGNANI

<https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2023/1230/oj>

2023/3(2)CR

La decisione di adeguatezza della Commissione europea del 10.7.2023 sul nuovo piano di trasferimento dei dati personali EU-U.S. (Privacy Framework) e la nota informativa dell'EDPB

Il 10 luglio 2023 la Commissione europea ha adottato la decisione di adeguatezza sul nuovo quadro normativo statunitense in materia di protezione dei dati per il trasferimento di dati personali UE-USA (“*Data Protection Framework*”). Si pone così fine alla situazione di incertezza iniziata tre anni fa con l'annullamento del precedente quadro UE-USA (il *Privacy Shield*) in seguito alla sentenza Schrems II (su cui v. in questa rubrica la notizia 1 nel numero 2020/3 [2020/3(1)CR]: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2020/09/Osservatorio-14.9.2020.pdf>).

La Commissione ha dunque ritenuto che attraverso il nuovo accordo, raggiunto dal Presidente USA Joe Biden e dalla Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen, gli Stati Uniti garantiscono un livello di protezione dei dati

| 586

personali dei cittadini europei equivalente a quello assicurato nell'UE dal GDPR.

Per raggiungere questo obiettivo, superando le preoccupazioni sollevate dalla Corte di Giustizia in *Shrems II*, il *Data Privacy Framework* ha introdotto una serie di garanzie vincolanti per le imprese statunitensi che intendono trattare i dati personali dei cittadini dell'UE.

In primo luogo, è stato posto un limite ai poteri delle autorità pubbliche statunitensi che potranno accedere ai dati trasferiti nell'ambito del nuovo quadro limitatamente a quanto necessario e proporzionato ai fini dell'applicazione della legge penale e di sicurezza nazionale.

Altra importante novità è l'introduzione di un meccanismo di ricorso indipendente e imparziale con riferimento alla raccolta e all'utilizzo dei dati personali da parte delle agenzie di *intelligence* statunitensi. I cittadini europei, infatti, potranno presentare reclamo davanti a un tribunale del riesame in materia di protezione dei dati, il *Data Protection Review Court (DPRC)*, che esaminerà e risolverà i reclami in modo indipendente, anche adottando misure correttive vincolanti. In particolare, se il DPRC ritiene che i dati siano stati raccolti in violazione delle nuove garanzie, potrà ordinarne la cancellazione.

Alla luce di questa decisione di adeguatezza, le imprese statunitensi potranno decidere di aderire al *Data Privacy Framework* sul trasferimento dei dati UE-USA impegnandosi a rispettare una serie di obblighi. Tra gli altri, dovranno impegnarsi a cancellare i dati personali quando non più necessari per lo scopo per cui erano stati raccolti, informare gli interessati dell'adesione al DPF e fornire una serie di informazioni relative al trattamento dei dati, e garantire la continuità della protezione anche quando i dati personali sono condivisi con terzi.

In seguito alla decisione della Commissione europea, lo *European Data Protection Board (EDPB)* ha pubblicato una nota informativa con cui ha fornito alcuni chiarimenti sulle implicazioni della decisione di adeguatezza per i cittadini dell'UE e per le imprese che trasferiscono dati personali dall'EU agli Stati Uniti. In particolare, l'EDPB ha chiarito che i trasferimenti basati sul DPF non richiederanno misure supplementari per garantire la protezione dei dati durante il trasferimento, mentre se il trasferimento avviene nei confronti di imprese che non hanno aderito al *Framework*, dovranno essere adottate misure di sicurezza adeguate, come le clausole standard di protezione dei dati o le regole aziendali vincolanti.

L'EDPB ha anche precisato che il funzionamento del quadro UE-USA per la protezione dei dati

personali sarà oggetto di riesami periodici effettuati dalla Commissione europea in collaborazione con i rappresentanti delle autorità europee di protezione dei dati e delle autorità statunitensi competenti. Il primo riesame avverrà entro un anno dall'entrata in vigore della decisione di adeguatezza e verificherà che tutti gli elementi del quadro siano stati pienamente attuati nel sistema giuridico statunitense e funzionino efficacemente.

L'emanazione della decisione di adeguatezza è stata già commentata da Maximillian Schrems che ha dichiarato che il DPF non rappresenta un vero passo avanti rispetto ai problemi di sorveglianza che avevano causato l'invalidazione del *Privacy Shield* in quanto sostanzialmente presenta gli stessi meccanismi del vecchio accordo. NOYB e Schrems hanno quindi già prospettato nuovi ricorsi davanti alla Corte di Giustizia per l'invalidazione del nuovo quadro.

CHIARA RAUCCIO

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_23_3721

https://edpb.europa.eu/system/files/2023-07/edpb_informationnoteadequacydecisionus_en.pdf

2023/3(3)RA

La designazione di Alphabet, Amazon, Apple, Bytedance, Meta e Microsoft come gatekeepers ai sensi del DMA

Lo scorso 6 settembre 2023, la Commissione europea ha designato 6 *gatekeeper* – individuati in Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta e Microsoft – a norma del *Digital Markets Act* (“DMA”), entrato in vigore nel novembre 2022 e applicabile dal maggio 2023 (v. in questa Rubrica notizia 2 nel numero 2022/4 [2022/4(2)RA]:

<http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2023/01/Osservatorio.pdf>),

identificando 22 servizi di piattaforma di base forniti da tali soggetti (tra cui: Facebook, Instagram, TikTok, Whatsapp, YouTube, Google Search, Amazon Marketplace, App Store e Safari).

A norma del DMA, infatti, la Commissione europea può designare come *gatekeeper* le piattaforme digitali che forniscono un punto di accesso rilevante tra imprese e consumatori in relazione ai servizi di piattaforma di base.

I *gatekeeper* così individuati hanno ora sei mesi di tempo per garantire la piena osservanza degli



obblighi e dei divieti stabiliti dal DMA per ciascuno dei loro servizi di piattaforma di base.

Segnatamente, sotto il primo profilo, i *gatekeeper* dovranno ad esempio: rendere i propri servizi interoperabili per i terzi in talune specifiche situazioni; consentire agli utenti commerciali di accedere ai dati che generano utilizzando la piattaforma; fornire alle imprese che fanno pubblicità sulla piattaforma gli strumenti e le informazioni necessarie per consentire agli inserzionisti e agli editori di effettuare verifiche indipendenti dei messaggi pubblicitari ospitati dalla piattaforma; consentire agli utenti commerciali di promuovere la loro offerta e concludere contratti con clienti al di fuori della piattaforma.

Sotto il secondo profilo, ad esempio, i *gatekeeper* non dovranno: riservare ai propri servizi e prodotti un trattamento di favore rispetto a servizi o prodotti analoghi offerti da terzi sulla loro piattaforma; impedire ai consumatori di mettersi in contatto con le imprese al di fuori della piattaforma; impedire agli utenti di disinstallare applicazioni o software preinstallati, se lo desiderano; tenere traccia per motivi pubblicitari degli utenti finali al di fuori dei servizi essenziali della piattaforma, senza previo consenso dei diretti interessati.

La Commissione monitorerà l'effettiva attuazione e l'osservanza di tali obblighi e divieti. Nel caso in cui un *gatekeeper* non osservi gli obblighi sanciti dal DMA, la Commissione potrà irrogare ammende il cui importo non supera il 10% del fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'impresa (e potrà essere non superiore al 20% di tale fatturato in caso di recidiva). In caso di violazioni c.d. sistematiche, alla Commissione è inoltre conferito il potere di adottare rimedi aggiuntivi, quali l'obbligo per il *gatekeeper* di vendere un'impresa (o parte di essa) ovvero il divieto per il *gatekeeper* di acquisire altri servizi.

Si segnala infine che la qualifica di *gatekeeper* è presa in considerazione dalla proposta di Data Act COM(2022) 68 *final* del 23.2.2022, ai sensi della quale, relativamente ai dati generati dall'uso di prodotti interconnessi o servizi correlati, i terzi con i quali i medesimi dati possono essere condivisi ai sensi di quella disciplina non possono essere *gatekeepers* (artt. 5, 6 della proposta di Data Act COM(2022) 68 *final* del 23.2.2022, su cui v. la notizia 4 nel numero 2022/1 di questa Rubrica [2022/1(4)SO]: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2022/04/Osservatorio.pdf>).

RICCARDO ALFONSI

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_23_4328

2023/3(3)RA

Verso il FIDA: la proposta di regolamento europeo sull'accesso ai dati finanziari del 28.6.2023

Il 28 giugno 2023, la Commissione europea ha pubblicato la proposta per un "Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo a un quadro per l'accesso ai dati finanziari" COM(2023) 360 *final* (di seguito "FIDA", acronimo dall'inglese Financial Data Access).

La proposta di regolamento FIDA si inserisce, a pieno titolo, nella Strategia per la Finanza Digitale dell'Unione Europea ed è mirata alla creazione di uno spazio comune europeo per la gestione dei dati finanziari e per la condivisione di tali informazioni tra gli operatori del settore. Con questa proposta, la Commissione europea compie di fatto un altro passo in avanti nella direzione dell'open banking. La proposta di regolamento FIDA è coerente con altre proposte incluse nel Payment Package, ovvero il set di proposte normative varato dalla Commissione, sempre il 28 giugno 2023, contenente, tra le altre cose, la proposta della nuova direttiva sui servizi di pagamento (la PSD3) e il nuovo Payment Services Regulation (PSR).

Come chiarito nelle premesse del regolamento FIDA, tale proposta mira a risolvere alcune criticità connesse al fatto che *"i clienti del settore finanziario dell'UE non possono controllare efficacemente l'accesso ai loro dati e la condivisione degli stessi al di là dei conti di pagamento [...]; le imprese che desiderano accedere ai dati dei clienti per fornire servizi innovativi, hanno problemi ad accedere ai dati detenuti dai titolari dei dati, ossia gli enti finanziari che raccolgono, conservano e trattano tali dati dei clienti"*

La proposta di regolamento FIDA intende, dunque, *"affrontare questi problemi consentendo ai consumatori e alle imprese di controllare meglio l'accesso ai loro dati finanziari"*. Tramite l'auspicato miglioramento delle modalità di accesso e condivisione dei dati finanziari, si *"consentirebbe ai consumatori e alle imprese di beneficiare di prodotti e servizi finanziari adattati alle loro esigenze sulla base di dati per loro pertinenti, evitando nel contempo i rischi intrinseci [...] e migliorare i risultati economici per i clienti dei servizi finanziari (consumatori e imprese) e le*

imprese del settore finanziario promuovendo la trasformazione digitale e accelerando l'adozione di modelli aziendali basati sui dati nel settore finanziario dell'UE".

Il FIDA mira a sviluppare un nuovo ecosistema normativo e operativo in cui la condivisione dei dati finanziari sarà funzionale all'innovazione tecnologica in ambito finanziario e alla personalizzazione dei servizi e dei prodotti finanziari che potranno essere sviluppati dall'industria di settore, facendo affidamento su una puntuale conoscenza dei dati dei singoli potenziali clienti.

- i. L'ambito di applicazione: i profili oggettivi e soggettivi.

Quanto alla tipologia di dati finanziari, il FIDA troverà applicazione a un limitato set di dati e informazioni finanziarie del cliente (art. 2, comma 1), ovvero relativamente a: *i)* contratti di credito ipotecario, prestiti e conti correnti (ad eccezione dei conti di pagamento come definiti nella PSD2); *ii)* risparmi, investimenti in strumenti finanziari, prodotti di investimento basati su assicurazioni, cripto-attività, beni immobili e altre attività finanziarie correlate (nonché i benefici economici derivanti da tali asset); *iii)* diritti pensionistici; *iv)* prodotti assicurativi non-vita e, infine, *v)* dati relativi a valutazione del merito di credito di un'impresa raccolti nell'ambito di una procedura di richiesta di prestiti o nell'ambito di una procedura di richiesta di rating creditizio.

In relazione al perimetro soggettivo, il regolamento FIDA si applicherà esclusivamente ad alcune categorie di operatori del mercato bancario-finanziario a condizione che agiscano già come titolari o utenti dei dati.

Tali soggetti sono elencati all'art. 2, comma 2, ovverosia enti creditizi, istituti di pagamento (compresi i prestatori di servizi di informazione sui conti); istituti di moneta elettronica; imprese di investimento; prestatori di servizi per le cripto-attività; emittenti di token collegati ad attività; gestori di fondi di investimento alternativi; società di gestione di organismi d'investimento collettivo in valori mobiliari; imprese di assicurazione e di riassicurazione; intermediari assicurativi e intermediari assicurativi a titolo accessorio; enti pensionistici aziendali o professionali; agenzie di rating del credito; fornitori di servizi di crowdfunding; fornitori di PEPP (*prodotto pensionistico individuale paneuropeo*); prestatori di servizi di informazione finanziaria.

L'art. 4 del FIDA regola l'obbligo principale, a carico del titolare dei dati finanziari, prevedendo che *"il titolare dei dati, su richiesta presentata da un cliente per via elettronica, mette a disposizione di*

quest'ultimo i dati di cui all'articolo 2, paragrafo 1, senza indebito ritardo, gratuitamente, in maniera continuativa e in tempo reale".

In pratica, tale norma, una volta entrato in vigore il FIDA, attribuirà a ciascun cliente (consumatore o impresa) di un soggetto rientrante nel perimetro applicativo di cui all'art. 2, comma 2 il diritto di accedere ai propri dati finanziari mediante una semplice richiesta, anche in forma elettronica, e senza alcun costo a suo carico.

Il successivo art. 5 prevede l'obbligo, a carico dei soggetti elencati all'art. 2, comma 2 (*i.e.* gli utenti dei dati finanziari) che operano come titolari dei dati finanziari, di mettere a disposizione di un altro soggetto (*recte* di un altro utente dei dati) tutti i dati finanziari del cliente che quest'ultimo abbia richiesto di mettere a disposizione. In pratica, la cessione dei dati finanziari da un utente all'altro potrà avvenire esclusivamente previo consenso del cliente cui i dati si riferiscono.

L'obbligo disciplinato dall'art. 5 consentirà al cliente di richiedere che i propri dati siano resi accessibili e messi a disposizione di un altro operatore bancario/finanziario.

Ai sensi dell'art. 5, *"il titolare dei dati, su richiesta presentata da un cliente per via elettronica, mette a disposizione di un utente dei dati i dati del cliente [...] per le finalità per le quali il cliente ha concesso l'autorizzazione all'utente dei dati. I dati del cliente sono messi a disposizione dell'utente dei dati senza indebito ritardo, in maniera continuativa e in tempo reale"*.

- ii. Le modalità operative per la messa a disposizione del cliente e la condivisione dei dati finanziari: il pannello di gestione e il sistema (multilaterale) di condivisione dei dati finanziari

Mentre la messa a disposizione dei dati finanziari da parte del titolare a favore del cliente dovrà avvenire a titolo gratuito (art. 4), nel caso di condivisione dei dati dal titolare in favore di un altro utente dei dati (*i.e.* di un altro operatore del mercato bancario/finanziario), *"il titolare dei dati può chiedere un compenso a un utente dei dati per aver messo a disposizione i dati del cliente"* (art. 5 comma 2). Il titolare dei dati può chiedere un compenso per la messa a disposizione dei dati solo a condizione che *"i dati del cliente sono messi a disposizione [...] conformemente alle norme e alle modalità di un sistema di condivisione dei dati finanziari di cui agli articoli 9 e 10, o se sono messi a disposizione a norma dell'articolo 11"*.

L'art. 9 prevede difatti che entro 18 mesi dall'entrata in vigore del Regolamento FIDA, i



titolari e gli utenti dei dati aderiscano a un sistema di condivisione dei dati finanziari.

Prima di analizzare le norme che regolano i sistemi di condivisione dei dati finanziari, merita una menzione particolare il contenuto dell'art. 8, comma 1, che disciplina l'obbligo - per i titolari dei dati - di fornire *“al cliente un pannello di gestione delle autorizzazioni per monitorare e gestire le autorizzazioni fornite dal cliente agli utenti dei dati”*.

I clienti, una volta attuato il FIDA, potranno accedere a una *dashboard* (panello di gestione) che dovrà essere messa a disposizione da ciascun titolare di dati; attraverso tale *dashboard* il cliente potrà ottenere *“una panoramica di ogni autorizzazione in corso concessa agli utenti dei dati, tra cui: i) il nome dell'utente dei dati cui è stato concesso l'accesso; ii) il conto, prodotto finanziario o servizio finanziario del cliente cui è stato concesso l'accesso; iii) la finalità dell'autorizzazione; iv) le categorie di dati condivisi; v) il periodo di validità dell'autorizzazione”* Tale *dashboard*, inoltre *“consente al cliente di revocare l'autorizzazione concessa a un utente dei dati; [...] di ripristinare un'autorizzazione revocata [e] comprende un registro delle autorizzazioni revocate o scadute per un periodo di due anni”*.

Tornando ora ad analizzare la disciplina prevista per la condivisione dei dati, il Titolo IV del FIDA è dedicato alla disciplina di una realtà totalmente innovativa, nella prospettiva sia del mercato bancario, sia della regolazione di settore. In pratica, il Titolo IV del FIDA regola i sistemi di condivisione dei dati finanziari, ovvero quei sistemi che, all'atto pratico, serviranno proprio per permettere la condivisione e la gestione dei flussi dei dati finanziari.

Gli articoli 9 e 10 del FIDA contengono le regole per la creazione e la *governance* di tali sistemi. La finalità dei sistemi di condivisione dei dati finanziari è, in pratica, far sì che tutti i titolari dei dati, gli utenti dei dati e le organizzazioni dei consumatori possano disporre di un sistema condiviso e centralizzato per la gestione e il flusso dei dati.

Alcuni profili di criticità del regolamento FIDA derivano dall'assenza di una disciplina di dettaglio che regoli il funzionamento di tali sistemi di condivisione dei dati finanziari; dal punto di vista strutturale e funzionale, infatti, tali sistemi parrebbero configurarsi – almeno dalla prospettiva civilistica italiana – come contratti atipici, aperti all'adesione di più parti (*i.e.* gli utenti dei dati).

La funzione di tali sistemi di condivisione dati è, in pratica, quella di: *i)* predisporre regole comuni per la gestione condivisa dei flussi di dati e per regolare il funzionamento delle interfacce e dei meccanismi di coordinamento per il funzionamento dei pannelli di gestione delle autorizzazioni per l'accesso ai dati finanziari; *ii)* creare un quadro contrattuale standardizzato comune che disciplini l'accesso a specifiche serie di dati; *iii)* stabilire le norme sulla *governance* di tali sistemi nonché sugli obblighi di trasparenza e sui compensi spettanti agli utenti che mettono a disposizione di altri utenti i dati finanziari; *iv)* le regole di responsabilità e risoluzione delle controversie.

L'art. 9 stabilisce che i dati finanziari, rientranti nell'ambito di applicazione del presente regolamento, devono essere messi a disposizione solo dei membri di uno stesso sistema di condivisione dei dati finanziari, rendendo obbligatoria l'adesione ad uno o più degli stessi.

L'art. 10 definisce i processi di *governance* di tali sistemi, comprese le norme sulla responsabilità contrattuale dei suoi membri e il meccanismo di risoluzione extragiudiziale delle controversie. L'articolo 10 prevede inoltre l'elaborazione di norme comuni per la condivisione dei dati e la creazione di interfacce tecniche da utilizzare per la condivisione dei dati.

Tali sistemi di condivisione dei dati devono essere notificati alle autorità competenti, devono beneficiare di un passaporto per le operazioni all'interno dell'Unione Europea e, a fini di trasparenza, i sistemi devono far parte di un registro pubblico tenuto dall'ABE.

L'art. 11 prevede l'ipotesi in cui, *“entro un tempo di lasso ragionevole”* – che tuttavia non è definito – *“non sia stato realizzato alcun sistema di condivisione dei dati finanziari per una o più categorie di dati del cliente”*. In tale scenario, connotato dunque dall'inerzia degli operatori privati, è previsto che alla Commissione europea sia *“conferito il potere di adottare un atto delegato [...] al fine di integrare il presente regolamento specificando le seguenti modalità in base alle quali il titolare dei dati mette a disposizione i dati del cliente a norma dell'articolo 5, paragrafo 1, per tale categoria di dati: a) norme comuni per i dati e, se del caso, le interfacce tecniche per consentire ai clienti di richiedere la condivisione dei dati a norma dell'articolo 5, paragrafo 1; b) un modello per determinare il compenso massimo che il titolare dei dati ha il diritto di addebitare per la messa a disposizione dei dati; c) la responsabilità delle entità coinvolte nella messa a disposizione dei dati del cliente”*.

- iii. Il quadro normativo in materia di vigilanza, sanzioni e poteri della Commissione

Il Titolo VI del regolamento FIDA regola il quadro dei poteri di vigilanza e supervisione attribuito alle autorità nazionali competenti. L'articolo 17 prescrive che gli Stati membri designino le autorità nazionali competenti.

590

L'articolo 18 stabilisce invece disposizioni di dettaglio relative ai poteri delle autorità competenti; l'articolo 19 prevede la facoltà per gli Stati membri di stabilire norme che consentano alla autorità nazionale designata di stipulare accordi transattivi e di ricorrere a procedure di esecuzione accelerata nei confronti dei soggetti vigilati.

Gli articoli 20 e 21 meritano una menzione particolare dal momento che introducono sanzioni amministrative, nonché ulteriori misure e sanzioni in caso di reiterazione dell'inadempimento. L'applicazione delle sanzioni è rimessa, come di regola in ambito bancario-finanziario, alla competenza delle autorità competenti.

Le norme successive del Titolo VI prevedono, tra l'altro, le specifiche circostanze concrete che dovrebbero essere prese in considerazione dalle autorità competenti allorché siano chiamate ad emanare sanzioni amministrative nonché l'obbligo del segreto d'ufficio per gli scambi di informazioni tra autorità competenti.

Il Titolo VI contiene ulteriori norme sul diritto di impugnazione (art. 24) e sulla procedura prevista per la pubblicazione delle sanzioni amministrative e delle misure amministrative imposte (art. 25), nonché ulteriori norme relative allo scambio di informazioni tra autorità competenti (art. 26) e sulla risoluzione delle controversie tra di esse (art. 27).

Il Titolo VII prevede una procedura di notifica alle autorità nazionali competenti per le imprese che esercitano il diritto di stabilimento e di libera prestazione di servizi (articolo 28), nonché l'obbligo di comunicazione da parte delle autorità competenti quando adottano misure che comportano restrizioni alla libertà di stabilimento (articolo 29).

Infine, il Titolo VIII regola l'esercizio della delega laddove la Commissione debba adottare atti delegati in esecuzione di quanto previsto dal regolamento FIDA. Degno di nota, all'interno di tale Titolo, è l'articolo 30 che contiene la disciplina applicabile al caso in cui la Commissione sia chiamata ad adottare un atto delegato a norma dell'articolo 11 laddove, come previsto da questo articolo, non sia stato realizzato alcun sistema di condivisione dei dati finanziari entro un lasso di tempo ragionevole (successivo all'entrata in vigore del regolamento FIDA).

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_11220_2023_INIT

2023/3(5)TB

Il parere dell'EDPS del 22.8.2023 sulla proposta di regolamento europeo sull'accesso ai dati finanziari (FIDA)

In ossequio a quanto previsto dall'art. 42, par. 1 del Regolamento UE 2018/1725, la Commissione europea ha richiesto al Garante Europeo per la Protezione dei Dati ("EDPS o l'"Autorità") di esprimere un parere sulla proposta di regolamento relativo ad un quadro per l'accesso ai dati finanziari COM(2023) 360 final del 28.6.2023, di cui al contributo qui sopra [2023/3(4)BC] (la "Proposta"), alla luce del potenziale impatto delle disposizioni in essa contenute sulla protezione dei diritti e delle libertà delle persone fisiche cui i dati si riferiscono.

L'EDPS ha quindi emesso in data 22 agosto 2023 il Parere n. 38/2023 (il "Parere"), nel quale ha, da un lato, accolto positivamente la finalità della Proposta di consentire agli individui di avere maggior controllo e libertà di scelta sulle modalità di utilizzo dei loro dati e sulla selezione dei soggetti legittimati a tale utilizzo; dall'altro lato, l'Autorità ha evidenziato l'opportunità di apportare alcuni interventi correttivi al *draft* della Proposta in una prospettiva di mitigazione dei rischi per la protezione dei dati personali degli interessati.

Il primo profilo posto in rilievo nel Parere concerne la nozione di dati del cliente (*customer data*), definiti nella proposta come i "dati personali e non personali raccolti, conservati e altrimenti trattati da un ente finanziario nell'ambito della sua normale attività commerciale con i clienti, che comprendono sia i dati forniti dal cliente, sia i dati generati dall'interazione tra il cliente e l'istituzione finanziaria" (Art.3, par. 1, n. 3 della Proposta).

Tale definizione è inclusiva di diverse categorie di dati specificamente incluse nel perimetro della Proposta, tra cui rientrano – a titolo esemplificativo – dati relativi a contratti di credito ipotecario, prestiti, conti, risparmi, investimenti in strumenti finanziari e prodotti assicurativi, fondi pensionistici e dati che fanno parte di valutazioni di merito creditizio, con l'esclusione di polizze assicurative sulla vita e prodotti assicurativi relativi a salute e malattie (Art. 2, par. 1 della Proposta).



Secondo l’Autorità, la definizione di *customer data* attualmente contenuta nella Proposta è eccessivamente ampia e non tiene conto della natura altamente sensibile di alcuni dei dati ricompresi nel perimetro di applicazione della stessa, che ricadono nella definizione di dati personali di categorie particolari ai sensi dell’art. 9, par. 1 del Regolamento EU 2016/679 (“**Regolamento generale sulla protezione dei dati personali**” o “**GDPR**”). Trattasi, ad esempio, di dati relativi alla salute rilevanti ai fini dell’erogazione di *benefit* previsti da determinati fondi pensionistici, o di dati ricompresi nelle valutazioni di rischio di credito al consumatore, che – ove combinati con dati relativi ad altri servizi finanziari, quali prodotti assicurativi o conti di pagamento – potrebbero dare luogo a discriminazioni ingiuste nei confronti degli individui.

Da ciò deriva – prosegue l’EDPS - la necessità di rimodulare la definizione di *customer data* e restringere le categorie di dati previste dalla Proposta, in ottemperanza al principio di minimizzazione dei dati che permea il GDPR, nonché l’opportunità di specificare in modo più chiaro l’esclusione dal perimetro di applicazione della Proposta dei dati ottenuti tramite processi di profilazione, inclusi i dati derivati o inferiti dai dati forniti dal cliente.

Sotto altro profilo, l’Autorità si sofferma poi sulla nozione di “permesso” da parte degli individui cui i dati di natura finanziaria si riferiscono, che gli utilizzatori devono ottenere per poter fare legittimamente uso di tali dati. Tale “permesso” – sottolinea l’EDPS – non coincide e non va confuso con il concetto di “consenso” inteso quale base giuridica del trattamento di dati personali ai sensi dell’art. 6, par. 1, lett. a) del GDPR, né tantomeno con la nozione di consenso esplicito ai sensi dell’art. 9, par. 2, n. 1 del GDPR.

Il “permesso” è infatti la condizione di legittimità che gli utilizzatori devono soddisfare per l’utilizzo dei dati di natura finanziaria ai sensi della Proposta, ma esso non costituisce allo stesso tempo la base giuridica del trattamento di dati personali ai sensi del GDPR, che i titolari del trattamento dovranno comunque individuare caso per caso a legittimazione delle operazioni di trattamento effettuate sui dati personali di natura finanziaria. Proprio per questa ragione, ed alla luce dell’ambiguità semantica tra i termini “permesso” e “consenso”, l’EDPS raccomanda di aggiungere nel Considerando n. 48 della Proposta la specificazione che il permesso non dovrebbe essere interpretato come consenso o consenso esplicito o necessità per

l’esecuzione di un contratto come definiti nel GDPR.

Tra gli ulteriori accorgimenti segnalati in una prospettiva di protezione dei dati personali degli interessati, vi sono poi diverse indicazioni relative ai pannelli di gestione delle autorizzazioni (*dashboard*) che i detentori dei dati devono mettere a disposizione degli utenti (Art. 5, par. 3, lett. d) della Proposta), cosicché questi ultimi possano monitorare e gestire i permessi forniti ai vari soggetti utilizzatori in un’ottica di maggiore trasparenza, controllo e granularità in relazione alle specifiche categorie di dati oggetto del permesso.

L’EDPS sottolinea che tali pannelli di gestione devono essere progettati in modo tale che gli utenti possano agire in modo informato, muniti di tutte le necessarie informazioni circa il trattamento dei loro dati personali ai sensi dell’art. 13 del GDPR, ed allo stesso tempo libero, in assenza di qualsiasi condizionamento o *deceptive pattern* che influenzi indebitamente le loro scelte.

Per scongiurare utilizzi abusivi dei pannelli di gestione da parte dei detentori dei dati, l’Autorità suggerisce inoltre l’inserimento di una previsione che impedisca agli stessi di vietare l’utilizzo dei servizi finanziari ai clienti che non installino e utilizzino i pannelli di gestione, o neghino la possibilità di condivisione dei dati con i soggetti utilizzatori.

Con riferimento alle richieste di accesso ed utilizzo dei dati finanziari da parte degli utilizzatori, l’EDPS raccomanda l’inclusione di un requisito di precisazione di quali tipologie di dati sono oggetto della richiesta, con modalità e misure che siano adeguate, rilevanti e necessarie per i fini ed alle condizioni per cui il cliente ha dato il proprio permesso.

Il rispetto dei principi di minimizzazione, proporzionalità e necessità è poi nuovamente richiamato dall’EDPS nell’invocazione dell’inserimento di uno specifico riferimento alla necessità per gli utilizzatori dei dati di operare in conformità con le norme e linee guida applicabili in materia di accesso ed utilizzo dei dati personali: in questa prospettiva, l’Autorità raccomanda fortemente una consultazione formale dell’EDPB da parte dell’EBA (European Banking Authority) e dell’EIOPA (European Insurance and Occupational Pensions Authority), ossia le autorità cui la Proposta assegna la competenza a redigere le linee guida per l’applicazione della stessa.

In particolare, secondo l’EDPS, tali linee guida dovrebbero non soltanto concentrarsi sull’utilizzo dei dati ricompresi nel perimetro di applicazione della Proposta, ma prevedere altresì limiti e

modalità di combinazione tra essi e dati personali ottenuti da altre fonti, come quelli generati dall'utilizzo di nuove tecnologie, o condivisi da terze parti.

Per quanto concerne gli altri soggetti coinvolti dalla Proposta, l'EDPS si sofferma sugli obblighi posti a carico dei prestatori di servizi di informazione finanziaria ("FISP"), che – a seconda dei casi – possono agire come detentori o come utilizzatori dei dati. Il testo attuale della Proposta prevede che essi, prima di poter accedere ai dati dei clienti, debbano ottenere un'autorizzazione preventiva da parte dell'autorità competente; sul punto, l'EDPS raccomanda l'inclusione di una previsione che tale autorizzazione possa essere revocata qualora il FISP che l'abbia ottenuta sia destinatario di un provvedimento di una *data protection authority* che accerti la violazione di obblighi in materia di protezione dei dati personali da parte dello stesso FISP.

Sotto diverso profilo, alla luce dell'obbligo imposto dalla Proposta in capo a detentori ed utilizzatori dei dati di aderire a specifici sistemi di condivisione dei dati finanziari ("FDSS") (Art. 9, par. 1 della Proposta), l'Autorità raccomanda di inserire un obbligo di specificazione delle misure tecniche ed organizzative minime che i FDSS devono prevedere allo scopo di assicurare un livello appropriato di sicurezza per gli scambi di dati personali.

L'EDPS invita infine ad una stretta collaborazione tra tutte le autorità e le istituzioni coinvolte nel processo legislativo della Proposta e nell'emissione delle linee guida ad essa relative, specificando che le autorità di protezione dei dati personali ai sensi del GDPR vanno considerate tra le autorità pubbliche rilevanti che devono essere consultate nel contesto dell'elaborazione di tali linee guida.

TIMOTEO BUCCI

https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/opinions/2023-08-22-edps-opinion-382023-regulation-framework-financial-data-access_en

2023/3(6)FDA

Le Linee guida AGID del 4.8.2023 sui dati aperti nel settore pubblico versione 1.0

Con la determinazione n. 183 del 4 agosto 2023 l'Agenzia per l'Italia Digitale ("AgID") – supportata da alcune regioni, enti di ricerca e amministrazioni centrali dello Stato – ha pubblicato la prima versione delle "*Linee Guida recanti regole*

tecniche per l'apertura dei dati e il riutilizzo dell'informazione del settore pubblico" ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. n. 36/2006 come modificato dal d.lgs. n. 200/2021 che ha recepito nell'ordinamento italiano la direttiva (UE) 2019/1024, cd. direttiva 'Open Data' (sul recepimento v. in questa Rubrica la notizia 2 del numero 1/2022: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2022/04/Osservatorio.pdf> [2022/1(2)RA]).

Il documento intende supportare le pubbliche amministrazioni e gli altri soggetti interessati nel "*processo di apertura dei dati e di riutilizzo dell'informazione del settore pubblico*" attraverso indicazioni dirette ad attuare sul piano operativo le disposizioni di legge (p. 10). Esso introduce "*requisiti*" da "*implementare obbligatoriamente*" (p. 9) – in particolare quelli che attengono ai formati e alle modalità di pubblicazione dei dati di tipo aperto, alle richieste di riutilizzo, alle licenze, agli strumenti di ricerca – e altri aspetti di dettaglio qualificati come "*raccomandazioni*", ossia come "*forte suggerimento*" rivolto agli operatori di settore (p. 21).

Sul piano soggettivo le linee guida sono indirizzate alle seguenti categorie di enti: alle "*pubbliche amministrazioni*" incluse nell'art. 1, co. 2 del d.lgs. n. 165/2001; agli "*organismi di diritto pubblico*" di cui all'art. 3, co. 1, lett. d) del d.lgs. n. 50/2016; alle "*imprese pubbliche*" che operano nei settori speciali del codice degli appalti; alle "*imprese private*" incaricate di pubblici servizi (pp. 13-15). Invece sul piano oggettivo riguardano: tutti i dati e i documenti pubblici; i dati e i documenti intellettuali detenuti da biblioteche anche universitarie, musei e archivi; i dati della ricerca; i dati territoriali ai quali si applica il D.Lgs. 32/2010 di recepimento della direttiva 'INSPIRE' 2007/2/CE. Le esenzioni sono dettagliate al § 1.2 del medesimo documento.

È richiesto dall'AgID che tutti i dati pubblici coperti dalle linee guida siano leggibili meccanicamente; siano pubblicati in formato aperto e in modalità accessibile a costi marginali o gratuiti (cfr. anche § 6.2); siano provvisti di licenze standard e metadati (p. 29). La pubblicazione deve avvenire nel rispetto della normativa sulla privacy e può essere ritardata o esclusa solo in casi eccezionali e adeguatamente motivati dall'ente pubblico che implicherebbero "*difficoltà sproporzionate*" sul piano tecnico ed economico (p. 34). Regole specifiche sono dettate per la pubblicazione dei dati dinamici (§ 4.2); dei dati di elevato valore (§ 4.3); dei dati della ricerca (§ 4.4); dei dati territoriali (§ 4.5); dei metadati (§ 4.6).

Sul piano organizzativo le linee guida dell'AgID precisano che l'apertura dei dati pubblici deve



seguire un processo completo che non si deve limitare alla sola fase di pubblicazione, ma deve includere “*momenti continui di aggiornamento, monitoraggio e coinvolgimento degli utenti finali*” per saggiare l’impatto economico e sociale dei dati divulgati (p. 55). A tal fine spetta a ogni ente interessato individuare al proprio interno una singola figura o un gruppo di lavoro incaricato di curare le attività di apertura e di aggiornamento dei dati (p. 58).

I §§ 5.1.2 e seguenti delle linee guida descrivono il processo di apertura dei dati che può iniziare anche su impulso di soggetti esterni all’organizzazione dell’ente pubblico interessato. Esso comincia con la preliminare “*ricognizione dei dati detenuti e trattati dall’ente*” (p. 60); prosegue con la “*analisi giuridica delle fonti del dato*” volta ad accertare l’esistenza di eventuali limiti d’uso e di circolazione (p. 62); continua con le necessarie operazioni di manutenzione qualitativa e di modellazione del dato per migliorarne la fruizione (pp. 67-70); termina con la validazione del contenuto del dato e con la sua pubblicazione (p. 74). Ciascuna delle fasi descritte concorre a garantire il rispetto di quattro principi basilari che sono l’accuratezza, la coerenza, la completezza e l’attualità del dato divulgato (p. 80).

La diffusione dei dati al pubblico deve avvenire senza restrizioni di sorta (salvo quelle giustificate da oggettive e non sproporzionate ragioni di interesse generale), utilizzando licenze riconosciute e validate a livello internazionale da organismi tecnici di certificazione (p. 91; all. B). Opportunamente le linee guida precisano che l’apertura dei dati pubblici deve osservare il principio di non discriminazione e di regola devono essere esclusi o comunque fortemente limitati nel tempo eventuali “*accordi di esclusiva*” che conferiscano diritti speciali di utilizzo dei dati a determinate categorie di soggetti privati (§ 6.4).

Da ultimo le linee guida dell’AgID hanno cura di precisare che ciascun soggetto tenuto ad applicare la normativa di settore sull’apertura dei dati pubblici deve “*pubblicare e aggiornare annualmente nei propri siti istituzionali gli elenchi delle categorie di dati detenuti ai fini del riutilizzo attraverso collegamenti ipertestuali al portale nazionale dati.gov.it*” (p. 118).

FILIPPO D’ANGELO

https://www.agid.gov.it/sites/default/files/repository_files/lg-open-data_v.1.0_1.pdf

2023/3(7)CAT

La sentenza CGUE del 4.7.2023 nel caso C-252/21 sui rapporti tra privacy e antitrust, sulla pubblicità dei dati sensibili e sulla inadeguatezza della base del legittimo interesse per il trattamento dei dati inerenti la pubblicità comportamentale di Meta (sentenza Meta abuso di posizione dominante)

Il 4 Luglio 2023, la Corte di Giustizia dell’Unione Europea (CGUE), riunita in Grande Sezione nella causa C-252/21 si è pronunciata sul rinvio pregiudiziale presentato nell’ambito di una controversia tra *Meta Platforms Inc.* e il *Bundeskartellamt* (Autorità federale garante della concorrenza, Germania) in merito alla decisione di quest’ultimo di vietare a Meta di subordinare, tramite le condizioni generali, l’utilizzo di Facebook da parte di utenti privati residenti in Germania al trattamento dei loro dati personali per finalità di pubblicità personalizzata, procedendo a tali operazioni senza il loro consenso. Inoltre, tale Autorità ha sottolineato che un siffatto consenso non sarebbe comunque valido, in quanto costituirebbe uno sfruttamento abusivo della posizione dominante di Meta sul mercato tedesco.

Meta ha presentato un ricorso dinanzi all’*Oberlandesgericht Düsseldorf* (Tribunale superiore del Land, Düsseldorf, Germania), sollevando alcune questioni inerenti, da un lato, la possibilità per le Autorità garanti della concorrenza di verificare e pronunciarsi sulla conformità di un trattamento di dati personali ai requisiti stabiliti nel Regolamento (UE) 679/2016 (GDPR) e, dall’altro, l’interpretazione e l’applicazione di talune disposizioni di detto regolamento.

Allo scopo di dirimere tali questioni, Il Tribunale superiore ha adito la CGUE in via pregiudiziale. In particolare, sono state rinviate alla CGUE le seguenti questioni:

- a) se sia compatibile con gli articoli 51 e ss. del GDPR il fatto che un’Autorità diversa da quella competente a garantire un controllo sulla liceità e correttezza dei trattamenti di dati personali rilevi, nell’ambito di una verifica sull’eventuale abuso di posizione dominante di un operatore, che le condizioni contrattuali applicate dallo stesso violino il GDPR, imponendo la conseguente regolarizzazione di tali violazioni.
- b) se debbano considerarsi categorie particolari di dati personali ai sensi dell’articolo 9 del GDPR quelli raccolti da Meta all’accesso e durante l’utilizzo, da parte dell’interessato, di siti e app (ad esempio, di incontri, di partiti politici o

relativi alla salute) e successivamente ricollegati all'account di quest'ultimo, nonché, in caso affermativo, se l'accesso a tali siti e app e/o l'inserimento di dati e/o l'attivazione di pulsanti ("plug-in social" come "Mi piace", "Condividi" o "Facebook Login" o "Account Kit") costituiscano una modalità di rendere manifestamente pubblici i dati relativi all'accesso di per sé e/o i dati immessi da parte dell'utente, ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 2, lettera e), del GDPR e, pertanto, rendano ex se lecito tale trattamento;

- c) se Meta possa utilizzare le basi giuridiche del contratto (articolo 6, par. 1, lett. b) GDPR) o del legittimo interesse (articolo 6, par. 1, lett. f) GDPR), dell'obbligo di legge articolo 6, par. 1, lett. c) GDPR e della salvaguardia di un interesse vitale o pubblico (articolo 6, par. 1, lett. d) ed e) GDPR) per effettuare pubblicità personalizzata sui propri utenti;
- d) se, accertato l'abuso di posizione dominante di un'impresa, possa essere considerato valido, e in particolare libero, il consenso al trattamento dei propri dati personali espresso da un utente nei confronti di tale titolare.

La CGUE si è pronunciata sulle suddette questioni come segue

- a) Con riferimento al riparto di competenze tra Autorità privacy e antitrust, fermo restando il rispetto dell'obbligo di leale cooperazione, un Garante della concorrenza di uno Stato membro può constatare, nell'ambito dell'esame di un abuso di posizione dominante da parte di un'impresa, ai sensi dell'art. 102 TFUE, che le condizioni generali d'uso di tale impresa relative al trattamento dei dati personali e la loro applicazione non sono conformi al GDPR, qualora la constatazione sia necessaria per accertare l'esistenza dell'abuso, dunque della violazione di sua competenza.

Tuttavia, l'Autorità della concorrenza non può discostarsi da una decisione di quella privacy che riguardi tali condizioni generali e, in ogni caso, anche in assenza di un'indagine o di una decisione di detta Autorità, qualora ritenga che le condizioni in questione non siano conformi al GDPR, ha il dovere di consultare l'Autorità di controllo privacy e chiederne la cooperazione, al fine di determinare se si debba attendere l'adozione di una sua decisione prima di iniziare la propria valutazione. In assenza di obiezioni o di risposta entro un termine ragionevole, l'Autorità antitrust può proseguire la propria indagine.

- b) L'articolo 9, paragrafo 1, del GDPR deve essere interpretato nel senso che: nel caso in cui un utente di un social network consulti siti o

applicazioni correlati a una o più delle categorie menzionate da tale disposizione e, se del caso, inserisca in essi dati, iscrivendosi oppure effettuando ordini online, il trattamento di tali dati deve essere considerato un «trattamento di categorie particolari di dati personali», il quale è in linea di principio vietato, fatte salve le deroghe previste dal paragrafo 2 dello stesso articolo 9 del GDPR.

Inoltre, la semplice consultazione di siti o applicazioni correlati a una o più categorie particolari non equivale a rendere manifestamente pubblici i relativi dati. Infine, quando inserisce informazioni in tali siti o applicazioni nonché quando attiva pulsanti di selezione integrati in questi ultimi (es. «Mi piace» o «Condividi»), tale utente rende manifestamente pubblici, ai sensi di detto articolo 9, paragrafo 2, lettera e), del GDPR, i dati così inseriti o risultanti dall'attivazione di tali pulsanti soltanto se abbia esplicitamente espresso preliminarmente la sua scelta di rendere i dati che lo riguardano pubblicamente accessibili a un numero illimitato di persone.

- c) L'articolo 6, paragrafo 1, primo comma, lettera b) (base giuridica del contratto) del GDPR deve essere interpretato nel senso che: il trattamento di dati personali effettuato da Meta, consistente nella profilazione a fini pubblicitari dell'utente, può essere considerato necessario per l'esecuzione di un contratto del quale gli interessati sono parti solo a condizione che detto trattamento sia oggettivamente indispensabile per realizzare una finalità che costituisce parte integrante della prestazione contrattuale destinata a quegli stessi utenti, cosicché l'oggetto principale del contratto non potrebbe essere conseguito in assenza di tale trattamento.

Il fatto che il trattamento sia menzionato nel contratto oppure che esso sia soltanto utile per la sua esecuzione è, di per sé, irrilevante. Infatti, l'elemento determinante ai fini dell'applicazione di tale base giuridica è che il trattamento sia essenziale per consentire la corretta esecuzione del contratto stipulato tra quest'ultimo e l'interessato e, pertanto, che non esistano altre soluzioni percorribili e meno invasive.

L'articolo 6, paragrafo 1, primo comma, lettera f) (base giuridica del legittimo interesse) del GDPR può essere considerata una base giuridica idonea per la pubblicità profilata solo se: il titolare del trattamento abbia precisamente informato gli interessati in merito al legittimo interesse, tale trattamento sia effettuato entro i limiti di quanto strettamente necessario alla realizzazione di suddetto interesse e il contemperamento delle



contrapposte pretese non comporti una prevalenza delle libertà e dei diritti fondamentali di tali utenti che richiedano la protezione dei dati personali, sul legittimo interesse del titolare.

Ne deriva che, nel caso concreto, né il contratto, né il legittimo interesse (né tantomeno l'obbligo legale o l'interesse vitale) possano essere considerati basi giuridiche idonee ai fini della pubblicità personalizzata operata da Meta.

d) L'articolo 6, paragrafo 1, primo comma, lettera a), e l'articolo 9, paragrafo 2, lettera a) (consenso dell'interessato) del GDPR devono essere interpretati nel senso che: la circostanza che l'operatore di un social network occupi una posizione dominante sul mercato non osta, di per sé, a che gli utenti di tale social possano validamente acconsentire al trattamento dei loro dati personali. Tale circostanza costituisce nondimeno un elemento importante per determinare se il consenso sia stato effettivamente prestato validamente e, in particolare, liberamente, circostanza che spetta a detto operatore dimostrare.

La pronuncia della CGUE ha statuito una serie di principi di grande importanza e, a parere di chi scrive, non privi di criticità. Se da un lato, infatti, la Corte ha affrontato in modo deciso il riparto di competenze tra Autorità indipendenti, adottando una soluzione flessibile che non impedisce, da parte dell'antitrust, l'analisi in sede di istruttoria di questioni utili alla risoluzione del caso concreto imponendo tuttavia una cooperazione con l'Autorità privacy, dall'altro ha finito, seppur indirettamente, per delineare un vero e proprio modello di business che Meta avrebbe dovuto adottare, quello del consenso, salvo poi affermare che lo stesso non può, nel caso concreto, ritenersi liberamente prestato e, dunque, valido. In tal senso, permangono alcuni dubbi sul contemperamento effettuato dall'organo giudicante tra principi fondamentali e, in particolare, su quanto sia stato salvaguardato il diritto alla libertà d'impresa sancito dall'articolo 16 della Carta di Nizza. Merita, peraltro, di essere osservato che la CGUE sembra riproporre una visione "consenso-centrica" (parzialmente anacronistica) tenendo in scarsa considerazione le altre basi giuridiche (paragrafi 91 e 92 della sentenza).

Fatta questa premessa, va ricordato che, perlomeno per quanto riguarda la pronuncia di non idoneità della base giuridica del contratto ai fini della pubblicità personalizzata nel caso di specie, la CGUE si è limitata, come dovuto, ad esprimere un giudizio sul caso concreto analizzando le argomentazioni fornite dal titolare del trattamento.

Meta si è difesa affermando che la pubblicità personalizzata era necessaria per offrire il servizio di social network. Come noto, l'articolo 6, paragrafo 1, lett. b) del GDPR prevede che il trattamento è lecito se "è necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso". La CGUE ha rilevato, come precedentemente fatto sia dall'EDPB che dall'Autorità privacy irlandese (sulle relative pronunce v. in questa Rubrica la notizia 6 nel numero 2023/1 [2023/1(6)GDI]: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2023/05/Osservatorio.pdf>), che il servizio di social network è autonomo e può essere materialmente fruito indipendentemente dalla pubblicità personalizzata. Tutt'al più, secondo la CGUE l'attività promozionale potrà dirsi utile, ma non oggettivamente indispensabile per l'erogazione del servizio. Ne consegue che il contratto non si configura come idonea base giuridica per la pubblicità personalizzata nel caso oggetto di trattazione. Resta, ad oggi, la curiosità sull'esito di questa e di altre controversie laddove Meta fosse stata più coraggiosa e avesse sostenuto che la pubblicità personalizzata non era tanto necessaria a rendere il servizio di social network, bensì (come in realtà è evidente) a finanziarlo grazie agli introiti che riceve da chi paga la pubblicità, configurandosi in sostanza come vera e propria controprestazione del sinallagma contrattuale. È chiaro che ciò non sia avvenuto in quanto il colosso statunitense non ha voluto mettersi nella posizione di autoproporre il mutamento del proprio modello di business. In tal caso, infatti, nella migliore delle ipotesi e sul modello dei *pay-wall*, avrebbe dovuto quantomeno offrire un'alternativa di fruizione del social a pagamento oltre a quella surrettiziamente gratuita e finanziata tramite la pubblicità personalizzata. In tal senso, tuttavia, non si registra una chiusura di principio da parte del giudice europeo al contratto quale base giuridica per la pubblicità personalizzata.

CARMINE ANDREA TROVATO

[CURIA - Documenti \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/curia/doclist/curia.do?method=docsList)

2023/3(8)GDI

Il provvedimento del 14.7.2023 del Garante norvegese per la protezione dei dati personali sulla base del legittimo interesse per la pubblicità comportamentale di Meta

Con provvedimento d'urgenza del 14 luglio 2023, l'Autorità di controllo norvegese in materia di protezione dei dati personali (**Datatilsynet**) ha temporaneamente vietato a Meta di profilare gli utenti dei suoi servizi Facebook e Instagram per fini di pubblicità comportamentale (*behavioural advertising*).

| 596

È, questa, solo l'ultima tappa di un contenzioso che ha visto contrapposta la nota piattaforma digitale americana alle istituzioni europee con riferimento al corretto trattamento di dati personali per finalità di pubblicità personalizzata.

Infatti, con due provvedimenti del 31 dicembre 2022, contro i servizi Facebook e Instagram, e uno del 12 gennaio 2023, contro il servizio WhatsApp, l'Autorità di controllo irlandese (**DPC**), su parere vincolante del 5 dicembre 2022 del Comitato europeo per la protezione dei dati personali (**EDPB**), aveva censurato la scelta di Meta di sostituire il consenso dell'interessato *ex art. 6(1)(a)* del Regolamento UE 2016/679 (**GDPR**, in seguito anche il "**Regolamento**") con il contratto *ex art. 6(1)(b)* dello stesso Regolamento quale base giuridica della pubblicità comportamentale. Conseguentemente aveva sanzionato Meta per un totale di 396 milioni di euro per la violazione degli artt. 5(1)(a), 6(1)(b), 12(1) e 13(1)(c) del Regolamento (sul punto v. in questa Rubrica la notizia 6 nel numero 2023/1 [2023/1(6)GDI]: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2023/05/Osservatorio.pdf>).

La pronuncia si era subito imposta all'attenzione dei fornitori di servizi digitali per le conclusioni che se ne traevano in materia di pubblicità personalizzata online, ossia la principale fonte di remunerazione per le piattaforme digitali, centrale nei modelli di business per l'offerta dei servizi cc.dd. "a prezzo zero". L'aver dichiarato illecito il ricorso al contratto quale base giuridica della profilazione degli utenti per fini commerciali, infatti, è suscettibile di mettere in crisi tale modello di business nella misura in cui rende meno sicura o certa la possibilità di abilitare la forma più remunerativa (e invasiva) di pubblicità personalizzata: la pubblicità comportamentale.

In altre parole, la scelta della base giuridica contrattuale per la profilazione per fini pubblicitari è strategica, non solo per Meta ma per la gran parte delle piattaforme digitali, perché permette di inserire tale trattamento tra le condizioni negoziali del servizio, sottraendo così all'utente la possibilità di esprimere il proprio consenso (e la relativa, eventuale, revoca) in merito. La pronuncia della DPC ha rimosso l'automatismo sotteso al considerare la pubblicità comportamentale un elemento necessario alla fornitura del servizio, in

quanto tale oggetto di una clausola contrattuale non negoziabile.

La DPC aveva inoltre concesso a Meta tre mesi di tempo per adeguare i suoi trattamenti alle norme del GDPR e comunicare come intendesse applicare l'art. 6 del Regolamento. Si chiedeva, dunque, a Meta di individuare un'altra base giuridica, tra quelle previste dall'art. 6 GDPR, per la pubblicità comportamentale.

In considerazione di tale pronuncia, Meta ha informato che, a partire dal 5 aprile 2023, avrebbe svolto la pubblicità comportamentale non più sulla base del contratto *ex art. 6(1)(b)* GDPR ma sulla base di un proprio legittimo interesse *ex art. 6(1)(f)* GDPR. Il risultato pratico di questa scelta è che, anche in questo caso, nessun consenso è chiesto all'utente sulla profilazione per fini pubblicitari ma a questo è riconosciuta la sola possibilità di esercitare il diritto di opporsi al trattamento, *ex art. 21* del Regolamento, in un secondo momento, ossia solo dopo che è iniziato il trattamento (c.d. opt-out). Nel ritenere tale proposta non in linea con la normativa, in data 5 maggio 2023, la Datatilsynet aveva formalmente chiesto alla DPC di vietare a Meta il trattamento di dati personali degli utenti per finalità di pubblicità comportamentale ma l'autorità irlandese, in data 2 giugno 2023, ha ritenuto di non poter aderire a tale richiesta.

Successivamente, con sentenza del 4 luglio 2023, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nel caso C-252/21 *Facebook Inc. and Others v. Bundeskartellamt*, in sede di rinvio pregiudiziale, nel riconoscere la possibilità per le autorità nazionali per la concorrenza di applicare, in via incidentale, il GDPR, si è espressa anche su alcuni istituti del medesimo Regolamento. Per quanto qui di interesse, la Corte ha ritenuto che Meta non potesse ricorrere al legittimo interesse di cui all'art. 6(1)(f) GDPR quale base giuridica per la pubblicità personalizzata (v. *amplius* la notizia 8 qui sopra in questo numero della Rubrica [2023/3(8)CAT]).

Proprio questa sentenza è stata interpretata dall'Autorità di controllo norvegese come un ulteriore elemento a sostegno del perdurante mancato adempimento di Meta alla normativa in materia di *data protection*.

Nel considerare rilevanti e serie le violazioni attribuite a Meta dalla decisione della DPC, la Datatilsynet ha ritenuto che il persistente stato di non conformità dei servizi di Meta richiedesse un'azione immediata a tutela dei diritti degli interessati, spesso ignari della presenza, delle caratteristiche e dell'intrusività di simili trattamenti. La Datatilsynet è così intervenuta in via d'urgenza *ex art. 66(1)* del Regolamento, derogando alla procedura di cooperazione tra Autorità capofila e



Autorità interessate di cui agli artt. 60 e ss del Regolamento.

Nel merito, anche in considerazione delle evidenze contenute nella citata sentenza della Corte di giustizia del 4 luglio 2023, la Datatilsynet ha giudicato errate le valutazioni di Meta sulla possibilità di ricorrere al legittimo interesse. In presenza di altri e meno invasivi sistemi per generare profitto, non si è ritenuto soddisfatto il criterio della necessità del trattamento. Soprattutto, in considerazione delle circostanze concrete e della scarsa consapevolezza fornita agli interessati su tali trattamenti, ha ritenuto non soddisfatto il requisito del c.d. “*balancing test*”: l’interesse di Meta a svolgere quel trattamento non è superiore agli interessi e ai diritti degli utenti a non subire trattamenti così invasivi. Secondo l’autorità norvegese: «è responsabilità di Meta progettare un modello di business che sia, al tempo stesso, lecito e sostenibile».

Infine, ulteriore elemento di illiceità è rinvenuto nella non adeguata attuazione e riconoscimento agli interessati del diritto all’opposizione. Secondo l’autorità norvegese Meta ha introdotto restrizioni illecite alla possibilità dell’utente di opporsi alla pubblicità comportamentale.

In conclusione, oltre al mancato adeguamento alla pronuncia della DPC, la Datatilsynet rileva la violazione degli artt. 6(1) e 21 del Regolamento.

Conseguentemente, ha rivolto a Meta l’ordine, temporaneo e limitato al territorio della Norvegia, di non trattare i dati dei cittadini norvegesi per fini di pubblicità comportamentale ai sensi degli artt. 6(1)(b) e 6(1)(f) del Regolamento, ossia sulla base del contratto e del legittimo interesse.

La Datatilsynet specifica che ad essere vietato è il trattamento dei dati relativi al comportamento degli utenti per fini pubblicitari, non anche la possibilità di Meta di mostrare annunci pubblicitari in generale o annunci pubblicitari basati sulle informazioni direttamente fornite dagli utenti sul proprio profilo, come le informazioni contenute nella biografia quali età, sesso, residenza o studi effettuati.

Meta potrà quindi continuare a offrire i propri servizi e accompagnarli con pubblicità generalista o profilata purché su dati direttamente forniti agli utenti. Quel che Meta non potrà fare sarà continuare a profilare gli utenti sulla base dei loro comportamenti desunti e inferiti dall’utilizzo della piattaforma (per es. dall’interazione coi contenuti sulla piattaforma o dai movimenti dell’utente ricavati dalla geolocalizzazione) sulla base di fondamenti di liceità dichiarati non adeguati: in particolare il contratto e il legittimo interesse.

Essendo un provvedimento d’urgenza, il divieto è limitato a un periodo di tre mesi, dal 4 agosto 2023 al 3 novembre 2023, salva la possibilità per Meta di attivarsi per rendere lecito il trattamento prima di questo termine con conseguente revoca dell’ordine.

In base all’art. 66(1) del Regolamento, il provvedimento è stato notificato alle altre Autorità di controllo europee, alla Commissione UE, all’EDPB e, ai sensi della normativa interna, all’autorità di sorveglianza EFTA. Conseguentemente, ai sensi dell’art. 66(2) del Regolamento, la Datatilsynet richiede una decisione urgente e vincolante da parte dell’EDPB per l’adozione di misure definitive e riguardanti l’intero territorio europeo.

Infine, la Datatilsynet ha disposto una sanzione amministrativa di 1.000.000 NOK per ogni giorno di ritardo di Meta nel conformarsi all’ordine imposto.

GUIDO D’IPPOLITO

<https://www.datatilsynet.no/en/news/aktuelle-nyheter-2023/temporary-ban-of-behavioural-advertising-on-facebook-and-instagram/>

2023/3(9)EB

La sentenza CEDU del 4.7.2023 sul diritto all’oblio (caso 57292/16 Hurbain c. Belgio)

Il 4 luglio 2023 la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell’uomo, si è pronunciata sull’annosa questione del diritto all’oblio e del suo bilanciamento con il diritto alla libertà di espressione e di informazione, confermando quanto deciso sullo stesso ricorso (n. 57292/16 Hurbain contro Belgio) dalla Terza sezione il 22 giugno 2021.

Il caso trae origine dal ricorso alla Corte EDU, ai sensi dell’articolo 34 della Convenzione e.d.u. (di seguito anche, “**Convenzione**”), da parte di Patrick Hurbain, editore del quotidiano belga Le Soir, contro il Belgio.

Nel merito, la controversia origina dalla pubblicazione, nel 1994, di un articolo sulla versione cartacea del giornale Le Soir, riportante la notizia di un incidente automobilistico che aveva causato la morte di due persone e il ferimento di altre tre. L’articolo menzionava il nome completo del conducente, che era stato condannato nel 2000. Questi aveva scontato la pena ed aveva ottenuto la riabilitazione nel 2006.

Nel 2008 il giornale aveva creato una versione elettronica dei suoi archivi dal 1989 in poi - tra cui era inserito l'articolo sopra citato -, che era diventato disponibile gratuitamente sul sito web del quotidiano. Nel 2010 il conducente dell'auto si era rivolto a *Le Soir*, chiedendo la cancellazione dell'articolo dagli archivi elettronici del quotidiano o quantomeno la sua anonimizzazione. La richiesta originava dal fatto che digitando sui diversi motori di ricerca il nome del conducente, il link all'articolo appariva in primo piano, creando un vero e proprio "registro penale virtuale", particolarmente pregiudizievole per il cittadino che aveva ormai da molti anni scontato la pena e ottenuto la riabilitazione.

L'interessato aveva dunque adito le competenti autorità giudiziarie per ottenere la tutela del suo "diritto ad essere dimenticato", contro il rifiuto del quotidiano ad adempiere spontaneamente. Tale adempimento fu imposto dalle sentenze di condanna pronunciate in tutti i gradi di giudizio, che hanno intimato l'anonimizzazione del nome dell'Interessato dalla versione online dell'articolo. In particolare, è stato ritenuto che la sostituzione del nome dell'interessato con la lettera "X" dalla sola versione online del giornale, restando impregiudicata sia la notizia che la versione cartacea dell'articolo, garantisca un equo bilanciamento tra diritti parimenti meritevoli di tutela: diritto all'oblio e libertà di espressione ed informazione.

Avverso tale decisione aveva presentato ricorso alla Corte EDU l'editore del giornale, il sig. Hurbain, per violazione dell'articolo 10 della Convenzione, ottenendo però una sostanziale conferma delle decisioni delle autorità giudiziarie nazionali e dunque la legittimità della misura disposta, conforme ai principi di cui all'articolo 10 della Convenzione.

La Grande Camera ha ritenuto legittima la decisione delle autorità giudiziarie belghe, prima e della Terza sezione, poi, di richiedere all'editore di rendere anonimo l'articolo in questione.

La Corte osserva che i tribunali nazionali hanno preso in considerazione in modo coerente la natura e la gravità dei fatti giudiziari riportati nell'articolo cui si aggiunge il fatto che quanto riportato non aveva alcun interesse attuale, storico o scientifico e il fatto che l'interessato non fosse una persona nota. Inoltre, è stata data importanza al grave danno subito all'onore e alla reputazione dell'interessato a causa della continuata disponibilità online dell'articolo con accesso illimitato, il che poteva creare un "registro penale virtuale", specialmente alla luce del tempo trascorso dalla pubblicazione originale dell'articolo. In ultimo, dopo aver

esaminato le misure che potevano essere prese in considerazione al fine di bilanciare i diritti in gioco, ha riconosciuto come l'anonimizzazione dell'articolo non impone un onere eccessivo ed impraticabile per il richiedente, costituendo nel contempo il mezzo più efficace per proteggere la privacy dell'interessato.

In tali circostanze, e tenuto conto del margine di apprezzamento degli Stati, la Corte ha ritenuto che i tribunali nazionali abbiano bilanciato attentamente i diritti in gioco in conformità ai requisiti della Convenzione, in modo tale che l'interferenza con il diritto garantito dall'articolo 10 della Convenzione a causa dell'anonimizzazione della versione elettronica dell'articolo sul sito web del giornale *Le Soir* sia stata limitata a quanto strettamente necessario e possa quindi, nelle circostanze del caso, essere considerata adeguata e proporzionata in una società democratica. Pertanto, la Corte non vede ragioni valide per sostituire la propria opinione con quella dei tribunali nazionali e per ignorare l'esito dell'esercizio di bilanciamento da loro effettuato.

Questa pronuncia risulta rilevante per le sue ricadute nell'ordinamento italiano ed europeo, la cui giurisprudenza spesso si occupa di diritto all'oblio e il suo bilanciamento con il diritto di informazione, concludendo però per la diversa misura della deindicizzazione.

A ben vedere, le conclusioni della Gran Camera, nell'interpretazione dei principi della Convenzione, non si pongono necessariamente in contrasto con la giurisprudenza eurounitaria consolidata. Difatti, a norma dell'art. 17, comma 3, lett. a) GDPR, l'esercizio della libertà di espressione e di informazione costituisce una delle eccezioni che consentono di escludere l'esercizio del diritto all'oblio, rendendo necessaria un'analisi svolta caso per caso e volta a valutare la prevalenza dell'uno o dell'altro nelle circostanze concrete (es. l'interessato è un personaggio pubblico, i fatti riportati sono inaccurati etc.). Questa valutazione *ad hoc*, anche alla luce dell'interpretazione datane dalla giurisprudenza, ammette, fra le misure che ne permettono la piena attuazione, oltre alla deindicizzazione, l'anonimizzazione dei dati e la loro esatta contestualizzazione.

Inoltre la Gran Camera nel bilanciamento tra diritti meritevoli di tutela, prende in considerazione grosso modo dei parametri non dissimili da quelli che la CGUE ha riconosciuto nella sentenza *Costeja* (Causa C-131/12) e ha ripetuto nella sentenza *Google 2* (Causa C-136/17): (i) la natura dell'informazione o il suo carattere sensibile; (ii) l'interesse degli utenti di Internet ad avere accesso



all'informazione; (iii) il ruolo che l'interessato riveste nella vita pubblica.

Infine, ed è una precisazione rilevante, la Gran Camera ha sottolineato come non sussista un obbligo automatico di sorveglianza per i media, di controllare sistematicamente e permanentemente i propri archivi, ma tale obbligo di attivarsi per garantire un giusto equilibrio degli interessi in gioco conseguirebbe solo ad una espressa richiesta dell'interessato.

Incidenter tantum, giova ricordare come in Italia la recente Riforma Cartabia (D.lgs. 150 del 2022) abbia introdotto tra le disposizioni di attuazione del codice di procedura penale l'art. 64-ter, rubricato «Diritto all'oblio degli imputati e delle persone sottoposte ad indagini», sul cui schema si era pronunciato il Garante per la protezione dei dati personali con parere del 1 settembre 2022. Sul punto v. in questa Rubrica la notizia 2 nel numero 2023/1 [2023/1(6)SM]:

<http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2023/05/Osservatorio.pdf>.

EMANUELA BURGIO

<https://hudoc.echr.coe.int/eng/#f/%22fulltext%22:%2224%20luglio%2057292/16,%20Hurbain%20contro%20Belgio%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-225546%22%22>

2023/3(10)IG

La decisione vincolante EDPB 2/2023 del 2.8.2023 e la conseguente decisione finale del Garante irlandese per la protezione dei dati personali del 1.9.2023 su c.d. dark (o deceptive design) patterns e altre pratiche riguardanti i bambini e la verifica dell'età poste in essere da TikTok

Il 1 settembre 2023, la Commissione per la Protezione dei dati irlandese (DPC), ha disposto nei confronti di TikTok Technology Limited (TTL) – la cui sede europea è situata in Irlanda – sanzioni amministrative per un totale di 345 milioni di euro, unitamente ad una nota di biasimo, ai sensi dell'articolo 58, paragrafo 2, lettera b), del Regolamento (UE) 679/2016 (GDPR), e all'ordine di adottare, entro tre mesi dalla notifica della decisione, le misure per garantire la conformità del trattamento dei dati personali al GDPR, come indicate nella decisione.

Il provvedimento, ai sensi dell'art. 111 del Data Protection Act irlandese del 2018 e degli artt. 60 e 65 del GDPR, riflette la decisione vincolante dello European Data Protection Board (EDPB), adottata in conformità all'art. 65(1) lett. a) GDPR, per la risoluzione della controversia sorta in merito a una bozza di decisione della stessa DPC, che aveva suscitato obiezioni da parte di altre autorità europee per la privacy, fra le quali l'autorità di controllo italiana. La (bozza di) decisione era stata adottata a seguito di un'indagine avviata dalla stessa autorità irlandese per esaminare il trattamento da parte di TTL dei dati personali degli utenti minori (di età compresa fra i 13 e i 17 anni) registrati sulla piattaforma Tik Tok, nel periodo compreso fra il 31 luglio e il 31 dicembre 2020 e per valutare se TTL avesse o meno rispettato gli obblighi previsti dal GDPR, in qualità di titolare del trattamento.

Durante l'indagine, sono emerse problematiche riguardanti la chiarezza e la trasparenza delle informazioni fornite da TTL agli utenti minorenni riguardo alle impostazioni predefinite dell'account e alla visibilità dei contenuti pubblicati, che, secondo l'Autorità irlandese avrebbero condotto a una presunta violazione del GDPR sotto vari profili di cui si è dato atto nella bozza di decisione.

Le questioni principali successivamente analizzate da EDPB, chiamata a valutare il merito delle obiezioni sollevate dalle autorità di controllo alla bozza di decisione della DPC, si sono incentrate essenzialmente su: 1) la possibile ulteriore violazione del principio di correttezza ai sensi dell'art. 5, par. 1, lett. a) del GDPR; 2) la possibile violazione dell'art 24, paragrafo 1, e dell'articolo 25, par 1 e 2, GDPR in relazione alle misure di verifica dell'età dei minori di 13 anni e alla valutazione dei rischi per questa specifica categoria di interessati.

In relazione alla prima questione, l'EDPB ha esaminato le pratiche relative alla registrazione degli utenti e alla pubblicazione dei video. Durante il periodo preso in considerazione, sono emerse carenze significative in termini di trasparenza e di fornitura di informazioni adeguate riguardo alla visibilità dei contenuti pubblicati e alla loro accessibilità a un pubblico più ampio. In particolare, durante la fase di registrazione, agli utenti veniva presentato un pop-up di notifica che, nonostante spiegasse la possibilità di impostare l'account come privato, consentiva loro effettivamente di "saltare" questa opzione, rendendo l'account pubblico per impostazione predefinita, con evidenti gravi implicazioni per la privacy dei minori sulla piattaforma. Inoltre, nella 'Notifica di Pubblicazione' dei video, i minori venivano

incoraggiati a pubblicare i video ‘pubblicamente’. L'opzione ‘Pubblica ora’ era posizionata in modo prominente a destra e presentata in grassetto più scuro, aumentando così la probabilità che l'utente optasse per questa scelta.

| 600

Inoltre, accogliendo le obiezioni presentate dalle altre autorità di controllo, l'EDPB ha anche individuato una violazione da parte di TTL del principio di correttezza, ai sensi dell'art. 5(1) lett. a) GDPR per aver utilizzato, sia nei pop-up di registrazione, sia nei pop-up di pubblicazione, modelli c.d. oscuri (“*dark patterns*” o “*deceptive design patterns*”) al fine di influenzare le decisioni degli utenti minorenni. Di conseguenza, l'EDPB ha incaricato l'Autorità irlandese di includere nella sua decisione finale una constatazione di violazione del principio di correttezza, ai sensi dell'art. 5(1) lett. a) GDPR, da parte di TTL, al fine di eliminare i modelli di progettazione ingannevoli come identificati nella decisione vincolante dello EDPB.

Con riguardo alla questione relativa alla possibile violazione degli artt. 24 e 25 GDPR in relazione alle misure di verifica dell'età dei minori di 13 anni e alla valutazione dei rischi per questa specifica categoria di interessati, l'EDPB ritiene che l'obiezione dell'autorità di controllo italiana in merito all'esistenza della violazione dell'art. 25 GDPR sia pertinente e motivata ai sensi della definizione di cui all'art. 4, n. 24 GDPR, esprimendo seri dubbi sull'efficacia delle misure di verifica dell'età messe in atto da TikTok durante questo periodo; in particolare i dubbi sono giustificati dalla gravità dei rischi di violazione dei diritti fondamentali delle persone, per l'elevato numero di minori di età inferiore ai 13 anni coinvolti, nonché dalla mancata identificazione da parte di TTL, nella valutazione di impatto (come viene rilevato nella bozza di decisione) del rischio che i minori di età inferiore ai 13 anni accedano alla piattaforma TikTok.

Tuttavia, nella decisione vincolante, l'EDPB non prende posizione in merito alla questione della verifica materiale dell'età. Nella decisione infatti si legge che non disponendosi di informazioni sufficienti, in particolare in relazione all'elemento dello stato dell'arte, per valutare in modo definitivo la conformità di TTL all'art. 25(1) GDPR, non sia possibile concludere che la società in questione abbia, sotto tale profilo, violato la disposizione del medesimo articolo.

Nella decisione finale, l'Autorità irlandese ribadisce la conclusione a cui era già giunta nella bozza di decisione. Specificamente, sottolinea che le misure tecniche e organizzative adottate da TTL per verificare l'età nel periodo di riferimento non possono essere considerate in contrasto con l'art. 25

GDPR. L'Autorità osserva inoltre che gli artt. 24 e 25 GDPR non specificano in modo esplicito le misure particolari da utilizzare per garantire la verifica dell'età. Inoltre, sottolinea che il settore della verifica dell'età è ancora in fase di sviluppo e che al momento non esistono standard industriali o normativi ampiamente accettati in questo contesto. Nel predisporre la decisione finale, con le valutazioni giuridiche espresse nella decisione vincolante dell'EDPB, il DPC ha dichiarato di aver tenuto conto di tutte le osservazioni presentate da TTL nell'esercizio del suo diritto di essere ascoltata, nonché di altre informazioni pertinenti ricevute e ha quindi modificato la bozza di decisione, nell'esercizio dei suoi poteri correttivi, disponendo nel modo sopra riassunto.

ILARIA GARACI

https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/binding-decision-board-art-65/binding-decision-22023-dispute-submitted_it

https://edpb.europa.eu/our-work-tools/consistency-findings/register-for-decisions_en

2023/3(11)RMo

I provvedimenti dei Garanti per la protezione dei dati personali austriaco e della Bassa Sassonia, dell'aprile e del maggio 2023, in materia di cookie paywall impiegati da testate di giornali online

Con provvedimento dell'aprile scorso (2023) l'Autorità austriaca per la protezione dei dati personali (d'ora in poi “**Garante austriaco**” e “**decisione del Garante Austriaco**”) si è pronunciata in merito ai requisiti di liceità dell'impiego di cookie paywall da parte della testata giornalistica austriaca www.derstandard.at, alla luce della Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, 2002/58/CE del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (d'ora in poi, “**direttiva e-privacy**”) e del Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, 2016/679 del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali (**GDPR**).

Nello scorso maggio (2023), invece, l'Autorità per la protezione dei dati personali della Bassa Sassonia ha adottato una decisione relativa ai cookie paywall impiegati dal sito web www.heise.de (d'ora in poi



“Garante Bassa Sassonia” e “decisione del Garante Bassa Sassonia”), parimenti volta ad accertarne la conformità alle suddette normative.

Un cookie wall preclude l’accesso agli utenti di un sito web, a meno che costoro acconsentano all’uso dei cookie presenti nel medesimo, che non siano necessari per prestare il servizio di comunicazione elettronica agli utenti. Invece, i cookie paywall offrono all’utente di un sito web di notizie una duplice scelta: 1) acconsentire all’uso dei cookie, inclusi quelli di profilazione e analitici di terze parti (cfr., per una classificazione funzionale dei cookie, Garante per la protezione dei dati personali, Linee guida cookie e altri strumenti di tracciamento - n. 231 del 10 giugno 2021 (su cui v. in questa Rubrica la notizia 6 del numero 2021/3 [2021/3(6)CR]: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2021/08/Osservatorio.pdf>), ovvero 2) pagare un prezzo per accedere al sito o, più di frequente, sottoscrivere un abbonamento a pagamento, potendo così usufruire dei contenuti ivi presenti in assenza di tracciamento.

L’associazione “None of Your Business” (di seguito “NOYB”), creata per tutelare i diritti degli utenti della rete Internet, ha proposto i reclami che hanno dato origine alle due citate decisioni dei Garanti austriaco e della Bassa Sassonia, unitamente a una serie di reclami presso molteplici autorità nazionali per la protezione dei dati personali, tutti relativi all’impiego di cookie paywall, anche di profilazione e analitici di terze parti, da parte di giornali online europei (si vedano <https://noyb.eu/en/news-sites-readers-need-buy-back-their-own-data-exorbitant-price>, nonché <https://noyb.eu/en/pay-or-okay-beginning-end>, relativi a ricorsi concernenti giornali online austriaci e tedeschi).

Per far fronte all’elevato numero di reclami concernenti cookie wall e cookie paywall, l’European Data Protection Board (d’ora in poi “EDPB”) ha costituito un’apposita *Task force* (Cfr. https://edpb.europa.eu/news/news/2021/edpb-establishes-cookie-banner-taskforce_en, nonché https://edpb.europa.eu/system/files/2023-01/edpb_20230118_report_cookie_banner_taskforce_en.pdf).

Anche la nostra autorità garante per la protezione dei dati personali (d’ora in poi, il “Garante italiano”) ha avviato nell’ottobre 2022 alcune istruttorie tutt’ora pendenti sull’uso di cookie paywall da parte delle testate giornalistiche online italiane (v. in questa Rubrica la notizia 11 del numero 4/2022 [2022/4(11)SO]: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2023/01/Osservatorio.pdf>).

Secondo le linee guida del Garante italiano sui cookie, un cookie wall rischia di porre l’interessato nella posizione di “prendere o lasciare” (c.d. “*take it or leave it*”), di rinunciare cioè al servizio o, viceversa, di usufruirne, acconsentendo però al trattamento dei propri dati non necessari per la prestazione del servizio di comunicazione elettronica. Il consenso dell’utente rischia dunque di formarsi in modo non libero. La valutazione in merito alla presenza di un consenso libero deve compiersi, secondo il Garante italiano, caso per caso. La illiceità cioè non sussiste *in re ipsa*, non potendo escludersi che, in concreto, “il titolare del sito offra all’interessato la possibilità di accedere ad un contenuto o a un servizio equivalenti senza prestare il proprio consenso all’installazione e all’uso di cookie o altri strumenti di tracciamento”.

In linea di principio, l’accesso ai contenuti giornalistici a pagamento nel quadro di un cookie paywall può corrispondere al “servizio equivalente” di cui alle Linee guida del Garante italiano sui cookie, purché l’impiego di tale meccanismo sia conforme all’art. 5 GDPR.

Nel reclamo proposto al Garante austriaco, NOYB ha dedotto che il consenso degli utenti del sito web non è stato liberamente manifestato, rilevando che, nella pratica oggetto di istruttoria: i) i dati personali degli utenti sono trattati illecitamente, per carenza di una valida base giuridica (in considerazione del contrasto del trattamento con gli artt. 4(1), (2) e (11), art. 6(1)(a), art. 7, Art. 51(1), art. 57(1)(f), art. 58(2) e art. 77(1) GDPR), ii) va dunque disposta la inibizione del trattamento e la cancellazione dei dati raccolti, iii) nonché la irrogazione di una sanzione pecuniaria. Il Garante austriaco ha ritenuto fondate le deduzioni di NOYB, ma non ha disposto l’irrogazione di una sanzione pecuniaria.

Con proprie linee guida del 30/11/2018 il Garante austriaco aveva già indicato le condizioni in presenza delle quali i cookie paywall sono conformi a direttiva e-privacy e GDPR (GZ: DSB-D122.931/0003-DSB/2018,

<https://www.dsb.gv.at/download-links/FAQ-zum-Thema-Cookies-and-data-protection.html>): i) i gestori dei siti che utilizzano cookie paywall non devono avere una posizione di monopolio o quasi monopolio; ii) deve essere offerto un prezzo ragionevole ed equo per l’alternativa a pagamento (per accedere al sito web tramite l’alternativa a pagamento, all’utente non deve essere cioè prospettato pro forma un prezzo del tutto sproporzionato); se si sceglie l’opzione a pagamento, non possono essere trattati dati personali degli utenti a scopo di tracciamento e

pubblicità personalizzata (salvo valido consenso degli utenti stessi).

Non diversamente, il Garante per la protezione dei dati personali francese (CNIL, Cookie walls: la CNIL publie des premiers critères d'évaluation (16 maggio 2022,)), in <https://www.cnil.fr/fr/cookie-walls-la-cnil-publie-des-premiers-criteres-devaluation>.

602 <https://www.cnil.fr/fr/cookie-walls-la-cnil-publie-des-premiers-criteres-devaluation>. 16 maggio 2022. Cfr. anche Délibération n° 2020-091 du 17 septembre 2020 portant adoption de lignes directrices relatives à l'application de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée aux opérations de lecture et écriture dans le terminal d'un utilisateur (notamment aux « cookies et autres traceurs ») et abrogeant la délibération n° 2019-093 du 4 juillet 2019, https://www.cnil.fr/sites/cnil/files/atoms/files/lignes_directrices_de_la_cnil_sur_les_cookies_et_autres_traceurs.pdf.) ha stabilito i seguenti requisiti: i) che il prezzo richiesto per la sottoscrizione sia ragionevole; ii) che i cookie paywall siano previsti limitatamente agli scopi del trattamento che permettano agli editori di conseguire un'equa remunerazione del servizio offerto; iii) che vi sia trasparenza in ordine ai criteri impiegati per valutare sia la ragionevolezza del prezzo fissato per l'alternativa a pagamento, sia l'equità della remunerazione conseguibile grazie al consenso all'uso dei cookie.

Nella propria decisione sul reclamo proposto da NOYB, il Garante austriaco, a partire dalla posizione espressa dall'EDPB (Linee guida dell'EDPB n. 5/2020 sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679 adottate il 4 maggio 2020, para 43 f: sulle Linee guida dell'EDPB v. in questa Rubrica la notizia 5 del numero 2020/2 [2020/2(5)EMI]:

<http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2020/05/Osservatorio.pdf>), ha rilevato quanto segue:

- i) i cookie, come gli altri identificatori online, permettono di accedere ad informazioni qualificabili come dati personali ai sensi dell'art. 4 (1) GDPR, pertanto, il trattamento di tali dati per finalità di pubblicità online e di data analytics deve basarsi sul consenso dell'interessato secondo l'art. 6 (1) GDPR;
- ii) tale consenso può dirsi validamente prestato a condizione che (art. 4 (11) e 7 GDPR) vi sia una inequivoca manifestazione di volontà, espressa liberamente, specifica e informata, nonché revocabile;
- iii) il consenso si considera liberamente espresso se viene osservato il principio

di granularità, per il quale (considerando 32 e 43 GDPR), quando il trattamento dei dati persegue più finalità o si articola in una pluralità di operazioni, occorre mettere gli interessati in condizione di acconsentire separatamente alle diverse finalità e operazioni di trattamento dei dati personali. Se il responsabile del trattamento “aggrega” diverse finalità/operazioni di trattamento e non cerca di ottenere consensi separati per ciascuna di esse, manca la libertà del consenso;

- iv) le testate giornalistiche austriache hanno richiesto il consenso per una pluralità di finalità indicate nella propria dichiarazione sulla privacy, incluso il consenso al tracciamento e alla pubblicità personalizzata; le modalità adottate per acquisire il consenso sono tali da stabilire un “prendere o lasciare” tra l'opzione consistente nell'abbonarsi a pagamento, da un lato, e l'alternativa di fornire un “consenso generalizzato” alla installazione e uso dei cookie, dall'altro lato. Gli utenti per conseguenza non possono che acconsentire a tutti i diversi trattamenti (anziché a ciascuno di essi in modo granulare) o scegliere di abbonarsi a pagamento.

Ad analoghe conclusioni è giunta anche la Risoluzione della Conferenza dei Garanti della Federazione e dei Länder tedeschi del 22 marzo 2023 (d'ora in poi “Conferenza dei Garanti della Federazione e dei Länder”

https://datenschutzkonferenz-online.de/media/pm/DSK_Beschluss_Bewertung_von_Pur-Abo-Modellen_auf_Websites.pdf) e, prima ancora il Garante per la protezione dei dati personali francese (CNIL), secondo cui: “La creazione di un account deve perseguire scopi specifici e trasparenti per gli utenti [...]. I cookie paywall non possono imporre l'accettazione di tutti i marcatori presenti in un sito web. I siti web possono richiedere il consenso dell'utente, caso per caso” (cfr. CNIL, Cookie walls: la CNIL publie des premiers critères d'évaluation (16 maggio 2022), in <https://www.cnil.fr/fr/cookie-walls-la-cnil-publie-des-premiers-criteres-devaluation>).

L'istruttoria del Garante della Bassa Sassonia è anch'essa pervenuta all'accertamento di talune violazioni del GDPR.

Più in particolare, una prima violazione dell'art. 6 (1) GDPR è consistita nel fatto che, già al momento



del primo accesso al sito web oggetto di istruttoria, ha luogo un trattamento di dati personali degli utenti (come indirizzi IP e informazioni sulla navigazione online), non necessari per il funzionamento del sito medesimo e senza previo consenso degli utenti. Il requisito del carattere preventivo del consenso, necessario ai sensi delle suddette normative, non viene dunque rispettato nel caso di specie.

Inoltre, nelle informazioni rese agli utenti, alcuni cookie di terze parti vengono indicati come funzionali (non richiedenti quindi il consenso degli interessati), in contrasto con gli esiti degli accertamenti tecnici compiuti dal Garante.

In aggiunta, secondo il Garante della Bassa Sassonia, i requisiti per manifestare un valido consenso secondo gli art. 4 (11) e 7 GDPR non vengono osservati, per le seguenti ragioni:

- i) alcune informazioni da fornirsi già al “primo livello” di interazione dell’utente con il sito web (nel cookie banner grazie al quale l’utente può esprimere il consenso) e, tra esse, quelle concernenti gli scopi del trattamento, la costituzione di profili degli utenti, i terzi a cui i dati degli utenti vengono trasferiti e la facoltà di revocare il consenso, appaiono disponibili per gli utenti soltanto accedendo ad una pagina successiva, con la conseguenza che il requisito della completezza della informazione viene rispettato tardivamente, quando è possibile che l’utente abbia già acconsentito al collocamento e uso dei cookie;
- ii) il sito web ottiene dagli utenti un consenso generico e dunque invalido, giacché non vengono ivi elencate le finalità specifiche del trattamento, né fornite informazioni sul fatto che si fa luogo a trattamento di dati personali, che profili individuali degli utenti vengono creati e arricchiti con dati provenienti da altri siti web, e che i dati sono trasmessi a terzi (il cui numero e identità non vengono dichiarati). Per via delle informazioni insufficienti e dell’elevata complessità del trattamento dei dati personali, dovuto all’elevato numero di dati e di partecipanti, nel caso concreto il consenso non viene dunque espresso in modo specifico;
- iii) il consenso dell’utente non è libero, secondo il GDPR, se dal rifiuto o revoca del consenso possa derivare all’utente un pregiudizio. Per interpretare il requisito del pregiudizio, il GDPR prende in considerazione l’eventuale “squilibrio” tra il

titolare del trattamento e l’interessato. Nel caso di specie, nota il Garante della Bassa Sassonia, per via del modo in cui il sito web è concepito, e, in particolare, del fatto che occorre accedere ad un secondo livello per ottenere un quadro più chiaro dell’ambito del trattamento e, soprattutto, dell’enorme numero di terzi aventi accesso ai dati, l’utente deve compiere un notevole sforzo aggiuntivo per informarsi adeguatamente prima di dare il proprio consenso. Questo sforzo aggiuntivo – dovuto al design del banner del consenso - rappresenta un pregiudizio per gli utenti che acconsentono ai cookie, rispetto agli utenti abbonati;

- iv) per giunta, il design del sito web integra la pratica del *nudging*, giacché in tale sito il banner del consenso reca un primo pulsante “accetta”, più appariscente perché colorato in un blu brillante con scritte bianche, e un secondo pulsante per abbonarsi, ma in bianco con scritte nere, appena distinguibile dallo sfondo del banner, anch’esso bianco. Il *nudging* – osserva il Garante – costituisce una pratica idonea a influenzare il comportamento degli utenti;
- v) infine, l’articolo 7 (3) n. 4 GDPR richiede che la revoca del consenso sia altrettanto semplice del suo rilascio. Tale requisito non viene rispettato per via del modo in cui il sito web è concepito: il consenso, infatti, può ivi essere dato immediatamente nel primo livello, non appena si inizia ad utilizzare il sito, mentre la revoca del consenso non è resa possibile in questa stessa fase, ma soltanto accedendo ad un livello successivo, con conseguente maggiore aggravio per l’utente.

ROBERTA MONTINARO

https://noyb.eu/sites/default/files/2023-04/Standard_Bescheid_geschwärzt.pdf

https://noyb.eu/sites/default/files/2023-07/11VerwarnungPurAboModellfinalgeschwrtzp_R edacted.pdf

2023/3(12)AAM

Emessa in Cile il 9.8.2023 la prima sentenza al mondo sui neurodiritti (a proposito di ‘Insight’ un dispositivo neurotecnologico non terapeutico e non invasivo in commercio del tipo

elettroencefalogramma mobile progettato per ottenere informazioni sull'attività cerebrale)

604

Il Cile con la “Ley n. 21.383 *Modifica La Carta Fundamental, Para Establecer El Desarrollo Científico Y Tecnológico Al Servicio De Las Personas*”, del 25 ottobre 2021 è stato il primo paese al mondo ad intervenire con una modifica legislativa per tutelare la mente umana da uno sviluppo tecnologico in grado di incidere negativamente sull'integrità psicofisica delle persone. Tale legge, infatti, ha modificato il primo comma, ultima parte dell'art. 19 della Costituzione cilena (*Constitucion politica de la Republica de Chile*) che così attualmente prevede espressamente quanto segue: “*El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella*”. Nella Commissione che ha presentato la proposta di modifica del testo costituzionale (con il progetto di legge dal titolo *Modifica el artículo 19, número 1º, de la Carta Fundamental, para proteger la integridad y la indemnidad mental con relación al avance de las neurotecnologías* del 7 ottobre 2020) vi era anche il parlamentare Guido Girardi Lavín, che ha poi dato impulso al processo che si è concluso con la prima sentenza in tema di tutela dei dati neurali e sviluppo e commercializzazione di dispositivi neurotecnologici conformi ai principi fondamentali di salvaguardia della persona umana. Si tratta di una decisione assunta il 9 agosto 2023 dalla Corte Suprema del Cile (Rol n. 105.065-2023) contro la società Emotiv Inc., un'azienda bioinformatica e tecnologica che sviluppa e produce prodotti di elettroencefalografia indossabili con sede a San Francisco, negli Stati Uniti. La società veniva chiamata in giudizio a causa della vendita e commercializzazione in Cile di ‘*Insight*’, dispositivo *wireless* che funziona come una fascia per capelli, con sensori che raccolgono informazioni sull'attività cerebrale, ottenendo dati su gesti, movimenti, preferenze, tempi di reazione e attività cognitiva dell'utente che lo indossa. Il ricorrente sosteneva che “*Insight*” non protegge adeguatamente la *privacy* delle informazioni cerebrali dei suoi utenti, ciò in violazione delle garanzie costituzionali contenute nei numeri 1, 4, 6 e 24 dell'articolo 19 della Costituzione politica della Repubblica del Cile.

Il ricorrente, infatti, dopo aver acquistato un dispositivo ‘*Insight*’ attraverso il sito web della

società convenuta, seguiva le istruzioni sul dispositivo al fine di registrare e accedere ai suoi dati cerebrali, creando a tale scopo un account sul *cloud* di dati di Emotiv Inc., accettando i termini e le condizioni della società. Successivamente, installava sul proprio computer il *software* denominato ‘*Emotiv Launcher*’, che consiste in un punto di accesso a tutte le informazioni, gli strumenti e la gestione dei dispositivi *Emotiv*, associando il proprio *account* al dispositivo *Insight* ed accettando nuovamente i termini e le condizioni della società. Il ricorrente, tuttavia, sosteneva che, avendo utilizzato la licenza gratuita e non quella ‘*PRO*’, non ha potuto esportare o importare alcuna registrazione dei propri dati cerebrali, che erano stati registrati e archiviati nel *cloud* della società Emotiv Inc. Il ricorrente affermava in giudizio, pertanto, di essere stato esposto ai seguenti rischi: (i) re-identificazione; (ii) *hacking* dei dati (iii) riutilizzo non autorizzato dei dati cerebrali; (iv) commercializzazione dei dati cerebrali; (v) sorveglianza digitale; (vi) raccolta di dati cerebrali per scopi non consentiti, a tal fine riferendo la violazione degli articoli 11 (responsabilità del titolare del trattamento per la corretta conservazione dei dati) e 13 (diritto alla cancellazione dei dati) della legge cilena sulla *privacy* (Ley n. 19.628) oltre che dell'articolo 19 della Costituzione.

La convenuta società si difendeva sostenendo che “*Insight*” è un dispositivo neurotecnologico non terapeutico e non invasivo del tipo elettroencefalogramma mobile, concepito per l'autovalutazione e la ricerca sul campo, non venduto, pertanto, come dispositivo medico. Sosteneva ancora la società americana che i termini e le condizioni del prodotto accettate dal ricorrente contenessero precise e chiare indicazioni sul trattamento dei dati personali - e quindi anche dei dati neurali - rilevati dal dispositivo, trattamento per il quale era stato espresso il consenso da parte dell'utente. Emotiv Inc. riferiva, pertanto, di non aver commesso alcuna violazione, né della Ley n. 19.628, né del più rigoroso Regolamento (UE) 2017/679 sulla protezione dei dati personali (GDPR). Con specifico riferimento al diritto alla cancellazione dei dati registrati (art. 13 Ley n. 19.628), infatti, la società affermava che il ricorrente non aveva mai avanzato alcuna richiesta in tal senso, né mai aveva risposto alle e-mail inviategli a tal fine.

Preso atto dei fatti illustrati, nella sentenza in commento, la Corte Suprema cilena in primo luogo fornisce una dettagliata ricostruzione della fattispecie oggetto di giudizio facendo espresso richiamo alla citata legge di modifica della Costituzione cilena, inquadrando in tal modo i fatti



di causa in un preciso dibattito internazionale che ha coinvolto diversi organismi sovranazionali (Unesco, OCSE, Organizzazione delle Nazioni Unite) preoccupati dello sviluppo non regolamentato di alcuni dispositivi – c.d. neurotecnologici – in grado di dare accesso all'attività cerebrale della persona. La Corte ribadisce pertanto la *ratio* della legge di modifica costituzionale - Ley n. 21.383 - diretta a tutelare la persona da uno sviluppo tecnologico incontrollato e lesivo dei diritti fondamentali, richiamando altri importanti testi internazionali che riconoscono il rapporto tra scienza e diritti umani (Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali; Dichiarazione dell'Unesco sulla scienza e l'uso della conoscenza scientifica; Dichiarazione delle Nazioni Unite sul Genoma Umano; Convenzione sulla Diversità Biologica; Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani dell'Unesco).

Fatta tale premessa, la Corte afferma due importanti principi di diritto. In primo luogo, viene precisato che, in relazione alla tutela della *privacy* del dato neurale – ovvero collegato all'attività cerebrale rilevata e registrata dal dispositivo – la tecnica dell'anonimizzazione degli stessi non legittima il titolare del trattamento a considerarli alla stregua di mere informazioni statistiche liberamente utilizzabili. Rigetta, pertanto, la Corte la posizione assunta dalla società Emotiv Inc. per cui una volta anonimizzati, i dati neurali diventano informazioni statistiche liberamente utilizzabili. Al contrario, la Corte precisa che a tal fine occorre il consenso esplicito dell'utente, che deve essere informato che i suoi dati possono essere utilizzati anche per finalità diverse, per le quali occorre un consenso espresso appunto. Diversamente, i dati non sono utilizzabili, non potendosi affermare che tale consenso possa essere considerato come tacitamente dato attraverso altri consensi o approvazioni date dalla persona in qualità di cliente o consumatore. Tale diverso trattamento dei dati, infatti, richiede un consenso specifico, oltre che espresso, che indichi anche lo scopo e l'obiettivo della ricerca corrispondente.

Tuttavia, il principio che appare di maggiore interesse – dalla portata dirompente rispetto al mercato dei prodotti neurotecnologici – è quello che va direttamente ad incidere sulla fase precedente la commercializzazione dei dispositivi in parola.

La Corte, infatti, afferma che lo sviluppo di nuove tecnologie che coinvolgono aspetti della persona umana, che fino a pochi anni fa era impensabile che potessero essere conosciuti, deve imporre una diversa valutazione dei dispositivi da parte delle autorità statuali, ciò anche laddove questi non siano

destinati all'utilizzo medico ma al mercato dei prodotti di consumo.

L'obiettivo, infatti, deve essere quello di prevenire e anticipare i possibili effetti negativi delle neurotecnologie sui diritti delle persone, andando queste ad invadere una dimensione un tempo assolutamente privata e personale, riservata all'ambito sanitario ovvero l'attività cerebrale, oggi aperta al mercato e alle sue logiche.

Nelle valutazioni operate dalla Suprema Corte, pertanto, ciò che appare assolutamente necessario è un controllo preventivo operato dalle competenti autorità sanitarie (la Corte fa riferimento per il Cile all'*Istituto di sanità pubblico*), provvedano ad operare gli opportuni controlli di dispositivi potenzialmente lesivi, prima della loro commercializzazione. In altre parole, le più ampie e rafforzate garanzie - e controlli – previsti per i dispositivi medici, devono essere estese anche ai dispositivi destinati al mercato dei prodotti di consumo. A tale controllo, precisa la Corte, deve aggiungersi anche quello dell'autorità doganale cilena, competente ad emettere il relativo Certificato di Destinazione Doganale.

Per tutti questi motivi, la Suprema Corte cilena, in applicazione dell'articolo 19, numeri 1, 4 e 6, della Costituzione accoglie il ricorso e ordina alla società Emotiv Inc. di cancellare tutte le informazioni memorizzate nel suo *cloud* o nei suoi portali in relazione all'uso del dispositivo da parte del ricorrente.

L'importanza di tale sentenza, pertanto, rileva non solo perché destinata ad orientare la giurisprudenza ben oltre i confini cileni, se si considera che in nessun altro ordinamento giuridico è allo stato entrata in vigore una specifica disciplina normativa che tuteli la persona da intrusioni non autorizzate nella propria attività cerebrale e sui relativi dati che la rappresentano. La sentenza in parola rappresenta, altresì, un importante stimolo per l'interprete, per riflettere sul modo in cui la tecnologia deve essere regolamentata dal legislatore.

Il secondo principio espresso dalla Corte, infatti, mette in guardia dai pericoli insiti in dispositivi tecnologici le cui funzionalità spesso sfuggono non solo agli utenti finali ma agli stessi progettisti e produttori. Ciò sembra confermato dallo stesso legislatore europeo che nella Proposta di Regolamento Europeo che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (c.d. AI Act) nel testo di compromesso con relativi emendamenti del Parlamento europeo, approvati il 14 giugno 2023 (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106 (COD)), prevede un'articolata disciplina dei sistemi di IA di riconoscimento delle

emozioni, che prevede, nell'art. 5, il divieto di commercializzazione e di uso in determinati casi (nella bozza attuale si tratta dei seguenti 4 campi: applicazione della legge, gestione delle frontiere, istituti di insegnamento e luoghi di lavoro) e nella generalità degli altri casi li assoggetta al test previsto dall'articolo 6, paragrafo 2 che qualifica come sistemi “ad alto rischio” quei sistemi di IA rientranti tra le previsioni dell'Allegato III che **“presentano un rischio significativo di danno per la salute umana, la sicurezza e i diritti fondamentali delle persone fisiche”**. Nell'Allegato III sono espressamente previsti i **“sistemi di AI destinati ad essere utilizzati per trarre conclusioni sulle caratteristiche personali delle persone fisiche sulla base di dati biometrici o basati su elementi biometrici, compreso i sistemi di riconoscimento delle emozioni, ad eccezione di quelli di cui all'articolo 5”**. Nel testo della bozza di AI Act in commento, i sistemi di IA di rilevamento delle emozioni sono così definiti: “un sistema di IA finalizzato all'identificazione o alla deduzione di emozioni, pensieri, stati d'animo o intenzioni di individui o gruppi sulla base dei loro dati biometrici e basati su elementi biometrici”.

I dispositivi neurotecnologici del tipo di quelli oggetto della sentenza in parola, commercializzati sul territorio dell'Unione Europea, laddove rientranti nella definizione di sistemi di IA, potrebbero ragionevolmente includersi tra i **“sistemi ad alto rischio”** laddove il Regolamento Europeo entrasse in vigore nella sua attuale formulazione. Ciò in considerazione del forte impatto negativo di tali sistemi sui diritti fondamentali delle persone e, nella specie, sulla *privacy* e integrità della sfera mentale dell'utilizzatore. Inoltre, la loro commercializzazione ed uso sarebbe vietata nei sopradetti quattro ambiti di applicazione.

Su tale considerazione si innesta la possibilità di mettere in evidenza la parte più rilevante della sentenza della Suprema Corte del Cile. Questa, infatti, sembra accendere un faro sulla tutela della persona che deve necessariamente costruirsi con interventi *ex ante* e non *ex post*. È necessario, in tale ambito, infatti, pensare a sistemi di controllo preventivi delle tecnologie che non siano autoreferenziali, mere dichiarazioni provenienti dalle stesse aziende produttrici il cui unico interesse è quello di immettere il prodotto sul mercato per finalità sicuramente differenti dalla (o comunque non esclusivamente coincidenti con la) tutela della persona. Il controllo deve, pertanto, essere operato da organismi di valutazione autonomi ed indipendenti, con l'obiettivo di valutare nel lungo periodo – non soltanto nel momento in cui il prodotto viene immesso sul mercato – quali

potranno essere prospetticamente i rischi prodotti dal dispositivo, in modo da poterli eliminare. Tali valutazioni, inoltre, dovrebbero essere operate durante la fase di progettazione e non a processo ultimato, per evitare che in caso di esito negativo dei controlli si crei un diverso problema di gestione di dispositivi che devono necessariamente essere dismessi, ponendo un evidente questione di sostenibilità della tecnologia prodotta.

Su questo punto, si tratterà di vedere quale sarà il testo finale dell'AI Act (se sarà alla fine emanato, in esito ai triloghi ancora da svolgersi in questo ultimo scorcio di anno) posto che sarebbe certamente insufficiente un sistema di gestione e mitigazione del rischio derivante dai sistemi di IA che lasciasse ai fornitori (soggetti che sviluppano o fanno sviluppare un sistema di AI al fine di immetterlo sul mercato) la libertà di scegliere le misure più adeguate a far fronte ai rischi. La fattispecie oggetto del giudizio innanzi alla Suprema Corte del Cile, sopra riassunto, stimola perciò senz'altro verso la creazione di una disciplina legislativa e l'elaborazione di soluzioni ermeneutiche, idonee a garantire, anche in Europa, adeguate tutele nei confronti del fenomeno del ‘dominio della mente’, nel senso della elaborazione di: (a) norme e soluzioni applicative che assicurino una tutela dell'individuo-utente finale nel caso di utilizzo di dispositivi neurotecnologici progettati per usi anche al di fuori del contesto medico: (b) una disciplina normativa in grado di orientare la progettazione e produzione di dispositivi neurotecnologici con efficienti misure di controllo e certificazione da parte di soggetti indipendenti.

In questo senso, i principi espressi dalla Corte cilena, e dalla riferita legge cilena di riforma costituzionale, in quanto orientati alla protezione dell'integrità psicofisica della persona, e al divieto di utilizzo non consentito dei dati neurali connessi all'attività cerebrale, sono senz'altro di stimolo anche per la riflessione e l'elaborazione dell'erigendo diritto dei dati nel contesto europeo.

ANNA ANITA MOLLO

<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>

<https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2023/08/GIRARDICONEMOTIVSUPREMA.pdf105.065-2023.pdf>

2023/3(13)EWDM



La sentenza della Corte Costituzionale del 27.7.2023 sul valore di corrispondenza dei messaggi whatsapp e email

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 170 del 27 luglio 2023, ha dichiarato che la Procura di Firenze non poteva acquisire, senza preventiva autorizzazione del Senato, messaggi di posta elettronica e whatsapp di un noto parlamentare, o a lui diretti, conservati in dispositivi elettronici appartenenti a terzi, oggetto di provvedimenti di sequestro nell'ambito di un procedimento penale a carico dello stesso parlamentare e di terzi.

Esclusa l'ipotesi di considerare tali messaggi all'interno della disciplina delle intercettazioni per carenza dei requisiti, la Corte è convinta che lo scambio di messaggi elettronici – mail, sms, whatsapp e simili – rappresenti una “forma di corrispondenza” e, pertanto, tutelabile ai sensi e per gli effetti degli artt. 15 e 68, co. 3, cost.

Movendo dalla convinzione che il concetto di “corrispondenza” sia “ampiamente comprensivo”, «atto ad includere ogni comunicazione di pensiero umano (idee, propositi, sentimenti, dati) tra due o più persone, attuato in modo diverso dalla conversazione in presenza», ritiene che la tutela contenuta nell'art. 15 cost., che assicura a tutti i consociati la libertà e la segretezza “della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione”, consentendo limitazioni solo “per atto motivato dell'autorità giudiziaria e con le garanzie stabilite dalla legge”, prescindendo dai mezzi tecnici utilizzati.

Ne consegue che, secondo il giudice delle leggi, i messaggi di posta elettronica e quelli whatsapp (appartenenti ai sistemi di “messaggistica istantanea”), sono del tutto simili a lettere e biglietti chiusi, tutelabili *ex art.* 15 cost. La riservatezza della comunicazione, che tradizionalmente è garantita nell'inserimento del plico cartaceo o del biglietto in una busta chiusa, sarebbe assicurata, per la posta elettronica, dal fatto che “viene inviata a una specifica casella di posta, accessibile solo dal destinatario tramite codici personali di accesso”, e, per i messaggi whatsapp, dal fatto che rimangono accessibili “solo al soggetto che abbia concretamente la disponibilità del dispositivo elettronico di destinazione, protetto anch'esso da codici di accesso o altri meccanismi di identificazione”.

Nonostante l'art. 15 cost. si riferisca anche alle “altre forme di comunicazione”, oltre alla corrispondenza, e l'art. 68, comma 3, cost., invece, si riferisca solo alla corrispondenza, la corte ritiene

che i due concetti si relazionino in termini di *species ad genus*, per orientamento costante.

Pertanto, la nozione di “corrispondenza”, utilizzata dal testo costituzionale senza alcuna ulteriore specificazione, appare “sufficientemente ampia” da ricomprendere anche le forme di scambio del pensiero tramite la messaggistica istantanea e la posta elettronica, che altro non sono se non «“versioni contemporanee” della classica corrispondenza epistolare e telegrafica».

Diversamente, si determinerebbe una forte compressione della libertà di espressione di una persona, parlamentare o meno, poiché, in tale momento storico, la corrispondenza cartacea è di fatto relegata ad un ruolo del tutto marginale.

Il giudice delle leggi ritiene, altresì, che simili messaggi mantengano la natura di “corrispondenza” anche dopo che siano stati ricevuti e/o conservati nella memoria dei dispositivi elettronici, purché conservino carattere di “attualità” e “interesse” per i corrispondenti.

Soltanto «quando il decorso del tempo o altra causa abbia trasformato il messaggio in un documento “storico”, cui possa attribuirsi esclusivamente un valore retrospettivo, affettivo, collezionistico, artistico, scientifico e probatorio», allora si perderebbe l'attualità e quindi la natura di corrispondenza.

Del resto, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha da tempo ricondotto, all'interno dell'art. 8 CEDU, sia i messaggi di posta elettronica e whatsapp inviati, ma non ancora letti sia quelli già ricevuti, letti ed archiviati nella memoria dei dispositivi elettronici.

Alla critica che tale soluzione potrebbe determinare “incertezze applicative”, non potendo l'autorità giudiziaria conoscere *a priori* se il messaggio conservi attualità o meno, la Corte costituzionale precisa che tale carattere «deve sempre presumersi fino a prova contraria», ossia fino a quando i messaggi siano scambiati ad una distanza di tempo non particolarmente significativa rispetto al momento in cui l'autorità giudiziaria dovesse procedere ad acquisirli.

ETTORE WILLIAM DI MAURO

https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:2023:170

2023/3(14)FG

Le modifiche alla legge italiana sul diritto d'autore per il contrasto della pirateria online (L. 93/2023)

608

L'Italia ha adottato misure di contrasto alla pirateria online con l'approvazione della L. 14 luglio 2023, n. 93 - pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 171 del 24 luglio 2023 ed entrata in vigore l'8 agosto u.s. - avente ad oggetto 'Disposizioni per la prevenzione e la repressione della diffusione illecita di contenuti tutelati dal diritto d'autore mediante le reti di comunicazione elettronica'.

La legge è costituita da sette articoli che si pongono l'obiettivo di rafforzare la tutela del diritto d'autore sulle piattaforme digitali, cercando di prevenire e limitare la distribuzione illegale di contenuti protetti sia con l'introduzione di disposizioni cogenti sia con l'attribuzione di nuovi poteri all'Autorità Garante per le Comunicazioni (AGCOM). Le nuove azioni di contrasto alla pirateria introdotte dal legislatore italiano dovranno essere lette in combinato disposto con le disposizioni europee, relative all'operato degli intermediari digitali, introdotte col Regolamento (UE) 2022/2065 (Digital Services Act).

La lotta alla pirateria online prevede il coinvolgimento di tutti gli stakeholder della filiera (i.e. titolari dei diritti, licenziatari, AGCOM, Internet Service Providers) che dovranno collaborare per contrastare un fenomeno che solo nel 2022 ha fatto registrare circa 345 milioni di atti illeciti, anche grazie all'Internet Protocol Television (IPTV) e al cd. camcording (ossia la distribuzione online di contenuti cinematografici registrati all'interno di una sala cinematografica), con un incremento di 30 milioni rispetto all'anno precedente (sport live + 26%; programmi tv + 20%; serie/fiction + 15%, dati Fapav-Ipsos, 'Report sulla Pirateria Audiovisiva in Italia 2022').

L'art. 1 della Legge elenca i "Principi" che permeano le nuove disposizioni normative, giustificando l'ampliamento dei poteri di AGCOM nonché l'irrigidimento delle sanzioni, e previsti in attuazione degli articoli 41 e 42 della Costituzione, dell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e della Convenzione sulla protezione e la promozione delle diversità delle espressioni culturali. In particolare, vi è il riconoscimento, la tutela e la promozione della proprietà intellettuale, la tutela del diritto d'autore, l'assicurazione di forme di sostegno alle imprese, agli autori, agli artisti e ai creatori, la individuazione di forme di responsabilizzazione nei confronti degli intermediari di rete.

Sulla base dei Principi sopra richiamati, l'art. 2, co. 1, attribuisce all'AGCOM il potere di ordinare ai

prestatori di servizi, compresi i prestatori di accesso alla rete, di disabilitare l'accesso a contenuti diffusi in maniera illecita, anche adottando a tal fine provvedimenti cautelari in via d'urgenza. Al fine di rendere la norma immediatamente operativa ed in linea con quanto previsto dall'art. 6, co. 1 della stessa, l'AGCOM ha approvato nella seduta del 26 luglio 2023, con delibera n. 189/23/CONS, le modifiche al Regolamento sul diritto d'autore online (approvato con Delibera n. 680/13/CONS), inserendo la possibilità di emanare le cd. 'ingiunzioni dinamiche'.

Il ricorso all'ingiunzione dinamica trova la sua collocazione nell'ambito della Comunicazione del 29 novembre 2017 della Commissione UE ('Communication from the Commission to the Institutions on Guidance on certain aspects of Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council on the enforcement of intellectual property rights', consultabile al link <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/26582>), contenente le linee guida per l'interpretazione di alcuni aspetti della c.d. Direttiva enforcement (Direttiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea L 157 del 30 aprile 2004), i cui artt. 9 e 11 rappresentano la base normativa delle ingiunzioni dinamiche, in quanto ne disciplinano gli aspetti legati alle misure inibitorie, cautelari e non.

Con tali misure, l'Autorità potrà intervenire interrompendo la diffusione pirata di tutti gli eventi trasmessi in diretta, disabilitando l'accesso ai contenuti pirata nei primi 30 minuti della trasmissione dell'evento con il blocco della risoluzione DNS dei nomi di dominio e il blocco dell'instradamento del traffico di rete verso gli indirizzi IP univocamente destinati ad attività illecite. Da sottolineare come l'art. 2 co. 2 preveda che l'Autorità, sempre nell'ambito dello stesso provvedimento e con lo scopo di impedire l'accesso agli stessi contenuti e a contenuti della stessa natura, possa anche ordinare il blocco di ogni altro futuro nome di dominio, sotto dominio o indirizzo IP, a chiunque riconducibili, comprese le variazioni del nome o della semplice declinazione o estensione (cosiddetto top level domain), che consenta l'accesso ai medesimi contenuti diffusi abusivamente e a contenuti della stessa natura. Sempre l'art. 2 (al comma 3), affronta anche le fattispecie in cui i contenuti siano diffusi per la prima volta o trasmessi in diretta: i cd. casi gravi e urgenti. In questi casi, a fronte dell'istanza che deve essere presentata dal titolare o licenziatario del diritto o dalla società di gestione collettiva alla quale sia stato conferito il mandato o, infine, da un



soggetto appartenente alla categoria dei “segnalatori attendibili” (v. art. 22(2) del Digital Services Act), l’AGCOM può emettere un provvedimento cautelare, ordinando ai prestatori di servizi di disabilitare l’accesso ai contenuti illeciti mediante il blocco di dominio e degli indirizzi IP e ciò anche in assenza di un contraddittorio con la controparte: nell’ipotesi di trasmissione in diretta, il suddetto provvedimento deve essere adottato, notificato ed eseguito prima o, al massimo, nel corso della stessa; se invece i contenuti non siano trasmessi in diretta, occorre agire nel corso della loro prima trasmissione. I provvedimenti di disabilitazione sono altresì trasmessi alla Procura della Repubblica che, su richiesta dell’AGCOM, deve ricevere altresì il riscontro delle attività eseguite da parte dei destinatari degli stessi. La mancata osservanza delle disposizioni dell’AGCOM (art. 5) comporterà l’applicazione da parte della stessa Autorità della sanzione amministrativa prevista dall’art.1, co. 31, terzo periodo della l. 31 luglio 1997, n. 249, pari ad euro diecimila fino al 2% del fatturato realizzato nell’ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notifica della contestazione.

La nuova normativa (art. 3) al fine di individuare alcune misure per combattere la pirateria cinematografica, audiovisiva e editoriale, introduce sia alcune modifiche agli articoli 171-ter e 174-ter della legge 641/1933 (LDA) sia all’articolo 131-bis del codice penale. Con tali modifiche viene previsto un nuovo reato per coloro che, a fini di lucro, effettuino in maniera abusiva la fissazione dei contenuti digitali, audio, video o audiovisivi, in tutto o in parte, di un’opera cinematografica, audiovisiva o editoriale (anche secondo il dettato dell’art. 85-bis, co. 1, del R.D. 773/1931 - Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza), ovvero, riproducano, eseguano o comunichino al pubblico della fissazione eseguita in maniera illecita. A sostegno di tali modifiche, la sanzione amministrativa, prevista dall’art. 174-ter, co. 2 LDA, a carico degli utenti che usufruiscono dei contenuti trasmessi sui siti-pirata, viene aumentata fino a 5.000 euro.

A sostegno degli interventi previsti ed al fine di sensibilizzare gli utenti sul valore della proprietà intellettuale e con l’obiettivo di contrastare l’abusivismo, la diffusione illecita e la contraffazione dei contenuti tutelati dal diritto d’autore, l’articolo 4 prevede la collaborazione fra il Ministero della Cultura, la Presidenza del Consiglio dei Ministri e l’AGCOM, per organizzare delle specifiche campagne di informazione, comunicazione e sensibilizzazione.

A carico dell’AGCOM (art. 6), oltre alle modifiche al regolamento in materia di tutela al diritto d’autore (già approvato nella seduta del 26 luglio 2023: si veda sopra), è prevista altresì la convocazione di un tavolo tecnico con gli operatori del settore per definire quali siano i requisiti tecnici per consentire la disabilitazione dei nomi di dominio e degli indirizzi IP, attraverso un’unica piattaforma (da realizzare entro sei mesi dalla convocazione del tavolo tecnico) ed i cui costi di realizzazione (art. 7) saranno a carico dei titolari di diritti delle opere cinematografiche, audiovisive e musicali, programmi televisivi ed eventi sportivi, dei fornitori di servizi di media e degli organismi di gestione collettiva e delle entità di gestione indipendenti di cui all’articolo 2 del decreto legislativo 15 marzo 2017, n. 35.

In data 7 settembre 2023 si è tenuta la riunione di insediamento del tavolo tecnico convocato da AGCOM, in collaborazione con l’Agenzia per la cybersicurezza nazionale, e con la partecipazione delle rappresentanze della Guardia di Finanza e della Polizia Postale presso l’Autorità, del Ministero delle Imprese e del Made in Italy, degli Internet Service Provider e dei titolari dei diritti.

Nel corso dell’incontro, è stato anche discusso il calendario delle attività finalizzate alla conclusiva messa in opera della piattaforma tecnologica unica (“Piracy Shield”) che consentirà ai titolari di segnalare le violazioni e agli ISP di provvedere al blocco delle risorse pirata.

FRANCESCO GROSSI

<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2023/07/24/171/sg/pdf>

2023/3(15)RA

Il provvedimento dell’AGCM del 18.7.2023 sugli impegni di Google relativi alla portabilità dei dati personali

Nella sua adunanza del 18 luglio 2023, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (l’“Autorità” o “AGCM”) ha deliberato di rendere obbligatori per Alphabet Inc., Google LLC, Google Ireland Ltd e Google Italy S.r.l., taluni impegni presentati da tali società (collettivamente “Google”) ai sensi dell’art. 14-ter, comma 1 della legge n. 287/1990, chiudendo il procedimento da essa avviato senza accertare alcuna infrazione dell’art. 102 TFUE da parte loro.

| 610

Il provvedimento dell'Autorità trae origine dalla vicenda che segue.

Il 5 luglio 2022, l'AGCM ha avviato – su segnalazione di Hoda S.r.l. (società, con sede a Milano, attiva nell'intermediazione di dati personali attraverso l'App denominata “Weople”) – un'istruttoria ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/1990 nei confronti di Google, per accertare eventuali violazioni dell'articolo 102 del TFUE, consistenti in ostacoli frapposti dalla società che controlla il noto motore di ricerca all'individuazione di adeguati meccanismi di interoperabilità volti a rendere disponibili i dati presenti su Google a piattaforme alternative. In particolare, Hoda ha rappresentato di aver avviato, fin dal 2019, contatti con Google per l'individuazione di meccanismi di interoperabilità che consentissero agli utenti della piattaforma “Weople” di trasferire su tale piattaforma, ai sensi dell'articolo 20 del GDPR (dedicato al “Diritto alla portabilità dei dati”), i dati presenti nell'ecosistema Google. Tuttavia, a fronte di tali richieste, Google avrebbe rappresentato che l'unico servizio che essa rende disponibile ai propri utenti per richiedere e ottenere una copia dei loro dati è rappresentato da “Takeout”: una procedura che, risultando estremamente articolata e complicata, scoraggerebbe l'esercizio da parte degli utenti della portabilità dei dati.

Secondo Hoda, la condotta di Google, nel pregiudicare l'esercizio da parte dell'utente finale del diritto alla portabilità dei dati stabilito dal menzionato art. 20 del GDPR, si risolverebbe in un indebito sfruttamento da parte della stessa Google dei consumatori finali nella misura in cui determina una limitazione dei benefici che i consumatori potrebbero trarre dalla valorizzazione dei loro dati personali, ciò tenuto conto che Google detiene una posizione dominante nel mercato della pubblicità *search* radicata proprio sui dati di cui esso dispone, che – per volume e varietà – consentono una profilazione degli utenti così qualificata da rendere irripetibile la capacità di Google di ritagliare su misura gli spazi pubblicitari in base al *target* degli inserzionisti (v. decisione della Commissione del 20 marzo 2019, caso AT.40411 – *Google Search-Ad Sense* – <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52020AT40411%2803%29>). Basti pensare che, nel mercato per la offerta di servizi generali di ricerca, Google detiene una quota di mercato – a livello italiano – pari al 95%.

A seguito delle ispezioni dell'Autorità, della presentazione delle osservazioni delle Parti e delle relative audizioni, il 28 febbraio 2023 Google ha presentato taluni impegni ai sensi dell'art. 14-ter della legge n. 287/1990 e l'AGCM, verificata la

loro non manifesta infondatezza, ne ha disposto la pubblicazione.

In particolare, al fine di rispondere alle preoccupazioni concorrenziali rappresentate dall'Autorità, Google ha presentato un pacchetto di tre impegni: due di tali impegni prospettano soluzioni integrative del servizio “Takeout” volte a facilitare l'esportazione dei dati verso operatori terzi; il terzo impegno offre la possibilità di iniziare a testare – prima del rilascio ufficiale – una nuova soluzione di portabilità diretta dei dati da servizio a servizio, che Google metterà a disposizione di operatori terzi, autorizzati da un utente finale i cui dati sono stati oggetto della richiesta di portabilità relativa a taluni prodotti di Google.

Alla consultazione pubblica su tali impegni, avviata in data 22 marzo 2023, hanno partecipato tre imprese (la società denunciante Hoda, Mediaset ed ErnieApp Ltd) e due associazioni di imprese (il Consorzio Netcomm - e la Computer & Communications Industry Association - CCIA), nonché l'istituto per le Politiche dell'innovazione e la Fondazione Italia Digitale. Tali soggetti hanno fornito un riscontro sostanzialmente positivo rispetto al pacchetto complessivo di impegni presentato da Google, evidenziando solo la necessità di alcuni puntuali miglioramenti e ampliamenti dei medesimi.

Il 22 maggio 2023, Google ha replicato alle osservazioni presentate nella consultazione pubblica, rilevando come i contributi degli *stakeholder* hanno confermato, nel loro complesso, che gli impegni rispondono alle preoccupazioni espresse dall'Autorità e ha provveduto a integrare gli impegni presentati.

Secondo l'Autorità, gli impegni presentati da Google appaiono idonei a far venir meno i profili anticoncorrenziali relativi alle condotte contestate nel provvedimento di avvio dell'istruttoria. Essi, infatti, garantendo un'importante automatizzazione della procedura allo stato disponibile per l'esportazione dei dati (“Takeout”), appaiono idonei a consentire agli utenti l'esercizio del diritto alla portabilità consacrato nell'articolo 20 del GDPR; essi inoltre approssimano al meglio un meccanismo di interoperabilità atto a rendere accessibili a piattaforme terze i dati che sono disponibili nella piattaforma di Google. Di tale meccanismo utenti e operatori terzi potranno avvalersi fino al rilascio da parte di Google di una soluzione di portabilità diretta da servizio a servizio; rilascio che, secondo quanto indicato dalle stesse società Google, avverrà nel primo trimestre del 2024.

RICCARDO ALFONSI



<https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2023/7/A552->

2023/3(16)TDMCDV

L'intesa tra il governo USA e i “giganti” dell'Intelligenza Artificiale del 21.7.2023 e del 12.9.2023 su safety, security e trust della IA generativa

Il 21 luglio 2023 il governo USA ha raggiunto un accordo con i principali sviluppatori di Intelligenza Artificiale (IA), cd. “giganti” dell'IA, con cui questi ultimi hanno assunto un impegno volontario e non giuridicamente vincolante (“*voluntary AI commitments*”) ad agire in maniera responsabile e ad assicurare che i prodotti che essi mettono a disposizione del pubblico siano sicuri e trasparenti. L'intesa – siglata inizialmente da Amazon, Anthropic, Google, Inflection, Meta, Microsoft e OpenAI, cui il successivo 12 settembre si sono aggiunte le firme di Adobe, Cohere, IBM, Nvidia, Palantir, Salesforce, Scale AI e Stability – rappresenta solo una parte della più ampia politica dell'amministrazione Biden-Harris, la quale ha dichiarato l'impegno a continuare a intraprendere azioni esecutive e a perseguire una legislazione che permetta agli USA di essere leader nell'innovazione responsabile e di sfruttare le potenzialità e, allo stesso tempo, gestire i rischi creati dall'IA. Infatti, il raggiungimento di questo accordo rappresenta – secondo le dichiarazioni ufficiali del Governo USA – solo il primo passo verso la creazione di obblighi giuridicamente vincolanti per gli sviluppatori di IA negli USA, il che richiederà l'adozione di nuove leggi, sistemi di sorveglianza ed *enforcement*.

Con l'adesione all'intesa le imprese assumono l'impegno di incorporare tre principi fondamentali all'interno delle proprie attività di sviluppo e di impiego di tecnologie di IA: *safety, security, trust*. L'accordo si riferisce in particolare alla cd. IA generativa, cioè quella capace di generare testi, immagini, video, musica o altri contenuti in base alle specifiche richieste. Infatti, l'ambito di applicazione dell'intesa viene esplicitamente circoscritto a tali modelli di IA, precisando che, quando gli specifici impegni menzionano modelli particolari, essi si applicano solo ai modelli generativi che sono complessivamente i più potenti del settore, come GPT-4, Claude 2, PaLM 2, Titan e DALL-E 2.

L'accordo prevede otto categorie di impegni specifici suddivisi in base alle parole chiave sopra riportate.

Il requisito della “*safety*” si riferisce all'obbligo delle imprese di accertarsi della sicurezza dei propri prodotti prima di immetterli sul mercato. La sicurezza, in questo caso, attiene alla necessità di testare le capacità dei sistemi di IA in modo da valutare i loro potenziali rischi biologici, di cybersicurezza e sociali, rendendo pubblici i risultati di tali valutazioni. Rientra nell'ambito dei test sulla sicurezza lo specifico impegno (1) ad investire nello sviluppo dei cd. *red teaming* interni ed esterni, vale a dire una metodologia di test che implica la simulazione di attacchi informatici, anche da parte di società esterne ed esperte, finalizzati a identificare e colmare le eventuali lacune di cybersicurezza, tenendo in considerazione una serie di rischi come quelli biologici e chimici legati al potenziale impiego di sistemi di IA nella progettazione e nell'uso di armi, ovvero rischi sociali come quelli collegati ai *bias* e alle possibili discriminazioni. Inoltre, la sicurezza dei sistemi di IA generativa include l'impegno (2) alla condivisione di informazioni tra imprese, amministrazioni, società civile e accademia, in merito ai rischi per la fiducia e la sicurezza, alle capacità pericolose o emergenti dei sistemi e ai tentativi di eludere misure di sicurezza, tanto attraverso la creazione o la partecipazione a forum o ad altri meccanismi attraverso cui sviluppare, adottare e diffondere standard condivisi e *best practices* per la sicurezza dell'IA.

Il requisito della “*security*” – che in questo caso attiene a profili di “protezione” o “difesa” – richiede di salvaguardare i modelli contro le minacce informatiche e interne, nonché di condividere gli standard per prevenire gli abusi, ridurre i rischi per la società e proteggere la sicurezza nazionale. In particolare, le imprese si impegnano (3) a proteggere la proprietà intellettuale dei propri modelli di IA, con particolare riguardo ai cd. “pesi” dei modelli, ovverosia quei parametri numerici appresi dal modello durante l'addestramento e che sono essenziali per il suo funzionamento in quanto determinano il livello di influenza dell'*input* sull'*output* prodotto. L'accordo prevede, dunque, l'impegno a trattare i modelli non ancora rilasciati come un elemento centrale della proprietà intellettuale dell'impresa, limitando l'accesso a tali modelli solamente al personale le cui funzioni lo richiedono ed elaborando un robusto programma di rilevamento delle minacce interne. Inoltre, tale dimensione di sicurezza richiede di conservare e lavorare con i modelli in un ambiente fornito di adeguata protezione per ridurre il rischio di rilasci non autorizzati. Rientra, ancora, nell'ambito della *security* l'impegno (4) a incentivare terze parti a

segnalare problemi e vulnerabilità del sistema di IA, anche attraverso l'impiego di programmi cd. “*bug bounty*”, ossia accordi tra sviluppatori che prevedono un sistema di ricompense per gli individui che riconoscono e segnalano un *bug* del sistema.

612 Il requisito della fiducia (“*trust*”) include il maggior numero di impegni specifici, tutti volti alla creazione di sistemi di IA che ispirino fiducia nel pubblico tanto con riguardo alla loro trasparenza, quanto rispetto alla qualità dei risultati attesi dal loro utilizzo. In questo senso, i giganti dell’IA si impegnano (5) a sviluppare e implementare meccanismi che consentano agli utenti di capire se i contenuti audiovisivi sono stati generati dall’IA, anche attraverso sistemi di *provenance* – ossia “provenienza autenticata”, modelli di fiducia algoritmici impiegati soprattutto in ambito *blockchain* – e/o di *watermarking* – cioè l’inserimento di una “filigrana” elettronica all’interno di file audiovisivi che permette di distinguere i contenuti reali da quelli realizzati dall’IA – fatta eccezione per quei contenuti facilmente distinguibili da quelli reali o progettati proprio per essere distinti da questi ultimi, come nel caso delle voci degli assistenti vocali. A tale scopo, i dati di *provenance* e di *watermark* dovrebbero includere un identificativo del servizio o del modello che ha creato il contenuto, ma non le informazioni che permettono di identificare il suo utente. La fiducia nei sistemi di IA include, poi, l’impegno (6) a pubblicare report contenenti le valutazioni sulle capacità e i limiti dei modelli, così come i loro ambiti di utilizzo appropriati e non, includendo discussioni circa i loro rischi sociali, al fine di garantire agli utenti interazioni consapevoli con i sistemi. In questo senso, le imprese si impegnano anche (7) a dare la priorità alla ricerca finalizzata a ridurre i rischi sociali generati dall’IA, in modo da evitare gli effetti di *bias* dannosi e discriminazioni, nonché proteggere la privacy degli individui e tutelare soggetti vulnerabili, come i bambini. Infine, l’intesa prevede l’impegno (8) a sviluppare e diffondere sistemi di IA all’avanguardia per contribuire ad affrontare le sfide più importanti della società, tra cui il cambiamento climatico, la diagnosi tempestiva e la prevenzione del cancro e le minacce informatiche. In aggiunta, le imprese si impegnano a sostenere iniziative che promuovano l’istruzione e la formazione di studenti e lavoratori per trarre concreto vantaggio dai benefici dell’IA e aiutare i cittadini a comprendere la natura, le capacità, i limiti e l’impatto di questa tecnologia.

TOMMASO DE MARI CASARETO DAL VERME

<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2023/07/21/fact-sheet-biden-harris-administration-secures-voluntary-commitments-from-leading-artificial-intelligence-companies-to-manage-the-risks-posed-by-ai/> (21 luglio 2023);

<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2023/09/12/fact-sheet-biden-harris-administration-secures-voluntary-commitments-from-eight-additional-artificial-intelligence-companies-to-manage-the-risks-posed-by-ai/> (12 settembre 2023)

2023/3(17)FG

L’opinion del 18.8.2023 (e il collegato provvedimento) del Giudice Howell del District of Columbia nel caso Thaler su IA generativa e copyright

In data 18 agosto 2023 il giudice Beryl A. Howell della corte distrettuale della Columbia ha confermato il provvedimento di rigetto dello United States Copyright Office (USCO) relativamente a una domanda di registrazione di un’opera figurativa (‘A Recent Entrance to Paradise’) creata interamente con un sistema di intelligenza artificiale generativa.

La domanda di registrazione era stata depositata dal dr. Stephen Thaler, proprietario del software, presso l’USCO, in data 3 novembre 2018.

L’USCO si è pronunciata in senso negativo in data 12 agosto 2019 e 23 settembre 2019 e il suo Review Board (responsabile dell’esame dei ricorsi amministrativi presentati da un richiedente in caso di doppio rifiuto di registrazione dell’opera dell’Ufficio) è intervenuto in tal senso in data 14 febbraio 2022 - tale approccio è stato successivamente confermato in data 21 febbraio 2023 relativamente alla registrazione di una graphic novel (“Zarya of the Dawn”) creata dal sistema di IA ‘Midjourney’.

A differenza di quanto accaduto per ‘Zarya of the Dawn’, il richiedente ha però rivelato immediatamente nella domanda, che l’immagine era il risultato di un sistema di intelligenza artificiale (‘The Creativity Machine’); il dr. Thaler ha indicato ‘The Creativity Machine’ quale autore dell’opera e indicato se stesso come richiedente, chiarendo di essere autorizzato a presentare la domanda in qualità di proprietario del sistema di IA.

La richiesta di registrazione del dr. Thaler si inserisce nell’ambito della campagna internazionale



di depositi di brevetto e ricorsi (“Artificial Inventor Project”) avviata dallo stesso Thaler a partire dal 2018, per sostenere la tesi che un sistema di intelligenza artificiale debba poter essere designato come inventore in una domanda di brevetto e, nel caso, della Creativity Machine quale autore.

A seguito del rigetto della domanda, il dr. Thaler ha impugnato la decisione di fronte alla Corte Distrettuale Territoriale Federale per il Distretto della Columbia, citando in giudizio sia l’USCO sia Shira Perlmutter, in qualità di direttrice dell’USCO stessa.

Thaler ha chiesto alla Corte distrettuale di adottare un provvedimento che imponesse all’USCO sia di annullare la decisione del Review Board e sia di ripristinare la domanda di registrazione dell’opera, ritenendo il rigetto dell’agenzia “*arbitrario, capriccioso, un abuso di discrezionalità, non conforme alla legge, non supportato da prove sostanziali*”.

Thaler ha affermato che la normativa americana sul Copyright consente di proteggere le opere generate dall’intelligenza artificiale come avviene per le società e le altre persone giuridiche e non esiste giurisprudenza che giustifichi il diniego dell’USCO; Thaler ha sostenuto, inoltre, che il requisito dell’originalità abbia una soglia generalmente bassa. Un’altra argomentazione avanzata da Thaler è che l’opera potrebbe essere classificata secondo la dottrina del ‘work for hire’. Nel Complaint, Thaler riconosce la correttezza dell’argomentazione di risposta del Review Board secondo cui un’IA non è un dipendente o un appaltatore indipendente che può stipulare un contratto; tuttavia, Thaler sostiene che il sistema di IA si comporti funzionalmente come tale, e quindi le dovrebbe essere riconosciuto uno status simile.

La Corte Distrettuale ha precisato che la paternità umana è un requisito fondamentale del copyright negli Stati Uniti (“*Human authorship is a bedrock requirement of copyright*”), confermando quanto già affermato dall’USCO.

La “fissazione” dell’opera nel supporto tangibile deve essere effettuata “*dall’autore o sotto la sua autorità*”, per poter beneficiare del diritto d’autore, quindi, un’opera deve avere un “*autore*”.

Pur non essendo definito il termine “autore” nel Copyright Act, la Corte evidenzia che va inteso nell’accezione di “*colui che è la fonte di una qualche forma di lavoro intellettuale o creativo*”.

Secondo il Copyright Act, un’opera tutelabile deve avere un autore con capacità di lavoro intellettuale, creativo o artistico. Tale autore secondo la Corte deve essere un essere umano e il requisito della

paternità umana è stato dato per assodato negli scorsi secoli.

La Corte distrettuale richiama giurisprudenza nota per giustificare l’assunto:

- in “*Sarony*”, 111 U.S.; “*Mazer v. Stein*”, 347 U.S. 201 (1954) e “*Goldstein v. California*”, 412 U.S. 546 (1973), la paternità si focalizza su atti della creatività umana.
- In “*Urantia Found. v. Kristen Maaherra*”, 114 F.3d 955, 958–59 (9th Cir. 1997); “*Penguin Books U.S.A., Inc. v. New Christian Church of Full Endeavor*”, 96-cv-4126 (RWS), 2000 WL 1028634, at *2, 10–11 (S.D.N.Y. July 25, 2000); “*Oliver v. St. Germain Found.*”, 41 F. Supp. 296, 297, 299 (S.D. Cal. 1941); “*Kelley v. Chicago Park District*” 635 F.3d 290, 304–06 (7th Cir. 2011); “*Naruto v. Slater*”, 888”, le Corti hanno uniformemente rifiutato di riconoscere il copyright alle opere create senza alcun coinvolgimento umano, anche quando, ad esempio, il presunto autore fosse stato “divino”.

Secondo la Corte distrettuale, le diverse teorie legali presentate da Thaler in base alle quali il diritto d’autore sull’opera del computer si trasferirebbe a lui, in quanto proprietario del software (i.e. work for hire) non devono essere analizzate in dettaglio, dato che l’opera in questione non è tutelabile.

FRANCESCO GROSSI

https://ecf.dcd.uscourts.gov/cgi-bin/show_public_doc?2022cv1564-24

2023/3(18)IT

Le raccomandazioni del 17.7.2023 del Financial Stability Board sui Global Stable Coin Arrangements e sui mercati in criptoattività

Il 17 luglio 2023 il *Financial Stability Board* (FSB) ha pubblicato due set di raccomandazioni volte a stabilire un quadro internazionale coerente e completo per la regolamentazione e la vigilanza dei mercati di cripto-attività. L’obiettivo è mitigare i rischi alla stabilità finanziaria, rafforzare la cooperazione tra autorità nazionali e promuovere la convergenza in un settore (per lo più) fuori dal perimetro della disciplina finanziaria. Il lavoro dà seguito alle richieste del G20 di sviluppare regole globalmente condivise e un *framework* di sorveglianza che tenga conto non solo dei profili

antiriciclaggio, ma anche delle implicazioni legate alla diffusione delle *stable coin* e alle turbolenze sui mercati delle cripto-attività.

Le raccomandazioni sono presentate in due rapporti separati, ma complementari.

| 614

(i) “*High-level recommendations for the regulation, supervision, and oversight of crypto-asset activities and markets*”, contenente nove raccomandazioni applicabili alle diverse tipologie di cripto-attività, compresi i cosiddetti *stable coin* e la finanza decentralizzata. Si prevede, tra l’altro, la necessità che le autorità si coordinino e collaborino anche a livello internazionale per lo scambio di informazioni e che siano applicate regole di *governance, recordkeeping*, gestione dei rischi e dei conflitti d’interesse da parte di emittenti *stable coin* e fornitori di cripto-attività.

(ii) “*High-level recommendations for the regulation, supervision, and oversight of global stablecoin arrangements*”, contenente dieci raccomandazioni applicabili agli *stable coin* cosiddetti “globali” (GSC), ossia utilizzati in modo diffuso come riserva di valore o mezzo di scambio in operazioni transfrontaliere, in quanto tali sottoposti a regole più stringenti in ragione dei potenziali rischi sistemici e alla sovranità monetaria. Si prevede, tra l’altro, la necessità d’introdurre piani di risoluzione, oltre che meccanismi di stabilizzazione e requisiti prudenziali; ai detentori di *stable coin* globali dovrebbe essere garantito un diritto di rimborso che, in caso di GSC riferite a una singola valuta fiat, dovrebbe intervenire alla pari in modo da mitigare i rischi di corse agli sportelli.

Le raccomandazioni costituiscono una fonte di *soft law* internazionale (da decenni il principale strumento di avvicinamento delle legislazioni finanziarie); esse fanno perno su tre capisaldi tra loro connessi e comuni anche ad altri ambiti della regolamentazione di settore:

1. “Stessa attività, stesso rischio, stessa regolamentazione” (*same activity, same risk, same rule*) - le raccomandazioni del FSB mirano a garantire che le regole applicabili al settore cripto siano proporzionate ai rischi. Attività che svolgono funzioni economiche equivalenti alla finanza tradizionale devono essere soggette alla stessa regolamentazione o a regolamentazione equivalente,

indipendentemente dal modo in cui vengono presentate o promosse.

2. Approccio flessibile - le raccomandazioni del FSB sono “*high level*”, ossia offrono margini di adattamento affinché le autorità possano calarle nelle cornici regolatorie già vigenti a livello locale o sviluppare nuovi *framework* nazionali, tenendo conto delle evoluzioni del mercato.
3. Neutralità tecnologica - le raccomandazioni del FSB si concentrano sui rischi alla stabilità finanziaria associati alle attività su *stablecoin* globali e cripto-attività; esse si applicano a prescindere dalla specifica tecnologia impiegata. Le attività sono, infatti, regolamentate in base alle loro funzioni economiche e ai rischi che comportano, indipendentemente dai mezzi tecnologici utilizzati.

Il lavoro del FSB si affianca alle analisi sugli impatti macroeconomici e le indicazioni di *policy* fornite dal Fondo Monetario Internazionale in materia di cripto-attività e rappresenta un fondamentale tassello di un più ampio ventaglio d’iniziative internazionali finalizzate a supportare uno sviluppo responsabile dell’innovazione digitale. Il FSB, infatti, svolge un ruolo di coordinamento dei cosiddetti *Standard Setter Bodies* (SSBs), consessi in cui riuniscono le autorità di vigilanza o le banche centrali al fine di rafforzare la cooperazione ed emanare standard di regolamentazione finanziaria. Nello specifico, le raccomandazioni del FSB in materia di cripto-attività rappresentano il quadro di riferimento che sarà arricchito e integrato con principi e standard di carattere più tecnico e specifico, quali quelli in corso di elaborazione da parte dello IOSCO per il settore dei mercati dei capitali e pubblicati dal BCBS per il settore bancario (<https://www.fsb.org/wp-content/uploads/P170723-1.pdf>).

L’aspettativa è che questo insieme di standard e raccomandazioni sia attuato globalmente dai singoli Stati e applicato in modo coerente dalle autorità di vigilanza nazionali. In assenza di regole nazionali convergenti sarà difficile garantire un’adeguata vigilanza dei c.d. cripto-conglomerati, ossia dei complessi gruppi di società attivi in via transfrontaliera (*on-line*) che, come nel caso di FTX, prestano cumulativamente, in modo opaco e in conflitto d’interessi una serie di servizi economicamente equivalenti ad attività finanziarie, che spaziano dall’emissione alla gestione di piattaforme di negoziazione, dal post-trading al cambiavalute e alla custodia, ecc.



Considerato, tuttavia, che gli standard internazionali nel settore cripto sono ancora in corso di definizione, il percorso per addivenire all'applicazione di approcci nazionali convergenti appare ancora lungo e dovrà fare i conti, come di frequente nella finanza, con i rischi di arbitraggi normativi e con i tentativi di alcuni centri finanziari di attrarre *business* mediante regole o pratiche di vigilanza più lasche, ovvero ostacolando la cooperazione internazionale.

L'Unione europea, da parte sua, ha già emanato una disciplina comune sui mercati delle cripto-attività, coerente con le raccomandazioni del FSB. Ci si riferisce al Regolamento MICA (Regolamento (UE) 2023/1114, sulla cui adozione v. in questa Rubrica la notizia 1 nel numero 2023/2 [2023/2(1)AF]: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2023/08/Osservatorio.pdf>), che sarà applicabile nella sua interezza a partire dal dicembre 2024 (dal giugno 2024 per le emissioni di *stable coin*). Di conseguenza, l'accesso al mercato unico europeo da parte degli operatori cripto attivi globalmente potrà intervenire solo laddove questi siano disposti a adeguare la propria condotta e i propri modelli di business alle regole MICA e sottostare alla vigilanza delle autorità competenti nell'UE. Gli operatori globali possono avere interesse ad applicare un unico set di regole in tutti i vari paesi in cui sono attivi, per contenere i costi di compliance e incrementare le economie di scala.

Il MICA, allora, potrebbe rappresentare un modello di riferimento e innescare un'accelerazione nell'adozione da parte di altri grandi paesi di una regolamentazione convergente nel settore cripto, in linea con le raccomandazioni FSB, sulla falsa riga di quell' "Effetto Bruxelles" già sperimentato nella *data protection* con il GDPR e atteso con la disciplina ESG.

IRENE TAGLIAMONTE

*Avvocato, Ufficio Analisi di Impatto della
Regolamentazione, Divisione Strategie
Regolamentari, Consob*

Le idee e le opinioni espresse in questo articolo sono da attribuire unicamente all'autore e non coinvolgono l'istituzione di appartenenza

[FSB Global Regulatory Framework for Crypto-Asset Activities](#)

[High-level Recommendations for the Regulation, Supervision and Oversight of Global Stablecoin Arrangements: Final report \(fsb.org\)](#)

2023/3(19)ES

Le nuove regole della SEC su cybersecurity risk, governance, management e incident disclosure efficaci dal 5.9.2023

Il 26 luglio 2023 la Securities and Exchange Commission statunitense (SEC) ha adottato la versione finale delle regole su "*cybersecurity risk management, strategy, governance, and incident disclosure*" per le società quotate (da ora anche le "**Final rules**").

Il testo adottato è frutto dell'approvazione di una proposta presentata nel marzo 2022 dalla SEC con cui questa intendeva riformare le regole esistenti in materia di cibersecurity consapevole che le minacce e gli incidenti digitali si connotano per un crescente grado di rischiosità "*to public companies, investors, and market participants*". La proposta, a sua volta, era frutto di orientamenti interpretativi emessi dalla SEC nel 2011 e 2018 alla luce dell'assenza di valide regole di settore e si proponeva di consentire agli investitori di valutare adeguatamente l'esposizione delle società quotate (da ora anche gli "**Emittenti**") ai rischi legati alla cibersecurity e ai relativi incidenti, nonché la loro abilità nel gestire e mitigare i suddetti rischi.

Per quanto qui interessa, in sintesi, le Final rules prevedono quanto segue.

- A) Innanzitutto, esse richiedono agli Emittenti di comunicare ogni incidente cibernetico che ritengano, a loro giudizio, rilevante descrivendone la natura, l'obiettivo e la tempistica così come l'impatto materiale, anche potenziale, sull'Emittente.

La valutazione sulla rilevanza dell'incidente deve avvenire senza ritardo affinché questo sia poi comunicato alla SEC entro i successivi quattro giorni lavorativi. La comunicazione può essere dilazionata solo laddove il Procuratore Generale degli Stati Uniti stabilisca che una disclosure immediata causerebbe un rischio sostanziale alla sicurezza nazionale.

- B) In secondo luogo, le Final rules impongono agli Emittenti di redigere un report per:
- i. descrivere le procedure che essi abbiano eventualmente adottato per valutare, identificare e gestire i rischi materiali derivanti da minacce cibernetiche;
 - ii. comunicare se i suddetti rischi abbiano impattato materialmente l'Emittente; e
 - iii. descrivere la sorveglianza svolta dagli amministratori della società, nonché il loro ruolo ed esperienza nella gestione dei rischi derivanti dalle minacce cibernetiche.

- C) In terzo luogo, anche le società quotate estere dovranno inviare alla SEC delle comunicazioni periodiche riguardo alla disclosure sugli incidenti cibernetici che rendano nelle giurisdizioni straniere. Tali società, inoltre, saranno tenute a un'informativa simile a quella prevista sub B).

| 616

Per concludere, occorre sottolineare che le Final rules entrano in vigore il trentesimo giorno successivo alla loro pubblicazione sul Registro federale. Riguardo gli obblighi di cui al paragrafo B), gli Emittenti dovranno provvedere alla disclosure a partire dai report redatti per l'anno fiscale che termina dal 15 dicembre 2023. Per tutti gli altri obblighi, le società - eccetto quelle di piccole dimensioni - dovranno provvedere entro 90 giorni dalla pubblicazione delle Final rules sul Registro federale o, al più tardi, entro il 18 dicembre 2023. Le società più piccole, invece, avranno a più tempo per adempiere ai suddetti doveri.

EMANUELE STABILE

<https://www.sec.gov/files/rules/final/2023/33-11216.pdf>

2023/3(20)ES

La seconda fase di sperimentazione Fintech

Con un comunicato stampa del 27 luglio 2023 la Banca d'Italia, la Consob e l'Ivass (da ora anche le "Autorità di vigilanza" o le "Autorità") e il Ministero dell'Economia e delle Finanze ("MEF") informavano dell'apertura della seconda finestra temporale, dal 3 novembre al 5 dicembre 2023, per la presentazione delle iniziative di sperimentazione delle attività fintech nell'ambito della sandbox regolamentare.

Analogamente alla prima finestra temporale, apertasi il 15 novembre 2021 (v. in questa rubrica la notizia n. 9 sul numero 2021/4 [2021/4(9)ES]: <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2021/12/Osservatorio-1.pdf>), il fondamento giuridico della sperimentazione è il Decreto del Ministero dell'economia e delle finanze n. 100 del 30 aprile 2021 (da ora anche il "Regolamento sandbox") entrato in vigore il 17 luglio 2021 il quale attua la delega conferita con l'art. 36, commi 2 bis e ss. D. L. n. 34/2019 (c.d. "Decreto crescita").

Come noto, la sandbox regolamentare è un ambiente controllato dove gli operatori del settore, come meglio definiti infra, possono sviluppare progetti innovativi in ambito bancario, finanziario e assicurativo sotto la vigilanza e con il supporto delle competenti Autorità. Si tratta, dunque, di uno strumento attraverso cui quest'ultime potranno monitorare le dinamiche dello sviluppo tecnologico e individuare gli interventi normativi migliori per incentivare l'adozione di soluzioni tecnologiche e il loro impiego. Al contempo, la vigilanza delle Autorità aiuta a prevenire i rischi connessi alla sperimentazione.

Le similitudini rispetto alla precedente finestra temporale di candidatura sono numerose.

In particolare, resta fermo che i partecipanti alla sandbox possono essere solo soggetti, pure non vigilati, che svolgano o intendano svolgere attività fintech, anche in misura non prevalente: i c.d. operatori fintech (art. 1). Sono esclusi dalla partecipazione invece coloro i quali siano assoggettati ad una procedura concorsuale o non abbiano depositato il bilancio negli ultimi 5 anni.

La soluzione da sperimentare deve riguardare sempre i settori bancario, finanziario o assicurativo ed essere: i) "soggetta all'autorizzazione o all'iscrizione in un albo, elenco o registro da parte di almeno una delle autorità di vigilanza", oppure esentata dalla suddetta iscrizione; ii) prestata "in favore di un soggetto vigilato o regolamentato da almeno un'autorità di vigilanza ... avente in Italia la propria sede legale o una succursale", ovvero in favore di un ente con sede legale negli Stati membri dell'UE ed operante in Italia in regime di libera prestazione di servizi; iii) "svolta da un soggetto vigilato o regolamentato da almeno un'autorità di vigilanza ... avente in Italia la propria sede legale o una succursale, ovvero da un ente con sede legale negli Stati membri dell'UE ed operante in Italia in regime di libera prestazione di servizi" (art. 5).

L'attività che si intende svolgere dovrà essere "significativamente innovativa" come meglio specificato dall'art. 6 del Regolamento sandbox.

Ancora, sono immutate la procedura di ammissione alla sandbox, l'istruttoria a tal fine condotta dalle Autorità e le competenze del Comitato fintech il quale si occupa di monitorare l'evoluzione del settore, formulare proposte normative, nonché agevolare l'interlocuzione tra gli operatori di settore e le Autorità che decidono sull'ammissione alla sperimentazione.

L'ammissione alla sperimentazione comporta l'iscrizione in un apposito registro tenuto dal Comitato. Durante la sperimentazione, ciascuna Autorità vigila sulle attività svolte e, soprattutto,



può consentire agli operatori di sperimentare in deroga alla propria regolamentazione.

La sperimentazione non può durare più di diciotto mesi, salvo proroghe concesse dall’Autorità di vigilanza.

L’unica differenza rispetto alla prima finestra di sperimentazione è che non è stato previsto un numero massimo di progetti ammissibili alla sandbox.

Giova ricordare, infine, che ciascuna Autorità ha emanato un regolamento per disciplinare l’adozione da parte sua dei provvedimenti di ammissione alla sandbox. Si tratta rispettivamente: del Regolamento di Banca d’Italia del 3 novembre 2021, pubblicato sulla G.U. del 10 novembre 2021; della delibera Consob n. 22054 del 27 ottobre 2021, pubblicata sulla G.U. del 5 novembre 2021 e del regolamento IVASS n. 49 del 3 novembre 2021 pubblicato sulla G.U. del 13 novembre 2021. Essi sono pressoché equivalenti tra di loro.

EMANUELE STABILE

<https://www.bancaditalia.it/media/comunicati/documenti/2023-02/cs-FintechLuglio2023.pdf>

2023/3(21)RMa

Le ultime modifiche in materia di obblighi informativi nel rapporto di lavoro relativi all’utilizzo di sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati (D.L. 48/2023 convertito con modifiche dalla Legge 85/2023) e la sentenza del Tribunale di Torino del 5.8.2023 sulla condotta antisindacale di Glovo

L’utilizzo di applicazioni di intelligenza artificiale nella gestione dei rapporti di lavoro apre a scenari inediti con riferimento all’esercizio dei poteri datoriali e, in particolare, al potere di controllo. Consapevole di ciò il legislatore, nel recepire la direttiva europea 2019/1152 relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell’Unione europea, è andato oltre quanto strettamente richiesto dall’ordinamento eurounitario e ha introdotto, nel *corpus* della normativa di recepimento, l’art. 1-*bis* del D.lgs. 152/1997. In particolare, tale articolo è stato introdotto dall’art. 4 del d. lgs. 104/2022, ed è stato successivamente modificato dall’art. 26, co. 2 D.L. 48/2023 (in G.U. n. 103 del 4 maggio 2023) convertito con modifiche dalla legge del 03/07/2023 n. 85. L’art. 1-*bis* del D.lgs. 152/1997 è rubricato “*ulteriori obblighi informativi nel caso di utilizzo di*

sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati”.

Il suo nuovo comma 1 così reca: “Il datore di lavoro o il committente pubblico e privato è tenuto a informare il lavoratore dell’utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio integralmente automatizzati deputati a fornire indicazioni rilevanti ai fini della assunzione o del conferimento dell’incarico, della gestione o della cessazione del rapporto di lavoro, dell’assegnazione di compiti o mansioni nonché indicazioni incidenti sulla sorveglianza, la valutazione, le prestazioni e l’adempimento delle obbligazioni contrattuali dei lavoratori. Resta fermo quanto disposto dall’articolo 4 [Impianti audiovisivi e altri strumenti di controllo] della legge 20 maggio 1970, n. 300 [Statuto dei lavoratori]”.

Il capoverso della disposizione elenca, poi, un *set* analitico di informazioni che devono essere fornite. Il comma 3 precisa che il lavoratore, direttamente o per il tramite delle rappresentanze sindacali aziendali o territoriali, ha diritto di accedere ai dati e di richiedere ulteriori informazioni, che dovranno essere forniti per iscritto entro trenta giorni. Rileva, poi, ai fini della decisione in commento, il comma 6 della disposizione, in base al quale, le informazioni e i dati di cui ai commi da 1 a 5 devono essere comunicati dal datore di lavoro o dal committente in modo trasparente, in formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico non solo ai lavoratori ma anche alle RSA/RSU e, in assenza, alle sedi territoriali delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Infine, il nuovo comma 8 dell’art. 1-*bis* del D.lgs. 152/1997 prevede che “Gli obblighi informativi di cui al presente articolo non si applicano ai sistemi protetti da segreto industriale e commerciale”.

Il caso deciso dal Tribunale di Torino nel provvedimento del 5 agosto 2023 qui in commento riguarda in particolare l’applicazione delle norme contenute nei riferiti commi da 2 a 6 (non toccati dalle ultime modifiche) dell’art. 1-*bis* D.lgs. 152/1997.

La società di *food delivery* Foodinho, appartenente al gruppo Glovo, veniva convenuta in giudizio dalle federazioni torinesi della CGIL Filcams, Nidil e Filt con procedimento ex art. 28 della L. 300/1970 in quanto, secondo le OO.SS. ricorrenti, la convenuta non avrebbe fornito alle richiedenti le informazioni sui sistemi automatizzati di gestione dei rapporti di lavoro dei rider ex art. 1-*bis* D.lgs. 152/1997 richieste formalmente con missiva del 20 aprile 2023. La Società resisteva in giudizio con vari argomenti, tra cui, l’asserita cessazione della

materia del contendere per avere la convenuta fornito le informazioni richieste dalle ricorrenti con apposita “*informativa in materia di trasparenza ex d.lgs. 104/2022*” trasmessa alle ricorrenti il 5 luglio 2023.

618

Particolarmente interessanti appaiono i principi di diritto formulati dal Giudice che, nel dichiarare antisindacale la condotta di Foodinho, ha, anzitutto, avuto modo di chiarire, riprendendo numerosi precedenti di merito e di legittimità sul tema (su Trib. Milano sent. n. 1018/2020 del 20.4.2022 v. in questa rubrica notizia 12 del numero 2022/2 [2022/2(12)VP]:

<http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2022/08/Osservatorio-2-2022.pdf>,

che il rapporto di lavoro dei riders non può essere configurato come lavoro autonomo a causa delle concrete modalità di svolgimento dello stesso e che, in ogni caso, anche se lo si volesse ricondurre alla c.d. collaborazione etero-organizzata ex art. 2 del D.lgs. 81/2015 sarebbe, in ogni caso, esperibile l’azione di repressione della condotta antisindacale ex art. 28 dello Statuto dei Lavoratori in quanto, anche alla luce di Cass. n. 1663/2020, “*la norma (...) rende applicabile a tali collaborazioni etero-organizzate, accompagnate dalla personalità e continuità della prestazione, la disciplina del rapporto di lavoro subordinato, senza operare esclusioni di sorta*”.

Fatto questo chiarimento preliminare il Tribunale evidenzia che, in base al tenore letterale della norma, non possono esserci dubbi sul fatto che le informazioni sui sistemi automatizzati di gestione dei rapporti di lavoro dei rider ex art. 1-bis D.lgs. 152/1997 debbano essere fornite sia al lavoratore sia alle rappresentanze sindacali “*senza che l’adempimento dell’obbligo nei confronti di uno dei titolari, possa far ritenere l’obbligo informativo adempiuto anche nei confronti dell’altro*”.

La decisione si concentra, infine, sull’idoneità dell’“*informativa in materia di trasparenza ex d.lgs. 104/2022*” trasmessa da Foodinho alle ricorrenti il 5 luglio 2023 a considerare assolti gli obblighi informativi sui sistemi automatizzati di gestione dei rapporti di lavoro previsti dalla richiamata normativa.

Ebbene, all’esito di un esame puntuale del contenuto dell’*informativa*, il Tribunale giunge a ritenere che la predetta comunicazione, essendo del tutto carente su alcuni punti e, su altri, casi lacunosa e generica, non soddisfa gli obblighi informativi gravanti su Foodinho dal ché deriva la natura antisindacale della condotta datoriale, con conseguente condanna della Società a comunicare alle OO.SS. ricorrenti le informazioni di cui alla citata norma e a pubblicare il dispositivo del

provvedimento sul proprio sito web, sezione “corrieri”.

RICCARDO MARAGA

<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2023/07/03/23A03800/sg#:~:text=E%20istituito%2C%20a%20decorrere%20dal,di%20politica%20attiva%20del%20lavoro>.

https://web.uniroma1.it/deap/sites/default/files/allegati/20230807_Trib-Torino.pdf

2023/3(22)EG

Emanato il Decreto 7.9.2023 sul fascicolo sanitario elettronico (FSE) 2.0 dopo i pareri positivi del Garante privacy del 8.6.2023 e della Conferenza Stato-Regioni del 2.8.2023

Con Decreto del 7 settembre 2023 (in GU n.249 del 24-10-2023) è ufficialmente entrato nella fase operativa il Fascicolo Sanitario Elettronico (di seguito “FSE”) nella versione 2.0. Lo schema di decreto del Ministero della Salute e del Sottosegretario di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri con delega all’innovazione tecnologica, di concerto con il Ministro dell’Economia e delle finanze ha ricevuto prima il via libera dal Garante per la protezione dei dati personali e, il 2 agosto 2023, ha avuto parere favorevole anche dalla Conferenza Stato – Regioni. Come si legge dal comunicato del Ministero della Salute del 3 agosto 2023: “*Il decreto individua i contenuti del Fascicolo, i limiti di responsabilità e i compiti dei soggetti che concorrono alla sua implementazione, le garanzie e le misure di sicurezza da adottare nel trattamento dei dati personali nel rispetto dei diritti dell’assistito, nonché le modalità e i livelli diversificati di accesso e si compone di tre allegati tecnici*”.

L’8 giugno 2023 il Garante per la protezione dei dati personali (d’ora in poi “Garante” o “Garante Privacy”) aveva dato il suo parere positivo alla prosecuzione del progetto di riforma del FSE. Il progetto, che ha l’obiettivo di consentire ai pazienti e al personale socio-sanitario di effettuare con maggior rapidità l’accesso alla propria storia clinica, si pone come obiettivo anche la realizzazione di uno Spazio Europeo di Dati Sanitari.

Il Garante si era già espresso su una prima versione dello schema di decreto di attuazione della nuova disciplina del FSE con parere negativo il 22 agosto 2022. In tale occasione erano state rilevate



numerose carenze strutturali e sostanziali riguardanti la mancanza di garanzie uniformi a livello nazionale per il pieno rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali degli interessati. In quell'occasione l'Autorità aveva, pertanto, indicato una serie di aggiustamenti necessari al rilascio del proprio parere favorevole. Tali aggiustamenti riguardavano il potenziamento di diversi aspetti, tra cui, a titolo esemplificativo: i diritti degli interessati, il consenso dell'interessato, il profilo sanitario sintetico ("PSS"), le informazioni da fornire agli interessati e la necessità di svolgere una valutazione di impatto alla luce degli effetti significativi che i trattamenti dei dati sanitari possono avere sulla sfera giuridica degli interessati.

Con il Provvedimento n.256 dell'8 giugno 2023, il Garante ha rilevato che l'assetto risultante dal nuovo schema di decreto risponde alle osservazioni e alle criticità sollevate in precedenza, risultando profondamente modificato rispetto alla versione su cui l'Autorità si era espressa ad agosto 2022.

Nello specifico, con il provvedimento n.256 dell'8 giugno, il Garante passa in rassegna gli interventi correttivi ed integrativi effettuati dal Ministero della salute sullo schema di decreto sul FSE trasmesso il 24 maggio 2023, rilevando, in linea generale, il superamento delle criticità evidenziate in precedenza.

Tuttavia, per il Garante Privacy rimangono alcune perplessità. In primo luogo, in considerazione dell'importanza di garantire un'informativa omogenea e uniforme sul territorio nazionale, lo schema di decreto prevede che il Ministero della salute predisponga, in collaborazione con le Regioni e le Province autonome, un modello di informativa. Tale modello, specifica il Garante, per garantire il pieno rispetto del principio di correttezza e trasparenza, dovrà essere necessariamente aggiornato in base alle eventuali modifiche e previamente sottoposto al parere dell'Autorità Garante stessa.

Ancora, in riferimento allo svolgimento della valutazione di impatto, il Garante ha ritenuto che i trattamenti descritti nello schema di decreto rientrassero senza dubbio tra quelli su cui è necessario effettuare una preventiva valutazione di impatto ai sensi dell'art. 35 del GDPR. Al riguardo l'Autorità reputa "non condivisibile" l'approccio che fa riferimento al cosiddetto "average case" che "corrisponde ad una valutazione media che tiene conto delle differenze tra il modello centralizzato e quello distribuito", poiché rischia di sottostimare vulnerabilità che, in tema di sicurezza, costituiscono il c.d. "anello debole" della catena e che possono quindi rendere pienamente efficaci le misure

adottate. Alla luce di quanto sopra, il Garante invita il Ministero della salute e le Regioni e Province autonome a non utilizzare questa metodologia nella redazione e nell'aggiornamento delle valutazioni di impatto.

Nel Provvedimento in esame è stato anche imposto, in capo al Ministero della Salute, alle Regioni e alle Province autonome, l'obbligo di indicare un termine congruo entro il quale fornire informazioni sui trattamenti dei propri dati personali effettuati attraverso il FSE e avviare campagne di informazione volte a comunicare agli interessati l'integrazione automatica dei propri dati con il FSE comprensiva della loro relativa facoltà di opposizione, da manifestarsi entro 30 giorni.

Da ultimo, l'Autorità richiama l'attenzione del legislatore sulla necessità che le disposizioni attuative della medicina predittiva, dell'interconnessione dei sistemi sanitari e delle funzionalità del Sistema TS, nonché la disciplina della telemedicina, nella parte in cui prevedono la condivisione di dati e documenti con il FSE, siano conformi alla disciplina sulla protezione dei dati personali e coerenti con l'assetto e le misure di garanzia individuate nello schema di decreto sul FSE.

Il Fascicolo Sanitario Elettronico 2.0 ha ricevuto parere positivo anche dalla Conferenza Stato – Regioni il 2 agosto 2023. In tale occasione, la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome ha formulato un'unica raccomandazione legata all'importanza di adottare, nel breve periodo, un successivo decreto che ampli i contenuti indicati nell'articolo 3 ("Contenuti del FSE") dello schema di decreto. Tale ampliamento, si specifica, deve tenere conto "*dei documenti clinico – sanitari, ad oggi già resi disponibili da alcune Regioni e Province autonome, per l'erogazione dell'assistenza territoriale e la presa in carico dei pazienti cronici/fragili*" e della "*possibilità anche per altre professioni sanitarie di poter accedere al FSE in consultazione per finalità di cura limitatamente alle informazioni necessarie in relazione allo svolgimento delle rispettive mansioni ed al tempo in cui si articola il processo di cura stesso*".

La Conferenza Stato – Regioni ha espresso la propria approvazione anche in riferimento ai flussi informativi del "*Sistema informativo per il monitoraggio dell'assistenza riabilitativa*" (SIAR), del "*Sistema informativo per il monitoraggio delle attività erogate ai consultori familiari*" (SICOF) e del "*Sistema informativo per il monitoraggio dell'Assistenza Domiciliare*" (SIAD).

Si sottolinea che, in riferimento al c.d. “SICOF”, le Regioni e le Province autonome hanno reso l’assenso tecnico a condizione che sia prevista una fase transitoria relativa al primo semestre 2024 nella quale, pur mantenendo l’integrità del tracciato SICOF come definito nel Disciplinare tecnico, alcuni campi siano considerati temporaneamente facoltativi.

| 620

ELISA GROSSI

<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2023/10/24/23A05829/sg>

<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9900433>

