

# PERSONA E MERCATO



Rivista periodica on-line

[www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it)

Anno 2023 – Numero 4

ISSN 2239-8570

Persona e Mercato è una rivista fondata da Giuseppe Vettori.

**Direzione:** Giuseppe Vettori

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

**Comitato dei revisori:** Giorgio Afferni; 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 Maffei; 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](mailto:info@personaemercato.it) **Web:** [www.personaemercato.it](http://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

L' "interesse" delle generazioni future, di Giuseppe Vettori .....	p. 631
Decisioni algoritmiche tra diritto alla spiegazione e divieto di discriminare, di Gabriele Carapezza Figlia .....	p. 638
La tutela del debitore nella cartolarizzazione di crediti e le questioni particolari per le esposizioni «deteriorate», di Anna Scotti .....	p. 648
La liquidazione del danno alla persona sotto forma di rendita vitalizia, di Claudio Colombo .....	p. 659
Note critiche sulla "esclusività" dell'attività agricola per <i>start-up</i> e PMI innovative, di Mario Mauro .....	p. 668

## Commenti

Diffamazione e discorso d'odio in internet, di Claudia Confortini .....	p. 693
Riflessioni a margine di un recente progetto sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale in ambito giuridico, di Antonio Torrisi .....	p. 715
Evento e danno nella responsabilità per trattamento di dati personali, di Giorgio Remotti .....	p. 726
Effetto reale mediato e forma del mutuo dissenso di preliminare immobiliare, di Francesco Fantechi .....	p. 737

## Osservatorio

Diritto e nuove tecnologie. Rubrica di aggiornamento dell'OGID* .....	p. 751
---	--------



# Saggi



## L' "INTERESSE" DELLE GENERAZIONI FUTURE

Di Giuseppe Vettori

| 631

**SOMMARIO:** *1. La struttura e l'effettività dell'art.9, Costituzione. – 2. Il ruolo della giurisprudenza e della Pubblica Amministrazione in Italia ed in Europa. – 3. L'evoluzione della soggettività e delle situazioni soggettive. Il compito della Scienza giuridica. – 4. Per una dogmatica rimediale.*

*ABSTRACT.* Il contributo offre un primo commento all'art. 9 della Costituzione, come recentemente modificato, e introduce la ricerca sull'interesse delle generazioni future.

*The note offers a first remark on Article 9 of the Italian Constitution, as recently amended, and it introduces the legal research on the interest of next generations.*

## 1. La struttura e l'effettività dell'art.9, Costituzione.

Il nuovo testo dell'articolo 9 della Carta costituzionale afferma che la Repubblica tutela, l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell' "interesse" delle future generazioni<sup>1</sup>. Per comprendere questa parola<sup>2</sup> occorre riflettere sulla sua presenza, ora, nel sistema delle fonti descritto nell'art. 117 della nostra Costituzione.

I primi commenti provengono per lo più da studiosi del diritto pubblico e si intrecciano opinioni diverse. Si sottolinea la svolta sulla tutela ambientale delle sentenze della Corte costituzionale tedesca, del Tribunale Amministrativo di Parigi, della Corte federale dell'Aja, soffermandosi anche sull'enorme contenzioso definito o pendente in tutto il mondo. Si precisa che la nuova norma enuncia un valore

oggettivo e non un diritto. Sicché si affiderebbe la sua attuazione alle sole politiche pubbliche, senza indicare una nuova situazione soggettiva che sarebbe stata, si osserva, poco più che un'ambigua formula di stile<sup>3</sup>.

Vorrei iniziare da qui. Da una replica a tale conclusione e da un'analisi del significato giuridico del termine 'interesse' muovendo da lontano.

Stefano Rodotà, in un libro recente e molto noto,<sup>4</sup> parla dei diritti con due visioni diverse e complementari. Rispetto all'azione della Politica e per il loro rapporto con il mondo dei beni. Solo un cenno ad entrambi questi due profili.

Secondo il nostro Autore i diritti mutano volto nel tempo, ma restano l'unica forza capace di contrapporsi alla legge naturale del mercato. Replica in modo perfetto alle critiche di chi vede in essi un'insidia alla sovranità delle maggioranze parlamentari o un costo incompatibile con l'equilibrio dei bilanci. E la sua analisi muove da una consapevolezza forte.

I diritti non hanno effettività senza un potere che li garantisca e una forma giuridica che ne consenta la realizzazione. Ma la tutela dell'ambiente, dello sviluppo sostenibile e delle generazioni future spinge "il loro raggio di azione" oltre qualsiasi "limite temporale ed oltre ogni confine" Di più. I diritti fondamentali, individuali o collettivi, disegnano il perimetro legittimo dell'azione politica. Individuano i criteri in base ai quali deve essere fatta la ripartizione delle risorse. Sono limiti alla discrezionalità politica, capaci di andare al cuore "del modo in cui il potere si organizza e si manifesta"<sup>5</sup>.

D'altra parte, il legame fra i diritti e il mondo dei beni e delle cose, ha subito, osserva ancora il nostro autore, profonde modificazioni<sup>6</sup>. Tutte note. Solo qualche traccia.

Nel 2007 si è insediata una Commissione per inserire nel codice civile una più ampia tipologia di beni. Nello stesso anno è stato pubblicato un libro sulla necessità di invertire la rotta sulla forma giuridica della proprietà, con intervento di autorevoli civilisti<sup>7</sup>. Tutti attenti ad un fenomeno nuovo: il dif-

<sup>1</sup> Questa la dottrina più recente selezionata dalla Corte costituzionale per l'incontro del giugno 2023: L. BARTOLUCCI, *Il più recente cammino delle generazioni future nel diritto costituzionale*, in Osservatorio Costituzionale AIC, 2021; ID. *Le "future generazioni" sono entrate in Costituzione. Conseguenze giuridiche e politiche*, in Luiss, School of Government 2022, ID., *Le generazioni future (con la tutela dell'ambiente) entrano "espressamente" in Costituzione*, in Forum di Quaderni Costituzionali, 2022; M. BERTOLISSI *Amministratori, non proprietari dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi*, in Federalismi.it, 2023; M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in Corti supreme e salute, 2022; F. CIRILLO, *La sostenibilità come diritto delle generazioni presenti?*, in S. LANNI (a cura di), *Sostenibilità globale e culture giuridiche comparate*, Torino, 2022; L. IMARISIO, *La riforma costituzionale degli articoli 9 e 41 della Costituzione: un(prudente) ampliamento di prospettiva del diritto costituzionale dell'ambiente*, in *IlPiemonte delle autonomie – Rivista quadrimestrale di scienze dell'amministrazione*, 2022; A. LAURO, *Dalla tutela ambientale in Costituzione alla responsabilità politica (anche) verso le future generazioni? Detti e nondetti di un principio di origine giurisprudenziale*, in *BioLaw Journal*, 2022; P. LOMBARDI, *Ambiente e generazioni future: la dimensione temporale della solidarietà*, in *federalismi.it*, 2023; F.G. MENGA, *Dare voce alle generazioni future. Riflessioni filosofico-giuridiche su rappresentanza e riconoscimento a margine della recente modifica dell'articolo 9 della Costituzione italiana*, in *BioLaw Journal*, 2022; R. MONTALDO, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, in *federalismi.it*, 2022; D. PORENA, *«Anche nell'interesse delle generazioni future»*. *Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione*, in *federalismi.it*, 2022; F. SANCHINI, *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente tra dimensione intergenerazionale e mutamenti della costituzione economica*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2022; G. SCARSELLI, *I nuovi artt. 9 e 41 Cost.: centralità dell'uomo e limiti di revisione costituzionale*, in *giustiziainsieme.it*; L. VIOLINI - G. FORMICI, *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente: riforme costituzionali e interventi della giurisprudenza*, in *Il diritto dell'economia*, 2021.

<sup>2</sup> V. in particolare, A. D'ALOJA, *Generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir., Annali*, IX, 2016, 343 ss. e M.W. MONTEROSSO, *L'orizzonte intergenerazionale del diritto civile*, Pisa, 2020.

<sup>3</sup> M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, cit.

<sup>4</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 41 ss. e 105 ss.

<sup>5</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p.94 ss. e 103 ss.

<sup>6</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 105 ss.

<sup>7</sup> U. MATTEI, E. REVIGLIO, S.RODOTÀ, ( a cura di ), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, 2007, ed ivi gli interventi di P. GROSSI, *Trasformazioni dominicali*, p.49 ss.; A. GAMBARO, *Gli Statuti dei beni pubblici*, p. 55; S. CASSESE, *Le teorie della demanialità e la trasformazione dei beni pubblici*, p. 67 ss.; G. GUARINO, *Gestione del patrimonio pubblico ed Eurosistema*, p. 73 ss; P. PERLINGIERI, *La gestione del patrimonio pubblico: dalla logica dominicale alla destinazione funzionale*, p. 85 ss.; R. DI RAIMO, *Proprietà, economia*





fondersi di quella che fu allora definita “la ragionevole follia dei beni comuni”<sup>8</sup>. Dunque, un profondo mutamento rispetto al modello della proprietà solitaria, di fronte all’emergere di una terza dimensione dominicale inclusiva di soggetti e interessi diversi.

È noto che la proposta non è mai divenuta legge. Ma le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, pochi anni dopo, interpretando gli articoli 9, 117, 118 della Costituzione hanno tratto da essi una forma delle situazioni soggettive sui beni, non solo proprietaria-patrimoniale, ma personale-collettivistica, fino a considerare comune una cosa per le sue intrinseche caratteristiche (ambientali e paesaggistiche)<sup>9</sup>, come nel caso degli usi civici e collettivi, delle servitù pubbliche, delle aree protette, dei parchi nazionali e regionali. Beni, in molti casi, che appartengono a tutti e a nessuno o che devono essere gestiti in base ai principi di eguaglianza, solidarietà intergenerazionale e sussidiarietà (art. 2,9,41, 118 comma 4 della Costituzione).

Fra queste situazioni è ora compreso espressamente il nuovo *interesse*. Riferito a chi ancora non c’è.

Si può dire così, dopo la modifica costituzionale, che le generazioni future, hanno, nel sistema delle fonti, una nuova pretesa primaria sulle cose (come l’ambiente, la biodiversità, l’ecosistema e la salute) compresa nella disciplina dei principi fondamentali. I quali sono garantiti e attuati non solo da un’azione politica. Per un motivo chiaro. Gli articoli 9 e 41 indicano una nuova forma di protezione rispetto a beni a cui il legislatore, la Pubblica Amministrazione e le Corti devono garantire piena effettività. Si tratta di capire come.

## 2. Il ruolo della giurisprudenza e della Pubblica amministrazione in Italia ed in Europa.

La Corte costituzionale italiana ha svolto un’attività diffusa e attenta ad alcune implicazioni particolari.

Ribadisce la competenza statale in materia ambientale contro i provvedimenti e le prassi delle Regioni<sup>10</sup>. Rafforza la funzione dei domini collettivi di godimento con espresso riferimento alle generazioni future<sup>11</sup>. Colpisce la dilatazione della copertura del disavanzo regionale di bilancio, come pratica contraria all’equità intergenerazionale<sup>12</sup> e al principio di legittimità democratica delle Istituzioni<sup>13</sup>. Controlla gli interventi sul sistema previdenziale richiamando il patto fra le generazioni<sup>14</sup>. Indica, in una serie di sentenze sui minori disabili e stranieri, come si debba realizzare l’effettività della tutela. Le somme necessarie per garantire la protezione di situazioni fragili devono essere iscritte in bilancio con priorità rispetto ad ogni altra<sup>15</sup>.

Da tutto ciò emerge un preciso compito della Pubblica amministrazione e un controllo molto attento della Corte costituzionale, che trae origine dalla propria giurisprudenza sulla ragionevolezza come controllo di costituzionalità, tratto dall’art. 3 e dal principio di eguaglianza da misurare in concreto<sup>16</sup>. Non solo.

La regolazione comunitaria segue un metodo diverso, ma altrettanto efficace in tema di ambiente

*pubblica e identità nazionale*, p. 97 ss.; G. NAPOLITANO, *I beni pubblici e le “tragedie dell’interesse comune”*, p. 129 s.

<sup>8</sup> Si v. il bel saggio di R. CATERINA, *Il benicomunismo come orientamento culturale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, p. 293. Inoltre, si v. S. RODOTÀ, *Beni comuni e categorie giuridiche. Una rivisitazione necessaria*, in *Quest. Giust.*, 2011; ID. *Beni comuni*, Modena, 2013; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011; ID. *Il benicomunismo e i suoi nemici*, Torino, 2015; M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012; A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, 2013; A. QUARTA e M. SPANÒ (a cura di), *Beni comuni 2.0. Controegemonia e nuove istituzioni*, Milano-Udine, 2016; L. NIVARRA, *Quattro usi di “beni comuni” per una buona discussione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, p. 41.

<sup>9</sup> Cass. Sez. Un., 14 febbraio 2011, n. 3665, in *Giur. it.*, 2011, p. 2506, con nota di C.M. CASCIONE, *Le Sezioni unite oltre il codice civile. Per un ripensamento della categoria dei beni pubblici* e in *Foro it.*, 2012, c. 572 con nota di A. PALMIERI, *Sulle valli da pesca della Laguna di Venezia* e di E. PELLECCIA, *Valori costituzionali e nuova tassonomia dei beni: dal bene pubblico al bene comune*.

<sup>10</sup> Corte cost., ord. 18 luglio 2012, n. 216 e Corte cost. sent. 8 febbraio 2023, n. 11 (entrambe in [www.cortescostituzionale.it](http://www.cortescostituzionale.it)).

<sup>11</sup> Corte cost., sent. 5 ottobre 2022, n. 236; Corte cost., sent. 6 ottobre 2021, n. 228; ord. 22 settembre 2021, n. 216 (tutte in [www.cortescostituzionale.it](http://www.cortescostituzionale.it)).

<sup>12</sup> Corte cost., sent. 10 novembre 2021, n. 235; sent. 18 gennaio 2017 n. 6; sent. 28 gennaio 2020, n. 4 (tutte in [www.cortescostituzionale.it](http://www.cortescostituzionale.it)).

<sup>13</sup> Corte cost., ord. 12 gennaio 2011, n. 18, in [www.cortescostituzionale.it](http://www.cortescostituzionale.it).

<sup>14</sup> Corte cost., sent. 9 novembre 2020, n. 234; Corte cost., sent. 17 aprile 2015, n. 65; Corte cost., sent. 16 novembre 2016, n. 241; Corte cost., 19 aprile 2016, n. 107 (tutte in [www.cortescostituzionale.it](http://www.cortescostituzionale.it)).

<sup>15</sup> Corte cost., sent. 21 febbraio 2011, n. 61; Corte cost., sent. 10 marzo 2011, n. 62; Corte cost. sent. 12 dicembre 2011 n. 329; Corte cost., ord. 2 novembre 2009, n. 285; Corte cost., 26 maggio 2010, n. 187; Corte cost., 11 marzo 2013, n. 40 (tutte in [www.cortescostituzionale.it](http://www.cortescostituzionale.it)).

<sup>16</sup> Corte cost., sent. 28 marzo 1996, n. 89, in [www.cortescostituzionale.it](http://www.cortescostituzionale.it).

con la Convenzione di Aarhus<sup>17</sup> e con la Comunicazione della Commissione del 2017<sup>18</sup>.

La Convenzione afferma il diritto ad un ambiente sano e il dovere di tutelare questo bene, individualmente e nell'interesse delle future generazioni. Impone agli stati nazionali di consentire l'accesso alle informazioni, la partecipazione ai processi decisionali, la tutela giurisdizionale effettiva. Riconosce, dunque, diritti politici e civili a singole persone e ad associazioni nell'*interesse* delle generazioni future, e individua doveri per le Parti pubbliche.

La Comunicazione del 2017 sistema le disposizioni vigenti dell'ordinamento comunitario e del diritto derivato, come quadro necessario per l'accesso alla giustizia ambientale con rimedi effettivi. Esamina e raccoglie le sentenze della Corte di Giustizia. Valorizza il ruolo degli organi giurisdizionali nazionali, quale mezzo per garantire l'effettività del diritto dell'Unione europea, anche tramite il rinvio pregiudiziale (art. 267 TFUE). Facilita l'accesso alla giustizia perché spiega e interpreta le disposizioni vigenti per contribuire a migliorare l'applicazione delle regole e dei principi. Assicura che la Commissione seguirà lo sviluppo della giurisprudenza e prenderà in considerazione l'opportunità di aggiornare il testo del provvedimento. Tutto ciò con grande attenzione per gli Stati membri, i giudici, i professionisti del diritto e il pubblico comune<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla Giustizia Aarhus, Danimarca, 25 giugno 1998. Il sistema è arricchito dalla Comunicazione della Commissione sull'accesso alla giustizia in materia ambientale (2017/C 275/01).

<sup>18</sup> Regolamento (CEE) n.1367/2006 del Parlamento europeo e del consiglio del 6 settembre 2006 modificato da Regolamento (UE) 2021/1767 del Parlamento e del Consiglio

<sup>19</sup> Queste le conclusioni "L'analisi mostra che, come interpretate dalla Corte, le disposizioni vigenti dell'acquis dell'Unione, in particolare quelle del diritto derivato dell'Unione in materia ambientale e dagli impegni internazionali, forniscono già un quadro coerente per l'accesso alla giustizia in materia ambientale. Esse disciplinano tutti gli aspetti fondamentali della materia, garantendo che il pubblico, tra cui le ONG ambientaliste, abbiano il diritto di adire gli organi giurisdizionali nazionali, ottenere un corretto esame della causa e avvalersi di rimedi effettivi. Oltre a ciò, le sentenze pronunciate dalla Corte negli ultimi dieci anni mostrano l'importanza che essa attribuisce all'accesso agli organi giurisdizionali nazionali quale mezzo per garantire l'effettività del diritto dell'Unione. Le cause avviate dinanzi agli organi giurisdizionali nazionali non solo permettono di contestare decisioni, atti od omissioni di autorità pubbliche degli Stati membri sulla base del diritto ambientale dell'Unione, ma anche, tramite il rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 del TFUE, consentono alla Corte di pronunciarsi sull'interpretazione e sulla validità degli atti dell'Unione. 211. La presente comunicazione facilita l'accesso agli organi giurisdizionali nazionali, in quanto spiega e interpreta le disposizioni giuridiche vigenti. In tal modo contribuisce a migliorare l'applicazione del diritto dell'Unione. Essa intende essere un aiuto per gli Stati membri, gli organi giurisdizionali nazionali, i professionisti del diritto e il pubblico, e la Commissione seguirà con interesse

### 3. L'evoluzione della soggettività e delle situazioni soggettive. Il compito della Scienza giuridica.

Negli anni Settanta del Novecento, Pietro Rescigno parla dei diritti soggettivi come di una categoria strettamente legata alla logica proprietaria, che si occupa di beni destinati al godimento esclusivo e non fruibili da tutti, come l'aria, l'acqua, l'ambiente<sup>20</sup>. Avverte che la linea di sviluppo del tempo espande, già allora, il potere di agire a tutela di nuove esigenze, per un motivo chiaro. Beni estranei al modello dominicale, ma sentiti e protetti quali beni propri, irrompono in un tempo avvolto da "religioni" e "moralì" "assopite" in un mondo "inquieto". Quello degli anni Settanta e Ottanta appunto.

All'inizio del nuovo secolo questa evoluzione deve fare i conti con una visione diversa. Le situazioni soggettive, per una parte autorevole della dottrina, non sono nulla di più e di diverso degli effetti giuridici. Perché il diritto soggettivo ha il solo compito di identificare la Persona che dovrà ricevere l'adempimento di chi la norma considera obbligato. Norma che è tale non per la sanzione o per il linguaggio che usa, ma per un indice empirico. Il giudizio ipotetico (se A allo B) che essa esprime in relazione a un fatto o un atto, stabilito dalla legge<sup>21</sup>.

Se si alza lo sguardo sul nuovo articolo 9 della Costituzione, emerge una dimensione diversa da una consequenzialità fra un fatto e un effetto. Si afferma la piena rilevanza dell'*interesse* delle generazioni future come situazione inviolabile affermata in un contesto di principi fondamentali che fondano un ordine giuridico da rendere effettivo.

In sintonia con quanto avviene nella giurisprudenza da oltre venti anni, sino alla più recente dottrina, la quale pone in luce aspetti acquisiti da tem-

come tali beneficiari ne faranno uso e come l'accesso alla giustizia in materia ambientale evolverà nell'Unione. 212. Il ruolo della Corte continuerà a essere fondamentale nell'interpretazione del diritto dell'Unione applicabile all'accesso alla giustizia in materia ambientale, compreso il rispetto degli obblighi derivanti dall'articolo 19, paragrafo 1, del TUE in materia di tutela giurisdizionale effettiva. A questo proposito, la giurisprudenza esistente mostra i proficui risultati della cooperazione tra la Corte e gli organi giurisdizionali nazionali nell'ambito dell'articolo 267 del TFUE, che si può supporre continueranno a prodursi. La Commissione seguirà attentamente la futura giurisprudenza pertinente della Corte e la valuterà, e, se necessario, prenderà in considerazione l'opportunità di aggiornare la presente comunicazione. 18.8.2017 C 275/36 Gazzetta ufficiale dell'Unione europea ".

<sup>20</sup> P. RESCIGNO, *Disciplina dei beni e situazioni della persona*, in *Quaderni fiorentini*, 5-6, 1976-77, p.861; adde, P. GROSSI, *Pagina Introduttiva*, in *ivi*, p. 1 ss. e S. RODOTÀ, *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali*, in *ivi*, p. 881.

<sup>21</sup> N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, 34 ss.

po. Fra i quali. L'articolazione diversa di situazioni soggettive protette dopo la sentenza 500 del 1999, sulla risarcibilità degli interessi legittimi. La critica al volontarismo e alla crisi del consenso, ma non alla operatività del concetto di diritto soggettivo<sup>22</sup>. L'attenzione non agli aspetti simbolici o formali ma all'effettività e alla giustiziabilità dei diritti, per "individuare le procedure adeguate per attivarli e darvi accesso"<sup>23</sup>.

#### 4. Per una dogmatica rimediabile.

Da qui la necessità di una buona dogmatica. Solo un cenno.

Niklas Luhmann, in posizione critica con il positivismo allora imperante, osserva che la giustizia non è una norma superiore, ma solo un obbligo di aumentare la complessità della decisione<sup>24</sup>. Sicché la dogmatica deve ridurre questa complessità per consentire che "quel volgere lo sguardo ora alle norme e ora ai fatti non resti senza guida, ma sappia di essere vincolato al sistema giuridico".

Luigi Mengoni, sul finire del secolo scorso, va oltre: la norma non è il testo, ma il suo significato compreso in relazione al caso da decidere<sup>25</sup>. L'analisi del linguaggio va completata anche con dati esterni al testo e la dogmatica ha un compito preciso. Deve procurare un quadro stabile di riferimento valutativo, usando anche modelli di decisione già noti<sup>26</sup>. Aprire la strada per l'analogia<sup>27</sup>. Consentire l'uso di un sillogismo critico che consenta soluzioni giustificabili *ex ante* e controllabili *ex post*<sup>28</sup>.

Se attualizziamo questi moniti emerge un compito preciso oggi.

Occorre costruire regole e rimedi in modo contestuale, tenendo conto di una pluralità di soggetti che producono diritto in base ad una pluralità di fonti. Vediamo come. In estrema sintesi.

Nei primi anni del 2000 la dilatazione dei mercati e l'accentuarsi della complessità dei sistemi hanno prodotto fenomeni simili in ogni ordinamento. Deperisce il ruolo e l'utilità delle tradizionali categorie, cresce il rilievo delle discipline di settore, mentre ciò che avviene nel diritto comunitario è noto. Il fervore di studi e il fiorire di commissioni e di testi per la creazione di un diritto comune delle obbligazioni e dei contratti si è chiuso con l'abbandono di ogni progetto organico.

D'altra parte, non è cessata l'azione comunitaria indicata nel Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, volta a creare un nucleo di principi uniformi a livello sovranazionale. La Commissione e la Corte di Giustizia in tema di ambiente, e non solo, stanno svolgendo un ruolo fondamentale. Senza astratte generalizzazioni. E con un metodo chiaro.

La necessità di ripensare concetti astratti e di individuare invece *rimedi effettivi*. Il che pone un problema iniziale. Precisare il significato delle due parole. *Rimedio* ed *effettivo*.

Iniziamo dal primo, dal profilo sostanziale. Ripetendo cose note a tutti<sup>29</sup>.

Negli ordinamenti continentali, a differenza della *common law*, il diritto precede il rimedio con una precisa conseguenza. L'analisi delle forme di tutela presuppone l'esistenza di un interesse protetto, sicché l'approccio rimediabile non incide sull'*an* della protezione, ma solo sulla modalità di ricerca e di attuazione della protezione più efficiente. Ciò significa che il rimedio non si sostituisce al diritto o all'obbligazione sostanziale, ma intende fornire una tutela adeguata in presenza di violazioni di interessi già protetti.

Il metodo dunque rifiuta il formalismo, e sul punto occorre un chiarimento ulteriore<sup>30</sup>.

Rifiuto del formalismo significa attribuire un ruolo ai Principi nel riconoscimento della rilevanza giuridica di un interesse. Per un motivo chiaro. In mancanza di una precisa disposizione non esiste il vuoto se esiste un Principio. Ciò si evince con chiarezza dall'art. 117 della Costituzione che sottopone la potestà legislativa al rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali<sup>31</sup>. La chiara attribuzione di preminenza a forme gerarchicamente sovraordinate alla legge, attribuisce ai principi superiori il valore di indici di una giuridicità, che esiste anche in mancanza di una precisa e completa disposizione.

<sup>22</sup> T. DALLA MASSARA, *Il Consenso annichilito. La critica radicale del contratto in Siegmund Schlossmann*, Bologna, 2021, p. 103 ss.

<sup>23</sup> M. GRAZIADEI, *Il Diritto soggettivo*, in *Tratt. Sacco*, Torino, Utet, 2001, p. 62-63.

<sup>24</sup> N. LHUMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica* (1974), Bologna, 1978, p.48-49, 58 ss.

<sup>25</sup> L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, p. 24-25.

<sup>26</sup> L. MENGONI, *Prefazione*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. VIII-IX.

<sup>27</sup> Si v. V. VELLUZZI, *L'analogia giuridica presa sul serio*, in *Criminalia*, 2021.

<sup>28</sup> Si v. G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 1103 e M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *ivi*, 2001, p. 11.

<sup>29</sup> *Ex multis*, si v. A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 341; S MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *ivi*, 2007, p. 585.

<sup>30</sup> Mi permetto il richiamo a G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, p.11. ss.

<sup>31</sup> G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, cit., p.41 ss.

Ed è ciò che accade con la riforma dell'art. 9 della Costituzione.

636 | Ciò che occorre è un ripensamento del linguaggio e degli strumenti concettuali affidandosi ancora alla “potenza creativa del diritto”<sup>32</sup> e alle intuizioni più brillanti del passato in una continuità che afferma i diritti e gli interessi protetti come espressione di principi di giustizia in assenza, spesso, di un titolare determinato<sup>33</sup> perché intesi, anche e soprattutto, come “vincoli per l'azione dei poteri” che si difendono con comportamenti collettivi, superando, in certi casi, l'idea stessa di capacità e titolarità per incentrare la loro identità sulla rappresentanza di chi li può far valere.

Sicché 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<sup>34</sup>.

Come si è ricordato esiste un ampio materiale normativo che affianca e supera la codificazione civile ed occorre ripartire dalla sollecitazione di un'attività legislativa e da una costruzione sapienziale che sappia costruire nuove categorie e nuove tutele per dar voce a chi ancora non c'è e dare risposte agli scettici di fronte ad un cambiamento oramai impressionante. Non si parte da zero<sup>35</sup>. Basta un esempio.

Il Tribunale costituzionale tedesco si è pronunciato, di recente, sul rispetto degli obblighi di protezione dei diritti fondamentali in un'azione attivata da minorenni e giovani adulti che “lamentavano un diritto fondamentale ad un futuro dignitoso” (art. 1.1 Cost. tedesca) leso dalle misure, a loro dire, insufficienti dello Stato tedesco in tema di contrasto al cambiamento climatico. Ciò perché il principio della Dignità umana non potrebbe essere violato dalle istituzioni tenute a garantire “le basi dell'autosviluppo e la conservazione delle condizioni di esistenza delle generazioni future”. La Corte ha ammesso i ricorsi contro la legge tedesca, ma non il reclamo costituzionale contro l'omissione da parte del legislatore che ha comunque provveduto ad emanare un provvedimento sulla base del suo po-

tere discrezionale<sup>36</sup>. Ma esistono oggi nel mondo oltre 1500 contenziosi. Un caso contro l'Unione europea pende davanti alla Corte EDU<sup>37</sup>. Esiste una letteratura molto ampia segno che la dottrina civilistica è chiamata a ripensare in profondità le categorie fondamentali: dalla struttura della norma privatistica, alla soggettività, alle situazioni soggettive.

Sul piano processuale sono ancora attualissime le parole di Chiovenda.

Andrea Proto Pisani ricorda di recente il Maestro, ponendo in luce il perché sui suoi scritti non abbiano lasciato traccia la patina del tempo<sup>38</sup>.

Le premessa teorica di fondo del discorso di Chiovenda concerne la assoluta *atipicità* del diritto di azione «nel diritto moderno le azioni sono tante quanto sono le norme che possono attuarsi»<sup>39</sup>; «nel nostro ordinamento la regola è che nel processo civile può chiedersi l'attuazione di *qualunque volontà di legge* che garantisca un bene»<sup>40</sup>; «ogni volontà concreta di legge, di cui sia possibile la formazione secondo una legge sostanziale, deve trovare nella legge processuale mezzi idonei di attuazione» anche se «il numero e la natura di questi mezzi variano secondo le leggi dei vari luoghi e dei vari tempi»<sup>41</sup>.

Da qui la conclusione famosissima<sup>42</sup>: «La volontà della legge tende ad attuarsi nel campo dei fatti fino alle estreme conseguenze praticamente e giuridicamente possibili. Conseguentemente il processo *deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire*. Il processo come organismo pubblico d'attuazione della legge è per sé stesso fonte di tutte le azioni praticamente possibili, che tendano all'attuazione d'una volontà di legge. E dunque *ogni modo d'attuazione della legge (ed ogni mezzo esecutivo) che sia praticamente possibile e non sia contrario ad una norma generale o speciale di diritto deve ritenersi ammissibile*.

<sup>36</sup> G. PULEIO, *Rimedi civilistici*, cit., p. 487.

<sup>37</sup> Traggo questi dati e moltissime suggestioni dal saggio di M. GRAZIADEI – D. DI MICCO, *Establishing the rights of nature in Italy: between tradition and change*, che ho potuto esaminare prima della pubblicazione per la cortesia di Michele Graziadei.

<sup>38</sup> A. PROTO PISANI, *Principi e valori ancora attuali del sistema di Giuseppe Chiovenda*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 526 e, *ivi*, il richiamo a P. SPAZIANI, *I processualisti dell'«età aurea»*, Bari 2022, e G. SCARSELLI, *Il devoto omaggio. Ricordo dei processualisti del passato*, Pisa 2020.

<sup>39</sup> A. PROTO PISANI, *Principi*, cit., e il richiamo a G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1933, I, n. 10, p. 30.

<sup>40</sup> A. PROTO PISANI, *Principi*, cit., e il richiamo a G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, n. 10, p. 30.

<sup>41</sup> A. PROTO PISANI, *Principi*, cit., e il richiamo a G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, n. 10, p. 31-32.

<sup>42</sup> A. PROTO PISANI, *Principi*, cit., e il richiamo a G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, n. 12 e *Id.*, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 81-82.

<sup>32</sup> G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, cit., p. 365 ss.

<sup>33</sup> Come ci ricorda chi ha parlato, in un celebre saggio di “diritti senza soggetto”: R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, 1960, p. 149 ss. e il riferimento all'eredità giacente, l'accettazione con beneficio d'inventario e la stessa idea di persona giuridica.

<sup>34</sup> A. D'ALOJA, *op. cit.*, 345-346.

<sup>35</sup> G. PULEIO, *Rimedi civilistici e cambiamento climatico antropogenico*, in *Pers.merc.*, 2021, p. 469.





Questa è la premessa e il significato processuale dell’*“effettività della tutela giurisdizionale come principio ermeneutico del diritto vigente.”* Ciò che si dice negli art. 2932 c.c. e l’art. 700 c.p.c. del codice del 1942 era già enunciato nei primi decenni del secolo scorso<sup>43</sup> e aspetta di essere attuato sia dalla legislazione che dall’interprete.

Ed è chiaro il compito della dottrina. Si dovranno ripensare i rimedi ma non solo.

Muta il ruolo della Corte costituzionale, della Pubblica amministrazione e dei giudici ordinari e amministrativi nel rafforzare gli strumenti di controllo contro l’inattività o gli abusi del Potere e contro i soprusi dell’Autorità.

Con un’azione che sappia comprendere l’esperienza umana in questo momento storico e sappia dare risposte alle attese e alle responsabilità di tutti nei confronti del futuro.

---

<sup>43</sup> V. ANDRIOLI, *Progresso del diritto e stasi del processo*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova 1958, V, p. 410 ss.

## DECISIONI ALGORITMICHE TRA DIRITTO ALLA SPIEGAZIONE E DIVIETO DI DISCRIMINARE\*

Di Gabriele Carapezza Figlia

| 638

**SOMMARIO:** 1. *Trattamento algoritmico dei dati e rischi di discriminazione contrattuale.* – 2. *Divieto di decisioni totalmente automatizzate: fondamento, ambito di applicazione e limiti.* – 3. *Trasparenza della decisione algoritmica e diritto alla spiegazione.* – 4. *Inadeguatezza del paradigma dell'autodeterminazione informativa ed effettività delle tutele civili anti-discriminatorie.*

*ABSTRACT.* Nell'era del capitalismo digitale, l'impiego delle tecniche di decisione totalmente o parzialmente automatiche favorisce una razionalizzazione dei processi cognitivi, incrementando – specialmente nelle procedure caratterizzate da serialità e predeterminazione dei parametri – la rapidità e l'uniformità delle scelte. Il ricorso all'elaborazione algoritmica dei dati è, tuttavia, gravido di elevati rischi, insiti nello sviluppo di modelli altamente predittivi, capaci di trasformare i preconcetti diffusi e radicati nell'ambiente sociale in una strategia di ottimizzazione del profitto e di allocazione efficiente delle risorse. I sistemi di intelligenza artificiale data driven tendono, pertanto, a incidere sulla eguale opportunità di accesso al mercato, impedendo automaticamente ai membri del gruppo svantaggiato l'accesso al bene o servizio scambiato o imponendo loro condizioni contrattuali diverse o peggiori. A questa sfida occorre rispondere non soltanto attingendo allo strumentario offerto dalla disciplina in materia di tutela dei dati personali, ma anche avvalendosi della normativa antidiscriminatoria, che impone di giustificare l'effetto di diseguaglianza creato dai poteri in senso lato normativi nei rapporti intersoggettivi di diritto privato.

*In the era of digital capitalism, the use of totally or partially automatic decision techniques allows a rationalization of cognitive processes, increasing – especially in procedures characterized by seriality and predetermination of parameters – the speed and uniformity of choices. The use of algorithmic data processing is, however, full of high risks, inherent in the development of highly predictive models, capable of transforming widespread preconceptions rooted in the social environment into a strategy of profit optimization and efficient resource allocation. Data-driven artificial intelligence systems therefore tend to affect equal market access opportunities, automatically excluding members of the disadvantaged group or imposing different or worse contractual conditions on them. To respond to this challenge, it is necessary to apply not only the data protection law, but also the anti-discrimination legislation, which requires justifying the effect of inequality created in private law relationships.*



## 1. Trattamento algoritmico dei dati e rischi di discriminazione contrattuale.

L'incidenza del paradigma anti-discriminatorio su un modello di regolamentazione del mercato che concili libertà di iniziativa economica ed eguaglianza di opportunità di accesso esige un ripensamento del tradizionale approccio al trattamento dei dati personali<sup>1</sup>, in uno scenario nel quale l'elaborazione algoritmica è in grado di sviluppare modelli altamente predittivi, capaci di trasformare i preconcetti diffusi e radicati nell'ambiente sociale in una strategia di ottimizzazione del profitto e di allocazione efficiente delle risorse<sup>2</sup>.

Nell'era del capitalismo digitale, l'analitica previsionale utilizza l'enorme volume di dati generati nell'infosfera<sup>3</sup>, tanto da utenti che vivono in una dimensione collocata sul sempre più labile confine tra *online* e *offline*<sup>4</sup>, quanto dal mondo degli oggetti interconnessi con altri dispositivi nell'*Internet of things*<sup>5</sup>.

Il processo di elaborazione e aggregazione dei dati mediante algoritmi permette, nella *data economy*<sup>6</sup>, una profilazione massiva allo scopo di tratteggiare, in modo sempre più sofisticato, le tendenze evolutive dei mercati, ma anche di valutare la domanda individuale di consumo a scopi di pubblicità e commercializzazione personalizzata<sup>7</sup>. Inoltre, lo sviluppo di sistemi di intelligenza artificiale *data driven* consente una crescente automazione degli

strumenti di decisione sia in ambito pubblico sia in ambito privato, in un numero sempre più ampio di settori: dall'emanazione dei provvedimenti amministrativi all'erogazione di prestazioni sociali; dalla gestione dei processi di assunzione alla valutazione delle prestazioni dei dipendenti; dall'applicazione di prezzi differenziati nella vendita di beni e servizi alla stima dell'affidabilità finanziaria nella concessione di crediti<sup>8</sup>.

Se l'impiego delle tecniche di decisione totalmente o parzialmente automatiche favorisce una razionalizzazione dei processi cognitivi, incrementando – specialmente nelle procedure caratterizzate da serialità e predeterminazione dei parametri – l'efficienza, la rapidità e l'uniformità delle scelte<sup>9</sup>, il ricorso alla tecnologia algoritmica non è priva di elevati rischi<sup>10</sup>.

Il trattamento automatizzato dei dati ingloba il soggetto in una *filter bubble* costruita mediante le selezioni preferenziali in rete, imprigionandolo nel suo passato<sup>11</sup>, perché le tecniche di profilazione che elaborano i *cluster* di dati, lasciati come impronte digitali dall'utente o dai dispositivi collegati (ricerche passate; commenti; *click* precedenti; geolocalizzazioni), producono in uno schema *input-output* analisi condizionate dai dati in ingresso e dalla loro qualità<sup>12</sup>.

Per di più, tramite l'uso di forme di intelligenza artificiale è possibile estrarre informazioni sulle caratteristiche dell'individuo non soltanto dai dati

\* Il lavoro è destinato agli *Scritti in onore di Rosalba Alessi*

<sup>1</sup> Magistrale l'insegnamento di S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, 1ª ed., Bologna, 1995.

<sup>2</sup> Sviluppano una completa analisi delle nuove prospettive J. KLEINBERG, J. LUDWIG, S. MULLAINATHAN e C.R. SUNSTEIN, *Discrimination in the age of algorithms*, in *J. of Legal Analysis*, X, 2018, 113 ss.

<sup>3</sup> Una revisione teorica della nozione di dato in rapporto a quella di informazione in S. ORLANDO, *Data vs capta: intorno alla definizione di dati*, in *Nuovo dir. civ.*, 2023, 14 ss.

<sup>4</sup> L'acuta definizione di *onlife* per un contesto nel quale il mondo digitale *online* si mescola con quello analogico *offline* è di L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017, 27 ss.

<sup>5</sup> Un'aggiornata panoramica delle principali problematiche dell'*Internet of things* in G. NOTO LA DIEGA, *Internet of Things and the Law: Legal Strategies for Consumer-Centric Smart Technologies*, Londra, 2022.

<sup>6</sup> La patrimonializzazione del dato personale e la sua circolazione negoziale nella nuova economia dei dati sono approfondite lucidamente da V. RICCIUTO, *L'equivoco della privacy. Persona v.s. dato personale*, Napoli, 2022, sul quale v. G. CARAPEZZA FIGLIA, "L'equivoco della privacy". *Circolazione dei dati personali e tutela della persona*, in *Jus civile*, 2022, 1372 ss.

<sup>7</sup> Osserva S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma, 2012, 329, che nella profilazione «si riflette una modellizzazione della società che produce appunto conformità più che normalità», in un effetto rafforzato dal *data mining* «poiché il modello viene individualizzato, riferito a singole persone, utilizzato in maniera mirata e selettiva».

<sup>8</sup> V., utilmente, M. DELMASTRO e A. NICITA, *Big data. Come stanno cambiando il nostro mondo*, Bologna, 2019, 14 ss.

<sup>9</sup> In questo senso, G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di eguaglianza*, in *Pol. dir.*, 2019, 211 ss., il quale osserva che «l'automazione del processo decisionale» risulta «astrattamente in linea, non soltanto con le istanze di calcolabilità delle relazioni di mercato, ma anche con i canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa».

<sup>10</sup> Una lucida identificazione dei rischi sottesi all'elaborazione algoritmica in P. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, in ID., S. GIOVA e I. PRISCO (a cura di), *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, Napoli, 2020, 379 ss., il quale rileva l'esigenza di controllare «i risultati prodotti verificandone la compatibilità con il sistema ordinamentale» (p. 380 s.). In argomento cfr., altresì, C. PERLINGIERI, *Diritto privato delle nuove tecnologie: contenuti e competenze*, in *Tecnologie e diritto*, 2021, 70 ss.; E. BATTELLI, *Necessità di un umanesimo tecnologico: sistemi di intelligenza artificiale e diritti della persona*, in *Dir. fam. pers.*, 2022, 1096 ss.

<sup>11</sup> Si rinvia a E. PARISER, *The Filter Bubble: What The Internet Is Hiding From You*, New York, 2011, sul quale v. M. BIANCA, *La filter bubble e il problema dell'identità digitale*, in *Media-laws*, 2019, 39 ss.

<sup>12</sup> Evidenzia D. IMBRUGLIA, *Le presunzioni delle macchine e il consenso dell'interessato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 927, che nelle tecniche di *machine learning* la «modalità di elaborazione dell'algoritmo differisce da quella dei *software* c.dd. tradizionali», perché «la formazione dell'inferenza è interamente automatizzata», sì che lo sviluppo della presunzione è svolto interamente dalla macchina.



consapevolmente rilasciati, ma anche dalle c.dd. *proxies* che i sistemi di *machine learning* trasformano in predizioni spesso più accurate delle stesse informazioni fornite dagli utenti<sup>13</sup>. È stato dimostrato che bastano pochi *like* per identificare l'orientamento religioso di un soggetto (con una probabilità dell'82%); quello politico (con una probabilità dell'85%); il genere (con una probabilità del 93%); l'origine etnica (con una probabilità del 95%)<sup>14</sup>. In altri termini, il *data mining* inferisce, con enorme esattezza, attributi altrimenti invisibili, individuando relazioni statistiche da *set* di dati, che permettono di classificare gli individui in gruppi in base a criteri soltanto apparentemente neutri<sup>15</sup>.

Molti sistemi di intelligenza artificiale sono, inoltre, delle *black box*, delle quali conosciamo gli *input* e gli *output* ma non i meccanismi di funzionamento, che rischiano di razionalizzare pregiudizi socialmente diffusi o di generare discriminazioni inconsapevoli<sup>16</sup>.

Nei sistemi di *machine learning* possono svilupparsi *statistical biases*<sup>17</sup>, perché ora i decisori camuffano discriminazioni intenzionali con la programmazione dell'algoritmo, ora i dati utilizzati come *input* riflettono indirettamente un pregiudizio, ricorrendo con maggiore frequenza nei gruppi sociali "svantaggiati"<sup>18</sup>, ora i *set* di dati non sono sufficientemente rappresentativi, in quanto le classi di individui portatrici di un fattore di rischio risultano sottodimensionate rispetto alla popolazione generale<sup>19</sup>.

Rimangono celebri alcuni casi: il *software* COMPAS adoperato negli Stati Uniti per la predizione del rischio di recidive di soggetti sottoposti a procedimenti penali, che è stato giudicato conforme al *due process of law*, nonostante evidenziasse un pregiudizio sistematico nei confronti degli afroamericani<sup>20</sup>; l'algoritmo impiegato nel Regno Unito e in Irlanda per la valutazione conclusiva dei risultati di apprendimento degli studenti, che discriminava quelli ad alto rendimento in relazione alla localizzazione degli istituti scolastici<sup>21</sup>; il sistema di riconoscimento facciale automatico utilizzato dalla polizia gallese, che è stato considerato non scevro dall'influenza di fattori quali il genere e l'origine etnica dei soggetti controllati<sup>22</sup>.

Nelle tecniche di *big data analytics*, allora, il processo prognostico sembra cristallizzare un «determinato 'stato del mondo'»<sup>23</sup>, incorporando i preconcetti sociali nei dati di apprendimento capaci di guidare le funzioni predittive, così da influenzare i risultati ottenuti e i conseguenti processi decisionali. Negli scambi *on line*, anzi, il trattamento algoritmico dei dati – con le sue spiccate capacità di aggregare gli individui per una loro caratteristica rilevante – può perpetuare e amplificare i pregiudizi diffusi<sup>24</sup>, in misura enormemente maggiore rispetto ai mercati *off line*<sup>25</sup>, impedendo automaticamente ai membri del gruppo svantaggiato l'accesso al bene o servizio

<sup>13</sup> Un approfondimento sull'attitudine delle tecniche predittive a incorporare *biases* presenti nella selezione dei dati rilevanti in D. KEATS CITRON e F. PASQUALE, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, in *Washington L. Rev.*, 89, 1, 2014, 1 ss.

<sup>14</sup> Si tratta dello studio di M. KOSINSKI, D. STILLWELL e T. GRAEPEL, *Private Traits and Attributes Are Predictable from Digital Records of Human Behavior*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 110 (15), 2013, 5802 ss.

<sup>15</sup> Cfr. M. DELMASTRO e A. NICITA, *op. cit.*, 35 s.

<sup>16</sup> «*Human decisions are frequently opaque to outsiders, and they may not be much more transparent to insiders*»: J. KLEINBERG, J. LUDWIG, S. MULLAINATHAN e C.R. SUNSTEIN, *op. cit.*, 113. Cfr., più ampiamente, F. PASQUALE, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge-London, 2015.

<sup>17</sup> Illustra accuratamente i diversi fattori che possono celarsi alla radice dell'effetto discriminatorio dell'algoritmo, G. RESTA, *op. cit.*, 217 s.

<sup>18</sup> «*While these correlations may be "true" in the sense of statistical validity, we societally and politically often wish they weren't*»: L. EDWARDS e M. VEALE, *Slave to the Algorithm? Why a "Right to an Explanation" Is Probably not the Remedy You Are Looking for*, in *Duke L. Tech. Rev.*, 2017, 16, 28 s.

<sup>19</sup> La sottorappresentazione di alcuni strati della popolazione nei *big data* utilizzati dalle intelligenze artificiali è rilevata da J. LERMAN, *Big data and Its Exclusions*, in *Stan. L. Rev. Online*, 2013, 66, 55, il quale propone di sviluppare «*a new legal doc-*

*trine*» – definita «*data antisubordination*» – «*to protect those persons whom the big data revolution risks sidelining*».

<sup>20</sup> Si tratta della decisione resa dalla Supreme Court del Wisconsin nel caso *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749, 2016, ove la violazione del *due process* è esclusa poiché il dispositivo COMPAS costituiva soltanto uno dei fattori impiegati per la determinazione della misura sanzionatoria.

<sup>21</sup> Per una dettagliata analisi, v. E. FALLETTI, *Discriminazione algoritmica. Una prospettiva comparata*, Torino, 2022, 250 ss.

<sup>22</sup> La decisione della *Court of Appeal* nel caso *R. (on the application of Bridges) v. Chief Constable of South Wales Police*, [2020] EWCA Civ 1058 è commentata da G. GIORGINI PIGNATIELLO, *Il contrasto alle discriminazioni algoritmiche: dall'anarchia giuridica alle Digital Authorities?*, in *Federalismi.it*, 2021, 179.

<sup>23</sup> In questi termini, G. RESTA, *op. cit.*, 214, il quale rileva che le tecniche di *big data analytics* hanno «la propensione a "codificare" il passato, ingabbiando soluzioni e predizioni all'interno delle griglie fornite dai trascorsi storici e dal set di valori che ha guidato la programmazione del sistema».

<sup>24</sup> Sul rischio che, con l'impiego massiccio di tecniche decisionali algoritmiche, «*societies are destined to continue to reinforce patterns of entrenched privilege and disadvantage, widening gaps between rich and poor, and perpetuation of disadvantage*» v. J. WOLFF e A. DE-SHALIT, *Disadvantage*, Oxford, 2007, 186.

<sup>25</sup> Le ragioni della persistenza delle discriminazioni nei mercati sono evidenziate da C.R. SUNSTEIN, *Why Markets Won't Stop Discrimination*, in *Soc. Phil. Pol.*, 1991, 8, 22 ss.



scambiato o imponendo loro condizioni contrattuali diverse o peggiori<sup>26</sup>.

La costruzione algoritmica delle classi, in base a una selezione delle caratteristiche rilevanti degli individui, incide allora sulla *equal opportunity* di accesso al mercato, generando risultati che mascherano, sotto le vesti di una valutazione di ordine logico, giudizi di valore, dei quali occorre verificare la compatibilità con i principi fondamentali del sistema ordinamentale<sup>27</sup>. A questa sfida l'interprete può rispondere oggi non soltanto attingendo allo strumentario offerto dalla disciplina in materia di tutela dei dati personali, ma anche avvalendosi della normativa antidiscriminatoria, che impone di giustificare l'effetto di diseguaglianza creato dai poteri in senso lato normativi nei rapporti intersoggettivi di diritto privato<sup>28</sup>.

## 2. Divieto di decisioni totalmente automatizzate: fondamento, ambito di applicazione e limiti.

La tutela della persona contro la discriminazione algoritmica rinviene un primo momento di emersione nel tessuto normativo del GDPR<sup>29</sup>, il quale affronta tanto la questione delle condizioni di liceità quanto quella della trasparenza dei procedimenti di profilazione e decisione automatica<sup>30</sup>.

In particolare, tenuto conto di quanto previsto dal considerando 71, l'art. 22 GDPR riconosce a ogni individuo il «diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in

modo analogo significativamente sulla sua persona» (art. 22, 1° co., GDPR)<sup>31</sup>.

Si tratta di «una norma generale sulla distribuzione del potere di decisione nel mondo digitale»<sup>32</sup>, ispirata al rispetto del principio di dignità<sup>33</sup>, che prevede un vero e proprio divieto oggettivo di decisioni rilevanti sul piano personale fondate sulle previsioni macchiniche, offrendo una tutela di ampia portata dagli effetti pregiudizievoli del trattamento automatizzato, senza richiedere l'esercizio di un diritto di opposizione da parte dell'interessato<sup>34</sup>.

Il divieto si applica ai processi decisionali totalmente basati sul trattamento automatizzato, privi cioè di un coinvolgimento umano rilevante. In altri termini, non sono proibite le decisioni adottate a valle di un trattamento automatico, purché intervenga nella valutazione un contributo umano che non sia minimo o meramente simbolico, ma comporti un riesame del processo in grado di esercitare un'influenza sul risultato finale<sup>35</sup>. Una differenza che suscita perplessità, in virtù della diffusa tendenza alla ricezione integrale delle decisioni delle intelligenze artificiali, che gli agenti umani propendono a qualificare come razionali<sup>36</sup>.

Occorre, inoltre, che gli effetti della decisione sulla sfera dell'interessato siano significativi<sup>37</sup>. Il considerando 71 offre due esempi «quali il rifiuto

<sup>26</sup> Sul concetto normativo di discriminazione sia consentito rinviare a G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Napoli, 2013, 73 ss.

<sup>27</sup> Rileva P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, 540, nota 843, che «la decisione di aggregare individui per una loro caratteristica rilevante deve essere controllata, come giudizio di valore, nella sua congruenza con l'intreccio dei valori costituzionali richiamati nella fattispecie». Più di recente cfr. ID., *Discriminazione (divieto di)*, in *Enc. dir., I tematici*, I, Milano, 2021, 499 ss.

<sup>28</sup> Si veda, volendo, G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1405 ss.

<sup>29</sup> Una riflessione sul coagularsi della disciplina del GDPR intorno al valore della persona umana in V. CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali*, in *Contr. impr.*, 2018, 1098 ss.

<sup>30</sup> Cfr., in argomento, E. PALMERINI, *Algoritmi e decisioni automatizzate. Tutele esistenti e linee evolutive della regolazione*, in L. EFRÉN RÍOS VEGA, L. SCAFFARDI e I. SPIGNO (a cura di), *I diritti fondamentali nell'era della digital mass surveillance*, Napoli, 2019, 209 ss.

<sup>31</sup> V., per un articolato approfondimento della disciplina racchiusa nell'art. 22 GDPR, A.G. GRASSO, *GDPR Feasibility and Algorithmic Non-Statutory Discrimination*, Napoli, 2023, 29 ss., secondo il quale essa «*is far from being an easily interpretable provision*». Le «tre condizioni cumulative» di applicabilità della disposizione sono analizzate accuratamente da Corte giust., 7 dicembre 2023, c. 634/21, OQ c. Land Hessen, § 43 ss.

<sup>32</sup> Così, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 328.

<sup>33</sup> In questi termini, G. RESTA, *op. cit.*, 222, secondo il quale la proibizione evita «che la persona sia resa oggetto passivo di decisioni assunte in forma deumanizzata».

<sup>34</sup> Cfr. Gruppo di lavoro art. 29 per la protezione dei dati, *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, 25, ove si aggiunge che «effetti significativi possono risultare anche da azioni di persone diverse dalla persona alla quale fa riferimento la decisione automatizzata».

<sup>35</sup> Si rinvia alle attente considerazioni di 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, 1223 ss.

<sup>36</sup> Sottolinea R. CATERINA, *Autonomia e intelligenza artificiale*, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA e I. PRISCO (a cura di), *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, cit., 142, che «l'essere umano non ha in concreto gli strumenti per sottoporre a vaglio critico i risultati elaborati dall'intelligenza artificiale, e dunque non può che riceverli integralmente».

<sup>37</sup> Discorre di «ampia portata rivestita dalla nozione di "decisione"», Corte giust., 7 dicembre 2023, c. 634/21, OQ c. Land Hessen, §§ 44-45, secondo la quale essa «rinviava non solo ad atti che producono effetti giuridici riguardanti il soggetto di cui trattasi, ma anche ad atti che incidono significativamente su di esso in modo analogo».



automatico di una domanda di credito *online* o pratiche di assunzione elettronica senza interventi umani», che le Linee guida elaborate dal Comitato europeo per la protezione dei dati arricchiscono ulteriormente, precisando che vanno, comunque, considerati rilevanti – oltre agli effetti «in grado di incidere in maniera significativa sulle circostanze, sul comportamento o sulle scelte dell'interessato» e quelli che hanno «un impatto prolungato o permanente sull'interessato» – gli effetti discriminatori, compreso il *dynamic pricing*, ogni qual volta «prezzi proibitivi elevati impediscono effettivamente a una persona di ottenere determinati beni o servizi»<sup>38</sup>.

Nell'ambito applicativo del divieto è incerto se rientri anche il *marketing online* basato sulla profilazione. Una soluzione affermativa appare preferibile quando le conseguenze prodotte dal *microtargeting* sulla sfera individuale raggiungano una soglia rilevante, come accade nelle ipotesi di c.d. *webblining* ove sia potenzialmente escluso o ristretto l'accesso a beni o servizi da parte dei membri di determinati gruppi sociali (ad esempio, qualora i sistemi di ricerca *online* di abitazioni orientino gli utenti verso differenti zone in base all'origine etnica) oppure in quelle – che potrebbero altresì incorrere nel divieto di pratiche commerciali aggressive ex art. 25, 1° co., lett. d, c. cons. – ove sia limitata la libertà di scelta o di comportamento di consumatori vulnerabili (ad esempio, qualora annunci pubblicitari di prodotti finanziari ad alto rischio siano rivolti in modo invasivo a destinatari dei quali si conoscano le effettive o probabili difficoltà economiche)<sup>39</sup>.

Il divieto di decisioni automatizzate conosce significative eccezioni, in presenza di specifici presupposti di liceità, quali la necessità per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento; l'autorizzazione da parte di una previsione di legge; il consenso esplicito dell'interessato (art. 22, 2° co., GDPR)<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Cfr. Gruppo di lavoro art. 29 per la protezione dei dati, *op. cit.*, 21. Osserva acutamente A. FEDERICO, *Equilibrio e contrattazione algoritmica*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, 515 s., che «le nuove tecnologie consentono agli operatori commerciali di individuare la specifica disponibilità di pagamento di ogni cliente senza ricorrere a negoziazioni individuali». Sul *dynamic pricing* v., altresì, F.Z. BORGESIU, *Price discrimination, algorithmic decision-making, and European non-discrimination law*, in *European Business L. Rev.*, 2019, 31, 401 ss.

<sup>39</sup> Comunicazione della Commissione *Una strategia europea per i dati* COM/2020/66 final del 19 febbraio 2020, disponibile su *eur-lex.europa.eu*.

<sup>40</sup> Secondo R. MESSINETTI, *La tutela della persona umana versus l'intelligenza artificiale. Potere decisionale dell'apparato tecnologico e diritto alla spiegazione della decisione automatizzata*, in *Contr. impr.*, 2019, 890, «la vulnerabilità della persona esposta al potere decisionale dell'apparato tecnologico è la chiave per comprendere il senso del divieto generale posto

Tuttavia, alle ipotesi di decisioni automatizzate fondate sulle basi giuridiche della necessità per la conclusione o l'esecuzione di un contratto e del consenso esplicito, sono correlate incisive forme di tutela<sup>41</sup>, giacché il titolare è tenuto ad adottare misure appropriate per salvaguardare l'interessato, garantendo «almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione» (art. 22, 3° co., GDPR)<sup>42</sup>. In altri termini, anche quando è lecito che il processo decisionale sia basato unicamente su un trattamento automatizzato, l'interessato conserva il diritto a qualche forma di partecipazione umana (c.d. *human in the loop*) che controlli, confermi o smentisca il risultato finale<sup>43</sup>.

Allo scopo di sottrarre al trattamento algoritmico il nucleo di dati che meritano maggiore protezione per la loro inerenza all'identità della persona e ai suoi diritti fondamentali, le decisioni automatizzate permesse non possono avvalersi, in ogni caso, delle categorie particolari di dati personali previste dall'art. 9, comma 1, GDPR<sup>44</sup>, salvo che l'interessato abbia prestato il proprio consenso esplicito o il trattamento sia necessario per motivi di interesse pubblico, dovendo comunque applicarsi misure adeguate di protezione degli interessi coinvolti (art. 22, 4° co., GDPR).

Oltre a definire l'area di liceità delle decisioni prese come risultato dell'elaborazione automatizzata dei dati<sup>45</sup>, il Regolamento persegue la finalità di escludere che il procedimento di profilazione e de-

dall'art. 22 GDPR e perciò della dialettica regola-eccezione che questa norma definisce».

<sup>41</sup> Osserva A.G. GRASSO, *op. cit.*, 74 s.: «*Their effectiveness depends first and foremost on the quality, quantity and, above all, relevance of the information and explanations that the data subject can receive from the controller*».

<sup>42</sup> Sostiene che i diritti sono organizzati in una logica ascendente dalla richiesta di intervento umano sino al controllo giurisdizionale, C. SARRA, *Put Dialectics into the Machine: Protection against Automatic-decision-making through a Deeper Understanding of Contestability by Design*, in *Global Jurist*, 2020, XX, 3, 8.

<sup>43</sup> Discorre di «principio di non esclusività della decisione algoritmica», Cons. Stato, 4 febbraio 2020, n. 881, il quale esclude che possa postularsi «una coincidenza fra la legalità e le operazioni algoritmiche», occorrendo invece che siano sempre provate sul piano tecnico «le istruzioni impartite e le modalità di funzionamento delle operazioni informatiche se ed in quanto ricostruibili sul piano effettuale perché dipendenti dalla preventiva, eventualmente contemporanea o successiva azione umana di impostazione e/o controllo dello strumento».

<sup>44</sup> Un approfondimento sulle categorie particolari di dati in A. THIENE, Sub art. 9, in R. D'ORAZIO, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO e G. RESTA (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Milano, 240 ss.

<sup>45</sup> Si rinvia a M. DELL'UTRI, *Principi generali e condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO e V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 179 ss.

cisione automatica possa avvenire in modo occulto, in attuazione del principio di trasparenza che conforma intensamente le situazioni soggettive del titolare e dell'interessato<sup>46</sup>.

In tal senso, sono previsti specifici obblighi di informazione che si articolano diversamente nelle due fasi, distinte non soltanto cronologicamente, della raccolta dei dati e dell'esecuzione del trattamento<sup>47</sup>.

Innanzitutto, allo scopo di garantire un trattamento corretto e trasparente, l'informativa, prevista al momento della raccolta dei dati presso l'interessato o un soggetto diverso, deve riferirsi in modo specifico e intellegibile all'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione e fornire, almeno nei casi di decisione totalmente automatica, «informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato» (artt. 13, 2° co., lett. f e 14, 2° co., lett. g, GDPR)<sup>48</sup>. In secondo luogo, il medesimo interesse conoscitivo è soddisfatto mediante l'esercizio, da parte dell'interessato, del diritto di accesso, anche quando il trattamento sia iniziato, sia in corso di esecuzione o abbia già prodotto una decisione (art. 15, 1° co., lett. h, GDPR)<sup>49</sup>.

Nei rapporti di consumo, infine, il principio di trasparenza rinviene una specifica declinazione nella previsione racchiusa nell'art. 49, 1° co., lett. e-bis), c. cons. (introdotto dal d.lg. 7 marzo 2023, n. 26, in attuazione dell'art. 4, direttiva (UE) 2019/2161), che impone al professionista di fornire al consumatore «l'informazione che il prezzo è stato personalizzato sulla base di un processo decisionale automatizzato»<sup>50</sup>, prima che sia vincolato da un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali o da una corrispondente offerta<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> In tema, v. l'approfondita indagine di J.A. KROLL, J. HUEY, S. BAROCAS, E.W. FELTEN, J.R. REIDENBERG, D.G. ROBINSON e H. YU, *Accountable Algorithms*, in *University Pennsylvania L. Rev.*, 2017, 165, 633 s., secondo i quali «*the central issue is how to assure the interests of citizens, and society as a whole, in making these processes more accountable*».

<sup>47</sup> Un inquadramento generale degli obblighi di informazione in R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 311 ss.

<sup>48</sup> Un'interpretazione sistematica degli artt. 13 e 14 GDPR tale da valorizzare la leggibilità dell'algoritmo nelle ipotesi di decisioni automatizzate è proposta da G. COMANDÉ, *Leggibilità algoritmica e consenso al trattamento dei dati personali. Note a margine di recenti provvedimenti sui dati personali*, in *Danno e resp.*, 2022, 141 ss.

<sup>49</sup> Cfr. A. SPANGARO, *Il concetto di profilazione tra "direttiva madre" e GDPR*, in *Giur. it.*, 2022, 1557 ss.

<sup>50</sup> Sul punto v. A. FEDERICO, *Equilibrio e contrattazione algoritmica*, cit., 516 s.

<sup>51</sup> Una riflessione sui rapporti tra tutela dei dati personali e disciplina consumeristica in S. PAGLIANTINI, *L'interferenza asco-*

### 3. Trasparenza della decisione algoritmica e diritto alla spiegazione.

L'interpretazione sistematica del riferito quadro normativo, anche alla luce del considerando 71 GDPR<sup>52</sup>, permette di configurare un diritto alla trasparenza della decisione algoritmica, che assume un contenuto rafforzato in ragione del carattere totalmente automatico del procedimento. Se, infatti, all'interessato, è attribuito, in ogni caso, il diritto a essere informato che il trattamento dei suoi dati azioni un processo decisionale automatizzato, la posizione soggettiva si arricchisce quando è escluso ogni intervento umano significativo, trasformandosi in un vero e proprio diritto alla spiegazione della decisione<sup>53</sup>, che impone la leggibilità dell'algoritmo con riferimento alle sue possibili conseguenze sulla sfera giuridica dell'interessato.

La trasparenza, in grado di prevalere nel bilanciamento con i diritti di proprietà intellettuale e di proprietà industriale relativi al *software*<sup>54</sup> non richiede di svelare in modo completo l'algoritmo o le sue modalità tecniche di funzionamento, esigendo piuttosto un'informazione adeguata a rendere comprensibili i motivi alla base della decisione dell'agente intelligente<sup>55</sup>.

Se, dunque, nell'esercizio dell'attività amministrativa vincolata o discrezionale, secondo il Consiglio di Stato, il principio di trasparenza subordina l'utilizzo degli algoritmi, «in sede decisoria pubblica», alla «piena conoscibilità a monte del modulo

*sa tra GDPR e diritto dei consumatori: appunti per una tassonomia*, in *Giur. it.*, 2023, 2212 ss.

<sup>52</sup> Avverte del rischio insito in un'interpretazione meramente esegetica delle singole disposizioni in materia di tutela dei dati personali, P. PERLINGIERI, *Sul trattamento algoritmico dei dati*, in *Tecnologie e diritto*, 2020, 184.

<sup>53</sup> In diversa prospettiva, S. WACHTER, B. MITTELSTADT e L. FLORIDI, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *Int. Data Privacy L.*, 2017, 7, 76 ss., che argomentano in base all'intenzione del legislatore europeo di escludere un diritto alla spiegazione *ex post* di specifiche decisioni automatiche.

<sup>54</sup> Il considerando 63 GDPR stabilisce che il diritto di accesso ai dati personali da parte dell'interessato «non dovrebbe ledere i diritti e le libertà altrui, compreso il segreto industriale e aziendale e la proprietà intellettuale, segnatamente i diritti d'autore che tutelano il software». Tuttavia, secondo G. RESTA, *op. cit.*, 224 s., è auspicabile «optare per un'interpretazione restrittiva della clausola di salvaguardia (...), in linea peraltro con quanto espresso nei Considerando 34 e 35 della direttiva 2016/943/UE sulla protezione dei segreti commerciali». In argomento v., altresì, G. MALGIERI, *Trade Secrets v. Personal Data: a Possible Solution for Balancing Rights*, in *Int. Data Privacy L.*, 2016, 6, 102 ss.

<sup>55</sup> V., *amplius*, G. MALGIERI e G. COMANDÉ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data-Protection Regulation*, in *Int. Data Privacy L.*, 2017, 7, 243 ss.





utilizzato e dei criteri applicati», allo scopo di assicurare che «i criteri, i presupposti e gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione»<sup>56</sup>; nel campo delle decisioni prese da soggetti privati va assicurata, piuttosto, la leggibilità della «formula tecnica», rendendo chiara la modalità della sua traduzione in regola giuridica del caso concreto<sup>57</sup>.

Pertanto, l'utilizzazione dello strumento algoritmico fa sorgere in capo al soggetto che tratti i dati in maniera automatizzata un obbligo di informazione di intensità crescente che abbraccia, nel caso di integrale sostituzione della macchina all'intervento umano, non semplicemente la logica generale di funzionamento del *software*, ma l'*iter* procedimentale che conduce all'assunzione della decisione nei confronti di un singolo individuo. Si tratta, con le parole del Garante europeo della protezione dei dati, di una «*disclosure of the "logic of decision-making"*» che richiede di divulgare, ad esempio, i parametri sui quali si fonda la personalizzazione delle condizioni dei contratti di assicurazione sulla circolazione dei veicoli<sup>58</sup>; il *credit scoring* nelle procedure di finanziamento<sup>59</sup>; la strutturazione va-

riabile dei prezzi di beni e servizi nei rapporti *online*<sup>60</sup>.

Le elaborazioni giurisprudenziali, tra l'altro, sembrano conferire al diritto alla leggibilità dell'algoritmo una tendenza espansiva, individuando l'informazione sulla logica decisionale quale requisito indispensabile per la formazione di un consenso libero e consapevole, anche per la sua attitudine a condizionare l'esercizio del potere di controllo dell'interessato sulla circolazione dei propri dati<sup>61</sup>. In particolare, una recente decisione della Suprema Corte, resa in materia di elaborazione macchinica dei profili reputazionali, ha messo in luce l'essenzialità della trasparenza dell'algoritmo di calcolo del *rating* per la formazione di una valida determinazione di volontà, sì da escludere la liceità del trattamento automatizzato se manchi la consapevolezza da parte dell'interessato dello schema esecutivo dell'algoritmo e degli elementi che lo compongono<sup>62</sup>. La spiegazione *ex ante* del funzionamento del meccanismo decisionale, integrata tra i presupposti necessari per la libertà del consenso, è iscritta così nella cornice generale all'interno della quale il trattamento dei dati può considerarsi lecito, concretizzando la correttezza del comportamento del titolare e concorrendo ad assicurare la specificità del consenso dell'interessato.

<sup>56</sup> Cfr., nella giurisprudenza amministrativa, Cons. Stato, 4 febbraio 2020, n. 881, cit.; Cons. Stato, 8 aprile 2019, n. 2270, secondo il quale «la regola algoritmica deve essere non solo conoscibile in sé, ma anche soggetta alla piena cognizione, e al pieno sindacato, del giudice amministrativo»; nonché TAR Lazio, 21 marzo 2017, n. 3742 e TAR Lazio, 22 marzo 2017, n. 3769, in *Dir. inf.*, 2019, 979 ss., con commento di E. PROSPERETTI, *Accesso al software e al relativo algoritmo nei procedimenti amministrativi e giudiziari. Un'analisi a partire da due pronunce del Tar Lazio*. Una sensibile riflessione sul tema in G. DI ROSA, *Quali regole per i sistemi automatizzati "intelligenti"?*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 828 ss.

<sup>57</sup> Si rinvia ad A.G. GRASSO, *op. cit.*, 74 ss., per un'attenta ricostruzione del dibattito «*whether the data subject is only entitled to a general ex ante explanation of how the algorithm works, or a right to an ex post explanation of the decision concretely and individually made against him or her*».

<sup>58</sup> È noto che – secondo Corte giust., Grande Sez., 1 marzo 2011, c. 236/09, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats e a. c. Conseil de Ministres* – deve considerarsi contrario al principio della parità di trattamento tra donne e uomini (artt. 21 e 23 Carta dir. fond. Un. eur. e dir. 2004/113) mantenere, senza limiti di tempo, una deroga alla regola dei premi e delle prestazioni *unisex* nel settore dei servizi assicurativi.

<sup>59</sup> Secondo Corte giust., 7 dicembre 2023, c. 634/21, *OQ c. Land Hessen*, il calcolo automatizzato di un tasso di probabilità basato su dati personali relativi alla capacità di onorare gli impegni di pagamento costituisce un «processo decisionale automatizzato» ai sensi dell'art. 22 GDPR, «qualora da tale tasso di probabilità dipenda in modo decisivo la stipula, l'esecuzione o la cessazione di un rapporto contrattuale con tale persona da parte di un terzo al quale è comunicato tale tasso di probabilità». Sul problema della trasparenza degli algoritmi nel sistema di *credit scoring* v. P. MANES, *Credit scoring assicurativo, machine learning e profilo di rischio: nuove prospettive*, in *Contr. impr.*, 2021, 469 ss.

<sup>60</sup> Cfr. EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Opinion 7/2015. Meeting the challenges of big data. A call for transparency, user control, data protection by design and accountability*, 19 novembre 2015, 16, 19, dove si specifica: «*Some everyday examples where "the logic of decision-making" should be disclosed include a personalised car insurance scheme (using car sensor data to judge driving habits); credit scoring services; a pricing and marketing system that determines how much discount an individual will receive, or what media content to recommend to an individual*».

<sup>61</sup> Osserva R. MESSINETTI, *La tutela della persona umana versus l'intelligenza artificiale*, 890, che il diritto di ottenere una spiegazione significativa della logica sottostante al processo decisionale automatizzato «costituisce il *medium* necessario per l'esercizio di poteri fondamentali nei confronti dell'I.A.: in *primis* quello di contestarne la decisione».

<sup>62</sup> Cfr. Cass., ord., 25 maggio 2021, n. 14381, in *Rass. dir. civ.*, 2022, 367 ss., con nota di M. TANZILLO, *Rating reputazionale tra consenso dell'interessato e principi dell'ordinamento italo-europeo*, secondo la quale, in relazione ad algoritmi reputazionali, «non può logicamente affermarsi che l'adesione alla piattaforma da parte dei consociati comprenda anche l'accettazione di un sistema automatizzato, che si avvale di un algoritmo, per la valutazione oggettiva di dati personali, laddove non siano resi conoscibili lo schema esecutivo in cui l'algoritmo si esprime e gli elementi all'uopo considerati».

#### 4. Inadeguatezza del paradigma dell'autodeterminazione informativa ed effettività delle tutele civili anti-discriminatorie.

L'impostazione del GDPR affronta il problema del rischio della decisione algoritmica, enfatizzando maggiormente il versante dell'intelligibilità della logica sottostante al processo decisionale, rispetto a quello dei potenziali effetti discriminatori<sup>63</sup>.

La *digital regulation* del Regolamento si ispira, infatti, al paradigma dell'autodeterminazione informativa, riconducendo il fenomeno delle decisioni matematicamente formalizzate ai principi generali che ispirano il regime della circolazione dei dati personali, con l'obiettivo tanto di assoggettare le attività di trattamento a una stringente valutazione di liceità, quanto di assicurare all'interessato un *set* di diritti nei confronti del titolare<sup>64</sup>.

Questo modello culturale, tuttavia, non tiene conto del mutato scenario dischiuso dalle applicazioni di intelligenza artificiale che, in contrasto con il principio di minimizzazione, si avvalgono di ingenti volumi di dati, di là da ogni limite qualitativo e quantitativo di congruità funzionale minima dell'attività di trattamento e, in contrasto con il principio di limitazione della finalità, non raccolgono i dati per finalità determinate preventivamente né li trattano esclusivamente in modo non incompatibile con esse<sup>65</sup>.

Inoltre, una gestione di tipo individuale dei dati da parte dell'interessato, che esercita un controllo in termini reattivi nel rapporto con i titolari del trattamento, appare inadeguata a offrire una tutela piena ed effettiva nei confronti dei sistemi algoritmici di elaborazione dei dati, poiché la portata discriminatoria della profilazione e delle decisioni automatizzate può prescindere dalla lesione di una posizione individuale, derivando piuttosto dall'impatto esercitato dalla sommatoria di una grande quantità di trattamenti<sup>66</sup>.

In questa prospettiva, si osserva lo sviluppo di una *strategic litigation* che impiega il diritto anti-

discriminatorio per sottoporre al sindacato giudiziale le decisioni basate sul trattamento algoritmico dei dati personali.

Emblematica appare la giurisprudenza in materia di piattaforme digitali, che affidano a un algoritmo il processo organizzativo e gestionale delle prestazioni dei lavoratori<sup>67</sup>. In particolare, una significativa decisione di merito ha reputato contraria al principio di non discriminazione in base alle convinzioni personali – che, secondo la Suprema Corte, «comprende anche le motivazioni e l'affiliazione sindacale»<sup>68</sup> – l'attività di profilazione dei *rider* funzionale alla loro valutazione reputazionale<sup>69</sup>. In particolare, l'algoritmo, attribuendo una penalizzazione nel caso di cancellazione tardiva dalle sessioni di lavoro, condizionava le possibilità di accesso dei ciclo-fattorini alle sessioni successive e, dunque, alle *chance* lavorative. La cecità del sistema decisionale automatico rispetto alle motivazioni che inducano i lavoratori ad annullare senza preavviso le prenotazioni agli *slot* orari viene qualificata dal giudice bolognese come una discriminazione indiretta che, mediante un criterio apparentemente neutro, mette in una posizione di particolare svantaggio i lavoratori che si astengono legittimamente dal lavoro per esercitare il diritto di sciopero<sup>70</sup>.

La sottoposizione dei processi decisionali automatizzati alla normativa anti-discriminatoria permette, invero, di spostare l'asse del controllo ordinamentale dal versante *soggettivo* del rispetto del diritto all'autodeterminazione informativa a quello *oggettivo* della creazione di un effetto di disegualianza nell'accesso a un'utilità contrattuale.

In altri termini, dinanzi agli effetti discriminatori delle decisioni algoritmiche, la normativa in tema di *data protection* persegue l'obiettivo di rendere trasparente il processo decisionale automatizzato, informando gli interessati della logica interna di fun-

<sup>67</sup> La sfida posta dalla *platform economy* al diritto privato e a quello del lavoro è approfondita da D. POLETTI, *Produzione e lavoro nell'età delle piattaforme digitali*, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA e I. PRISCO (a cura di), *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità*, Napoli, 2020, 157 ss.

<sup>68</sup> Così, Cass., 2 gennaio 2020, n. 1, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, 2, II, 377.

<sup>69</sup> Cfr. Trib. Bologna, 31 dicembre 2020, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 813 ss., con nota di G. PISTORE, *I riders e l'algoritmo. Alcune questioni in materia di discriminazione*.

<sup>70</sup> In questo senso, Trib. Bologna, 31 dicembre 2020, cit. Nella giurisprudenza lavoristica v., più di recente, Trib. Palermo, Sez. lav., 31 marzo 2023 e Trib. Palermo, Sez. lav., 20 giugno 2023, che hanno considerato contrarie all'art. 28 Stat. lav. le condotte di una società di consegna di cibo in rete che rifiuti di fornire alle organizzazioni sindacali le informazioni relative, rispettivamente, all'utilizzo di sistemi decisionali automatizzati e alla logica e al funzionamento dei sistemi automatizzati di gestione dei diversi aspetti del rapporto di lavoro dei *rider*s e della sua cessazione, munendo la condanna dell'*astreinte* ai sensi dell'art. 614-bis c.p.c.

<sup>63</sup> Osserva G. RESTA, *op. cit.*, 226, che un notevole limite dell'approccio regolatorio del GDPR consiste «nella prevalente logica individualistica attraverso la quale ci si accosta a un tema di rilevanza decisamente meta individuale e collettiva, quale è quello delle decisioni algoritmiche».

<sup>64</sup> Sull'impostazione di politica legislativa del GDPR v. le lucide considerazioni di D. POLETTI, *Le condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in *Giur. it.*, 2019, 2783 ss.

<sup>65</sup> Cfr. le considerazioni di G. FINOCCHIARO, *Intelligenza Artificiale e protezione dei dati personali*, in *Giur. it.*, 2019, 1677.

<sup>66</sup> Per questa ragione, secondo G. RESTA, *op. cit.*, 226, «gli strumenti di tutela, finalizzati ad assicurare un controllo esterno sulle decisioni algoritmiche, dovrebbero essere improntati ad una logica di azione *collettiva* piuttosto che *individuale*».



zionamento e permettendo un intervento umano, mentre quella antidiscriminatoria tende a reprimere il trattamento peggiore fondato sull'esistenza di un fattore di rischio, qualora non sia giustificato da una finalità legittima.

Sebbene la trasparenza della logica macchinica favorisca la rilevabilità dei trattamenti differenziati in base alle caratteristiche protette – quali, ad esempio, le differenziazioni di prezzo o di condizioni contrattuali – che rischierebbero altrimenti di rimanere ignoti ai consumatori, la leggibilità dell'algoritmo e l'invocabilità di una forma di partecipazione umana – comunque riferibili ai soli casi di decisioni totalmente automatiche – non sono in grado di contrastare la formazione di sub-mercati segmentati per categorie soggettive, rivelandosi inidonei a rimuovere l'incidenza dei preconcetti radicati nell'ambiente sociale sulle dinamiche di mercato<sup>71</sup>.

Diversamente, la proibizione di discriminare costituisce un intervento eteronomo che mira a impedire proprio l'esclusione dall'accesso agli scambi contrattuali dei gruppi sociali svantaggiati<sup>72</sup>. Nel caso di decisioni compiute dalle intelligenze artificiali, il divieto di discriminazione, in particolar modo di quella indiretta, costituisce la tecnica di elezione per smascherare la pretesa neutralità dei parametri utilizzati dall'algoritmo, di fatto idonei a svantaggiare i componenti di un certo gruppo rispetto alla collettività<sup>73</sup>. Senza distinguere tra processi totalmente o parzialmente automatizzati, il sindacato giudiziale dà rilievo all'altrimenti invisibile nesso di causalità che intercorre tra un fattore di rischio e l'effetto di disuguaglianza, soggetto a una qualificazione in termini di illiceità in assenza di una giustificazione oggettiva, consistente nel perseguimento di uno scopo legittimo che si realizzi con mezzi non sproporzionati.

La distribuzione dell'onere probatorio dell'illecito discriminatorio accentua l'incisività della tutela, configurando una presunzione legale relativa, in base alla quale il ricorrente è dispensato dalla dimostrazione del carattere ingiustificato

<sup>71</sup> Una riflessione sull'impatto delle discriminazioni algoritmiche sul funzionamento concorrenziale dei mercati in A. PEZZOLI e A. TONAZZI, *Discriminazione e collusione tacita tra lessico, intelligenza artificiale e algoritmi*, in *Analisi giur. econ.*, 2019, 201 ss.

<sup>72</sup> R. DI RAIMO, *Decisioni e attuazioni algoritmiche delle situazioni sostanziali*, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA e I. PRISCO (a cura di), *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità*, cit., 124, distingue l'incidenza dei processi decisionali algoritmici in area negoziale, con riferimento a «decisioni incidenti sull'an»; «decisioni esecutive in senso stretto» e «decisioni aggiudicative».

<sup>73</sup> In argomento, v. S. TOMMASI, *Algoritmi e nuove forme di discriminazione: uno sguardo al diritto europeo*, in *Revista de Direito Brasileira*, 2020, 27, 112 ss.

dell'effetto di disuguaglianza, mentre il convenuto – per contestare il carattere illecito della disparità di trattamento – è tenuto a fornire la prova di una giustificazione oggettiva che superi il *test* di «proporzionalità»<sup>74</sup>.

Pertanto, con riferimento alle discriminazioni algoritmiche consistenti nel precludere l'accesso al bene o servizio scambiato o, più frequentemente, nell'applicare prezzi e condizioni contrattuali differenziate in base a una caratteristica protetta del consumatore<sup>75</sup>, il professionista dovrà assolvere l'onere di dimostrare che, nel singolo caso concreto, esse siano obiettivamente giustificate dal perseguimento di uno «scopo legittimo» – che, nella giurisprudenza di Lussemburgo, è una nozione da interpretarsi restrittivamente, non identificabile con il fine generico dell'incremento del profitto, ma con l'attuazione di specifiche esigenze meritevoli di tutela<sup>76</sup> – da conseguirsi con mezzi connotati da «appropriatezza» e «necessità», nel ragionevole bilanciamento con gli interessi in conflitto che non devono essere pregiudicati in modo sproporzionato<sup>77</sup>.

Nello scenario dischiuso dall'applicazione di modelli algoritmici alle decisioni pubbliche e private, allora, l'applicazione del divieto di discriminazione opera come una tutela che – pur non applicandosi a ogni disparità di trattamento, come quelle legate all'impiego di un *browser* da parte del consumatore – svaluta la diffusa tendenza a incorporare, anche non intenzionalmente, i pregiudizi sociali nei dati di apprendimento che guidano le funzioni predittive, reprimendo a valle del processo di for-

<sup>74</sup> Sul punto v., *amplius*, G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, cit., 1412 ss.

<sup>75</sup> Cfr., altresì, A. NERI, *Uso di un algoritmo discriminatorio nella contrattazione privata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 983 ss.

<sup>76</sup> Si veda F.Z. BORGESIU (a cura di), *Discrimination, Artificial Intelligence, and Algorithmic Decision-Making*, Council of Europe, Strasbourg, 2018, 19 s.

<sup>77</sup> Ad esempio, Corte giust., Grande Sez., 16 luglio 2015, c. 83/14, *Chez c. Nikolova*, ha affermato che la prassi apparentemente neutra di collocare i contatori elettrici in un quartiere urbano prevalentemente popolato da rom, su pali aerei a un'altezza di sei o sette metri, mentre tali contatori sono collocati a un'altezza inferiore ai due metri negli altri quartieri, può essere considerata dal giudice nazionale una discriminazione indiretta che comporti un particolare svantaggio per le persone di una determinata origine etnica, qualora non sia giustificata dalla volontà di garantire la sicurezza della rete di trasporto, purché non sussistano altri mezzi meno restrittivi che consentano di raggiungere dette finalità, oppure, in mancanza di essi, la misura pregiudichi in maniera sproporzionata l'interesse degli utenti ad accedere alla fornitura di energia a condizioni che non presentino carattere offensivo o stigmatizzante e permettano di controllare regolarmente il proprio consumo.

mazione della decisione i risultati finali che producano differenze di trattamento proibite<sup>78</sup>.

Per di più, il paradigma normativo antidiscriminatorio permette di controllare le disparità generate dai sistemi di intelligenza artificiale anche quando sono aggregati ed elaborati non soltanto dati personali, ma dati non personali o informazioni anonime nei confronti dei quali il GDPR non trova applicazione<sup>79</sup>, o quando i meccanismi di *machine learning* individuino autonomamente i parametri delle proprie decisioni, rendendo oltremodo ardua la verifica di leggibilità di una logica di funzionamento destinata a mutare in modo progressivo, mediante l'apprendimento automatico da parte dell'agente intelligente.

In conclusione, in uno scenario suscettibile di essere rivoluzionato dall'approvazione dell'*Artificial Intelligence Act*, l'effettività delle tutele civili esperibili nei confronti dei trattamenti automatizzati di dati è fortemente accentuata dall'apparato rimediabile offerto dalla normativa antidiscriminatoria, che arricchisce lo strumentario previsto dalla *data protection law* con tecniche di natura inibitoria, invalidante e risarcitoria in grado di contrastare la temibile incorporazione delle disparità sociali nei processi decisionali algoritmici<sup>80</sup>.

<sup>78</sup> Cfr. P. ZUDDAS, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, *Consulta online*, 16 marzo 2020, 12.

<sup>79</sup> Il problema è affrontato da A. ASTONE, *Autodeterminazione nei dati e sistemi A.I.*, in *Contr. impr.*, 2022, 432 ss., la quale evidenzia come «nel mercato dei *Big data*, esiste una contiguità tra dati personali e non personali» (p. 434).

<sup>80</sup> Una raffinata teorizzazione dell'effettività quale principio in grado di orientare l'interprete nella ricerca della tutela più adeguata all'interesse leso in G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020.

## LA TUTELA DEL DEBITORE NELLA CARTOLARIZZAZIONE DI CREDITI E LE QUESTIONI PARTICOLARI PER LE ESPOSIZIONI «DETERIORATE»\*

| 648 Di Anna Scotti

La tutela del debitore nella cartolarizzazione di crediti e le questioni particolari per le esposizioni «deteriorate» (Anna Scotti)

**SOMMARIO:** 1. *Premessa.* - 2. *Le eccezioni del debitore ceduto nella cessione del credito.* - 3. *.. e nella cartolarizzazione dei crediti.* - 4. *Le esposizioni “deteriorate”.* - 5. *Prospettive per la tutela degli interessi del debitore ceduto.*

*ABSTRACT.* Rispetto all’impianto originario della legge 130/1999, la cartolarizzazione dei crediti si è sviluppata in direzioni anche molto diverse tra loro, che pongono questioni interpretative su differenti prospettive, tra le quali spiccano quelle riguardanti la posizione del debitore ceduto. Il tema può essere affrontato innanzitutto in riferimento al modello generale di cartolarizzazione, esaminando il problema dell’opponibilità della cessione e della proponibilità delle eccezioni relative al rapporto con il creditore cedente. La considerazione degli interessi del debitore ceduto gioca un ruolo significativo, quando l’obbligazione è classificata come credito deteriorato, cui è dedicata una disciplina speciale della cartolarizzazione, con la quale si intende promuovere il recupero del debitore ceduto; in questa direzione è possibile cogliere spunti di riflessione sulla trasformazione del rapporto tra banca e cliente dalla contrapposizione al debitore inadempiente alla cooperazione con quest’ultimo per superare la crisi.

Compared to the original structure of Law 130/1999, credit securitisation has developed in directions that are also very different from each other, which pose interpretative questions from different perspectives, among which those concerning the position of the assigned debtor stand out. The issue can be addressed first of all with reference to the general securitisation model, examining the problem of the enforceability of the assignment and the admissibility of the exceptions relating to the relationship with the assignor creditor. Consideration of the assigned debtor's interests plays a significant role when the obligation is classified as not performing loan, to which a special securitisation discipline is dedicated, with the aim of promoting the assigned debtor's recovery; in this direction, it is possible to grasp insights on the transformation of the relationship between bank and customer from opposition to the defaulting debtor to cooperation to overcome the crisis.





## 1. Premessa.

La cartolarizzazione del credito è stata disciplinata nell'ordinamento italiano per la prima volta con la legge 30 aprile 1999, n. 130. Di quell'impianto originario non è rimasto molto: sebbene, infatti, le disposizioni che tratteggiano i caratteri essenziali e distintivi del modello costituiscano tuttora l'ossatura di riferimento, la figura si è sviluppata in direzioni anche molto diverse tra loro, che hanno trovato sede nel medesimo corpo normativo, sicché il continuo processo di progressive stratificazioni normative ha determinato problemi di coerenza e di armonizzazione della disciplina.

Il modello base prevede la cessione a titolo oneroso (il cedente è il c.d. *originator*) di una pluralità di crediti ad una società di capitali appositamente costituita con oggetto esclusivo (*special purpose vehicle*), la quale provvede all'emissione e al collocamento di titoli di investimento (*asset backed securities* – abs), direttamente o mediante una società deputata (*issuer*): il ricavato forma la provvista per il pagamento del corrispettivo all'*originator*, mentre i sottoscrittori dei titoli sono soddisfatti con il ricavato dall'incasso dei crediti ceduti. In estrema sintesi, le principali innovazioni che hanno cambiato il volto alla cartolarizzazione, possono essere individuate: (i) nella possibilità di cedere non più solo il credito, ma il solo rischio di credito, sicché il titolare del rapporto resta l'originario creditore; (ii) nella cartolarizzazione che ha ad oggetto non rapporti obbligatori ma il trasferimento di beni immobili. Si tratta di *variazioni sul tema* accanto alle quali si innervano altri schemi particolari, incentrati sul regime delle garanzie e del rapporto con il debitore ceduto.

Proprio quest'ultima prospettiva sarà oggetto delle riflessioni che mi accingo a svolgere, non prima, peraltro, di avere aggiunto – quanto alla complessità della ricostruzione organica della disciplina – che in materia è intervenuto anche il legislatore europeo, con il Reg. 2017/2042/UE, che, a sua volta, ha introdotto un modello di cartolarizzazione, definita dalle sue caratteristiche - *Simple, Transparent and Standardised* – e per tale motivo destinata a incrociarsi con i criteri di qualificazione determinati dalla normativa nazionale<sup>1</sup>.

\* Il saggio è stato destinato agli Studi in memoria di Ubaldo La Porta

<sup>1</sup> La nozione di cartolarizzazione assunta dal legislatore europeo è leggermente diversa da quella che si ricava dalla normativa nazionale, giacché è definita come «l'operazione o lo schema in cui il rischio di credito associato ad un'esposizione o a un portafoglio di esposizioni è diviso in segmenti», e, quindi, ne costituisce elemento essenziale che il cedente mantenga un interesse economico netto rilevante nell'operazione. Uno dei profili più rilevanti, come accennato nel testo, è la qualificazione, che

## 2. Le eccezioni del debitore ceduto nella cessione del credito.

Il tema della posizione del debitore ceduto nella cartolarizzazione dei crediti si confronta, in primo luogo, con i principi generali della cessione del credito. Due sono i profili più rilevanti: l'opponibilità della cessione e la proponibilità delle eccezioni relative al rapporto con il creditore cedente.

Nel sistema del Codice Civile il regime dell'opponibilità della cessione al debitore, estraneo al relativo atto traslativo, riposa sul presupposto della conoscenza del debitore da parte del creditore, tale conoscenza rappresentando il *minimo comune denominatore* al quale sono riferibili i tre concetti di accettazione, di notificazione, e di conoscenza in qualsiasi modo conseguita (art. 1264 cod. civ.)<sup>2</sup>, limite oltre il quale il debitore non potrà più adempiere in favore del cedente con effetto liberatorio<sup>3</sup>.

Per quanto concerne la cessione che, invece, si verifica all'interno di una operazione di cartolarizzazione, si deve rilevare, in primo luogo, che la disciplina dell'opponibilità, prevista per la fattispecie generale dell'art. 4, è rimasta quasi del tutto immune dalle novellazioni: attraverso la tecnica del rinvio, e cioè grazie al richiamo dei commi 2, 3 e 4 dell'art. 58 t.u.b., vi si dispone che (i) la banca cessionaria dà notizia della cessione mediante iscrizione nel registro delle imprese e pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, (ii) i privilegi e le garanzie a favore del cedente e le trascrizioni relative ai beni oggetto di locazione finanziaria compresi nella cessione conservano validità e grado a favore del cessionario senza bisogno di formalità o annotazione, (iii) nei confronti dei debitori ceduti gli adempimenti pubblicitari producono gli effetti dell'art. 1264 cod. civ. Ma se poi la cessione ha ad oggetto crediti di impresa – più precisamente con i requisiti previsti dalla legge 21 febbraio 1991, n. 52 – che può avvenire anche in blocco, come nei casi più frequenti, è sufficiente che l'avviso pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale contenga l'indicazione del cedente, del cessionario e della data di cessione.

Concentrando l'attenzione alla disciplina relativa all'opponibilità della cessione al debitore, è agevole

può essere attribuita alla cartolarizzazione, come «semplice, trasparente e standardizzata», nei cui concetti si collocano i principali presidi a difesa dell'investitore retail, che, appunto attraverso l'utilizzazione di quadri prudenziali differenti, viene orientato a preferire le cartolarizzazioni STS in luogo di quelle più complesse e rischiose.

<sup>2</sup> V. PANUCCIO, *Cessione dei crediti*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, vol. VI, 867 ss.

<sup>3</sup> Per la ricostruzione sistematica della disciplina dell'opponibilità, si veda F. PIRAINO, *Cessione del credito e modificazione del lato attivo dell'obbligazione*, in *Cont. e imp.*, 2012, 408 ss.



tracciare le ragioni della deroga alla normativa generale codicistica: la semplificazione delle forme mira, infatti, ad agevolare il trasferimento in massa di posizioni creditorie<sup>4</sup>, e ciò indipendentemente da quali siano le finalità che si ritenga siano perseguite dall'istituto della cartolarizzazione dei crediti, ora individuate nella creazione di una nuova forma di investimento<sup>5</sup>, ora nell'esigenza di realizzare una forma di finanziamento dell'impresa cedente<sup>6</sup>.

Tra le parti protagoniste della cessione è evidente il vantaggio di cui gode il cessionario, che ha interesse a potere esigere il pagamento dal debitore ceduto, vista l'equipollenza degli effetti tra le forme di opponibilità sancite dalla legge speciale con quelle proprie della cessione del credito disciplinata dal Codice civile<sup>7</sup>. Già basterebbe a dare evidenza del *favor* che ne discende la possibilità per il cessionario, che non ha esattamente compiuto gli adempimenti descritti dall'art. 58 t.u.b., di poter recuperare il *vulnus* nel rapporto con il debitore ceduto, procedendo alla notificazione individuale della cessione. Ma, ancora più rilevante è il privilegio del cessionario, se si considerano le aperture della giurisprudenza sui modi e tempi della notificazione stessa: come rimarcato dalla Corte di Cassazione, è ritenuta idonea all'effetto di opponibilità per il debitore ceduto anche la notifica dell'atto introduttivo del procedimento giudiziario per il recupero del credito<sup>8</sup>. Si argomenta, infatti, come non sia previsto dalla disciplina dell'art. 1264 cod. civ. un termine per l'espletamento della notificazione e, pertanto, questa può intervenire anche a distanza di tempo dalla cessione, e può avvenire, soprattutto, in forme non rigidamente precostituite, purché idonee a dare certezza della conoscenza, come può essere appunto la notifica dell'atto giudiziario.

Ora, in tale contesto la giurisprudenza si è spesso occupata della questione dell'adempimento dell'onere della prova della legittimazione del cessionario nella cartolarizzazione dei crediti, rilevante

come evidente anche sul piano sostanziale, giacché presuppone appunto il corretto assolvimento delle formalità per rendere opponibile la cessione al debitore. Movendo ancora una volta dalla disciplina generale, dal momento che il trasferimento della posizione del creditore avviene in forza di un atto consensuale, a forma libera, salvo le eccezioni in cui una forma determinata è prescritta per legge, è stato sostenuto che la prova della cessione può avvenire con ogni mezzo<sup>9</sup>. Così, si è sostanzialmente ridimensionato il problema della produzione dei documenti comprovanti l'acquisto nel giudizio promosso dal cessionario, ritenendo ad esempio sufficiente anche la mera notizia contenuta nella comunicazione della cessione. Non molto distante da tale posizione, va considerata l'affermazione che, pur premettendo la necessità della prova della titolarità del credito – a volte superata solo dalla mancata contestazione del debitore ceduto – ritiene adeguata una prova indiziaria o per presunzione, e ammette anche la prova per testimoni, se sussistenti i presupposti dell'art. 2721 cod. civ.

La trasposizione di questo orientamento nell'ipotesi di cessione in blocco dei crediti confermerebbe la tesi – sostenuta anche dalla Corte di Cassazione – secondo cui, se libera è la forma del contratto di cessione e altrettanto libera è la possibilità di provarne l'esistenza, allora si può tranquillamente concludere che la *dichiarazione del cedente* possa costituire dimostrazione idonea, sia pure nell'ambito, come si diceva, di un complesso di indizi oppure quale elemento di un quadro presuntivo<sup>10</sup>.

Sulla stessa linea argomentativa, una parte della giurisprudenza di merito ha sostenuto che l'esibizione in giudizio dell'avviso di cessione assolve compiutamente l'onere della prova del cessionario per esigere il credito nei confronti del debitore ceduto, purché ne sia identificabile l'inserimento nell'oggetto della cessione<sup>11</sup>, mentre, in senso più

<sup>4</sup> G. ARTALE, *Modalità e efficacia della cessione*, in P. FERRO-LUZZI – C. PISANTI, *La cartolarizzazione. Commento alla legge n. 130/99*, Milano, 2005, 273 ss., il quale sottolinea come, sebbene la disciplina della cartolarizzazione non abbia limiti di applicabilità sotto il profilo soggettivo, non sia affatto casuale la scelta di rinviare all'art. 58 t.u.b., in quanto si è adottato come modello di riferimento la disciplina del settore bancario nel quale è predominante la provenienza dei crediti da cartolarizzare.

<sup>5</sup> Cass. 30 agosto 2019, n. 21843.

<sup>6</sup> W. VIRGA, *Le operazioni di cartolarizzazione tra tutela degli investitori ed esigenze del capitale finanziario*, in *Cont. e imp.*, 2007, 1500.

<sup>7</sup> R. CAMPIONE, *La cartolarizzazione del credito nella prospettiva del rapporto tra originator e debitori ceduti: profili civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 1496.

<sup>8</sup> In materia di cessione di crediti in blocco, si è così espressa Cass. 23 settembre 2020, n. 20945.

<sup>9</sup> Cass. 16 aprile 2021, n. 10200.

<sup>10</sup> Cass. 16 aprile 2021, n. 10200, *cit.*, è arrivata ad affermare che «la dichiarazione del cedente, notiziata dal cessionario intimante al debitore ceduto con la produzione in giudizio, al pari della disponibilità del titolo esecutivo, è un elemento documentale rilevante, potenzialmente decisivo, ai fini della prova della cessione».

<sup>11</sup> È stato ritenuto sufficiente a dimostrare la titolarità del credito in capo al cessionario la produzione dell'avviso di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale recante «l'indicazione per categorie dei rapporti ceduti in blocco, senza che occorra una specifica enumerazione di ciascuno di essi, allorché gli elementi comuni presi in considerazione per la formazione delle singole categorie consentano di individuare senza incertezze i rapporti oggetto della cessione (Cass. 13 giugno 2019, n. 15884). Si veda anche App. Ancona 3 maggio 2022, in *Contratti*, 2022, 505 ss., con nota di A. PISAPIA, *La cessione del credito "in blocco" ex art. 58, D. Lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (t.u.b.)*, pubblica-



rigoroso, si è diversamente affermato che tale individuazione può avvenire solo sulla base dell'esame del contenuto dell'atto di cessione<sup>12</sup>.

In effetti, nella cartolarizzazione dei crediti il problema non è tanto quello di individuare il soggetto che si è reso cessionario di crediti in blocco, ma di verificare che il credito sia stato compreso nella cessione; questione senza dubbio sovrapponibile, visto che l'inclusione di un determinato rapporto nell'oggetto del trasferimento non significa niente di diverso dal dire che il cessionario ne è divenuto titolare ed ha la legittimazione a escuterlo. Ma affrontarlo dal punto di vista dell'oggetto è utile a sottolineare le peculiarità della fattispecie, che, in ragione delle esigenze di tutela del debitore, impone cautela nel ritenere implicita la prova del trasferimento in quella del compimento degli adempimenti previsti dall'art. 58 t.u.b., quand'anche l'avviso di cessione sia compilato in modo analitico nel descrivere le tipologie dei rapporti di credito ceduti: a differenza della notificazione della cessione del credito ordinaria, in cui il debitore ceduto viene a conoscenza che il rapporto obbligatorio di cui è parte è stato trasferito ad un nuovo creditore, nell'avviso ex art. 58 t.u.b. i crediti ceduti sono individuati per classi o per categorie, e la genericità della descrizione è inversamente proporzionale alla certezza sul trasferimento di un dato rapporto al cessionario.

### 3. .. e nella cartolarizzazione dei crediti.

Le questioni sinteticamente esposte sono comuni alla posizione del debitore ceduto in una operazione di cartolarizzazione dei crediti e di quello compreso nella più ampia categoria delle cessioni in blocco disciplinate dal testo unico bancario. Analoga sovrapposizione non si può compiere, quantomeno non integralmente, per quanto concerne il regime delle eccezioni proponibili dal debitore ceduto.

Nella disciplina generale della cessione del credito, si ammette pacificamente che il debitore ceduto ha la possibilità di opporre al cessionario senza limitazioni le eccezioni che gli spettavano nei confronti del creditore cedente<sup>13</sup>. In vero, non vi è una disposizione espressa in tale senso e, tuttavia, il convincimento è stato raggiunto sulla base della

*zione dell'avviso di cessione dei crediti sulla Gazzetta Ufficiale e prova della titolarità del rapporto.*

<sup>12</sup> Cass. 28 febbraio 2020, n. 5617.

<sup>13</sup> Pertanto, vi sono comprese non solo quelle relative alla fase esecutiva del rapporto, ma anche quelle che attengono alla fase di formazione del titolo, fino all'affermazione che il debitore ceduto può esercitare nei confronti del cessionario le azioni che, in mancanza della cessione, avrebbe potuto proporre nei confronti del creditore originario (A. A. DOLMETTA, *Cessione dei crediti*, in *Dig. IV, Sez. civ.*, Torino, 1988, vol. II, 322).

considerazione che il debitore non può trovarsi in una posizione peggiore a quella che aveva originariamente nei confronti del cedente, tanto più che non è parte del negozio di cessione e non ha possibilità di incidere sulla sostituzione del creditore<sup>14</sup>. L'attenzione dedicata all'opponibilità della compensazione nell'art. 1248 cod. civ. si inserisce in un intento di protezione dell'affidamento del debitore, che, infatti, non avendo conoscenza ancora dell'avvenuta cessione, confida nella possibilità di opporre la compensazione<sup>15</sup>; ecco perché il legislatore ha disegnato una disciplina speciale della compensazione, che resta possibile anche dopo che la condizione di reciprocità delle obbligazioni è venuta meno e tra soggetti diversi dalle parti originarie del rapporto<sup>16</sup>.

Proprio la compensazione ha costituito uno dei profili più complicati nel tema delle eccezioni proponibili dal debitore ceduto in una operazione di cartolarizzazione dei crediti. Infatti, l'art. 4 della legge 130 estende alla cartolarizzazione l'art. 58, commi 2, 3 e 4, del t.u.b., il quale dispone che gli adempimenti pubblicitari della cessione producono rispetto ai debitori ceduti gli effetti dell'art. 1264 cod. civ.: il mancato richiamo dell'art. 1248 cod. civ. aveva, dunque, aperto la discussione sull'opponibilità della compensazione, che contrapponeva i sostenitori dell'ammissibilità piena dell'eccezione di compensazione, anche al di fuori dei limiti imposti dal Codice civile, e quelli dell'esclusione altrettanto assoluta della compensabilità del debito verso il cessionario con il credito nei confronti dell'*originator*.

La novellazione dell'art. 4 - ex d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, convertito dalla l. 21 febbraio 2014, n. 9 - ha risolto la questione disponendo che, dalla data della pubblicazione della notizia dell'avvenuta cessione nella Gazzetta Ufficiale o dalla data certa dell'avvenuto pagamento, anche in parte, del corrispettivo della cessione, non è esercitabile dai rela-

<sup>14</sup> Si afferma, in particolare, che restano escluse le eccezioni fondate sugli atti che incidono sull'esistenza o sull'esigibilità del credito, e che siano esplicitamente «della libera determinazione del cedente», visto che questi non è più titolare del rapporto su cui dovrebbero prodursi gli effetti (F. PIRAINO, *op. cit.*, 431).

<sup>15</sup> P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Comm. Codice civile Scialoja Branca*, Bologna Roma, 1975, 362.

<sup>16</sup> P. PERLINGIERI, *op. cit.*, 363. Si è osservato come sia funzionale a tale interesse la persistenza della condizione di reciprocità delle obbligazioni oggetto di compensazione fino a quando non si è verificata la modificazione del lato attivo, con la precisazione che la reciprocità non riguarda soltanto il diritto di credito, ma il complessivo rapporto obbligatorio, e, pertanto, una volta verificatasi la compensazione, l'effetto estintivo si è compiuto e il potere di eccezione appartiene alla sfera giuridica del debitore e non è inciso dalle vicende successive del rapporto (F. PIRAINO, *op. cit.*, 417 ss.).



tivi debitori ceduti la compensazione tra i crediti acquistati dalla società di cartolarizzazione e i debiti del cedente sorti posteriormente a tale data e, così, di fatto, uniformando la disciplina speciale a quella codicistica<sup>17</sup>.

Il ricco sistema di rinvii all'art. 58 t.u.b. caratterizza anche la questione della proponibilità delle eccezioni relative al rapporto contrattuale in cui ha titolo l'obbligazione ceduta. La norma è scritta, però, in ragione della completa successione del cessionario nel rapporto controverso – compreso in un insieme di rapporti individuati in blocco – prevedendo, infatti, accanto alla disciplina riferita al debitore ceduto, per il quale, come visto, la pubblicità della cessione svolge la medesima funzione della notificazione, la responsabilità solidale del cedente e del cessionario nei confronti del creditore ceduto fino a tre mesi dalla notizia legale della cessione, termine entro il quale debitore e creditore ceduto possono, inoltre, recedere dal contratto. La differenza strutturale con la cartolarizzazione, che determina una successione nel solo lato attivo, avrebbe indotto il legislatore a escludere il trasferimento integrale della fattispecie prevista per la cessione in blocco di posizioni contrattuali e, pertanto, a non richiamare il comma 5 dell'art. 58 t.u.b. La questione, tuttavia, non si è risolta, tant'è che ha costituito l'oggetto delle rare decisioni della Corte di Cassazione in materia di effetti della cartolarizzazione dei crediti nei confronti del debitore ceduto: i giudici di legittimità hanno valorizzato la circostanza che la costituzione del patrimonio separato che caratterizza l'operazione di cartolarizzazione, nel quale confluiscono i crediti ceduti, è destinato in via esclusiva al soddisfacimento dei diritti incorporati nei titoli emessi per finanziare l'acquisto dei crediti nonché al pagamento dei costi dell'operazione; pertanto, i possessori dei titoli emessi per finanziare l'operazione di cartolarizzazione possono essere esposti solo al rischio del mancato incasso dei crediti cartolarizzati, sul quale non possono incidere in maniera imprevedibile le conseguenze delle vicende relative al rapporto tra il ceduto e il cedente<sup>18</sup>.

Non si può revocare in dubbio, in ogni caso, la necessità di non creare ingiustificate disparità di trattamento, per cui la soluzione può essere trovata sul piano generale della disciplina della cessione del

credito, in virtù della quale, come visto, senza necessità di invocare impropriamente le regole della cessione in blocco ex art. 58 t.u.b. il debitore ceduto potrà opporre alla società veicolo – ed eventualmente al soggetto che, per conto di quest'ultima, cura la gestione e l'esazione del credito – le stesse eccezioni di cui disponeva nel rapporto con il cedente.

In tale prospettiva, due appaiono le direzioni interpretative da seguire: in primo luogo, la tutela della posizione del debitore ceduto non può estendersi fino alla completa equiparazione della sua posizione nei confronti del cessionario a quella che consegue alla cessione del contratto, che determinerebbe una impossibile identificazione con la cessione del credito<sup>19</sup>. In secondo luogo, per preservare la coerenza sistematica tra le due figure, la regola prevista nell'art. 1409 cod. civ., che impedisce al ceduto di opporre al cessionario le eccezioni fondate su altri rapporti con il cedente, salvo riserva, deve costituire un limite anche alla proponibilità delle eccezioni del debitore ceduto nella fattispecie – strutturalmente più circoscritta – della cessione del credito. Coerenza sistematica che deve saldarsi anche alla cartolarizzazione, sicché si conferma che, nel rischio incombente sull'investimento, sarà compreso non solo quello dell'inadempimento e dell'insolvenza, ma anche quello dell'inesigibilità del credito perché il debitore ceduto – nei limiti appena evidenziati e di cui subito *infra* nel testo - solleva eccezioni o propone azioni che paralizzano la pretesa del cessionario. A ciò va aggiunta la necessità di considerare l'autonomia delle azioni che derivano da fattispecie che determinano la caducazione del titolo: si pensi, ad esempio, agli effetti derivanti dall'invalidità o dalla risoluzione del contratto, affidate alla disciplina dell'indebito<sup>20</sup>. Orbene, il destinatario dell'azione di ripetizione è colui che ha percepito la prestazione non dovuta, sicché non dovrebbe potersi revocare in dubbio che il ceduto non possa esercitare nei confronti del cessionario le azioni che, pur

<sup>19</sup> R. CAMPIONE, *op. cit.*, 1501, il quale sottolinea che nel titolo emesso nella cartolarizzazione è incorporato il diritto a ricevere la quota del credito incassato e non anche a conseguire eventuali ulteriori utilità sorte nel rapporto tra cedente e ceduto

<sup>20</sup> Era questo l'oggetto della fattispecie concreta nella ricordata sentenza Cass. 30 agosto 2019, n. 21843. E' stato sottolineato, a sostegno della tesi che la cartolarizzazione ha ad oggetto trasferimento del solo credito e non dell'intera posizione contrattuale, l'orientamento giurisprudenziale che in materia di *factoring*, in cui il credito ceduto deriva dalla compravendita di un bene mobile, ha riconosciuto in capo al cedente la legittimazione passiva all'azione del cessionario per la riduzione del prezzo per vizi della cosa (R. CAMPIONE, *op. loc. cit.*); si potrebbe aggiungere, nella prospettiva interpretativa seguita nel testo, che la consegna del bene viziato è stata eseguita dal venditore/creditore cedente il quale, quindi, ha lucrato il vantaggio conseguente all'esecuzione di una prestazione inesatta.

<sup>17</sup> E' significativo rilevare che, in materia di credito al consumo (art. 125 *septies* Cod. cons.), si è attribuita al debitore ceduto la facoltà di opporre al cessionario tutte le eccezioni relative al rapporto con il cedente, tra cui la compensazione senza i limiti dell'art. 1248 cod. civ. (R. CAMPIONE, *op. cit.*, 1500).

<sup>18</sup> La Corte di Cassazione, così, ha preso le distanze dalla tesi di parte della giurisprudenza di merito che ha interpretato il mancato rinvio come esclusione delle prerogative del regime transitorio, rimanendo ferma, invece, la devoluzione al cessionario della complessiva posizione contrattuale.





derivanti dal contratto fonte del diritto di credito nei suoi confronti, non siano direttamente strumentali al contrasto della pretesa<sup>21</sup>.

#### 4. Le esposizioni “deteriorate”.

La considerazione degli interessi del debitore ceduto gioca un ruolo significativo, quando l’obbligazione è classificata come *credito deteriorato*<sup>22</sup>, cui è dedicata una disciplina speciale della cartolarizzazione.

<sup>21</sup> In tale prospettiva, è possibile trarre una indicazione dalla soluzione che si è data in dottrina al problema dell’individuazione delle azioni contrattuali trasmesse al cessionario e che – diversamente dai tentativi di classificazione effettuati sulla base del loro contenuto per sostenere il trasferimento delle azioni per la conservazione e la realizzazione del credito e negare quello delle azioni incidenti sul contratto fonte del credito (ad esempio V. PANUCCIO, *op. cit.*, 864 ss.), ma anche le osservazioni di A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, 323) – si fondano sulla sussistenza o meno dell’interesse ad agire di quest’ultimo (P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti*, in *Comm. Codice civile Scialoja Branca*, Bologna Roma, 1982, 152 ss.); in particolare, ne dovrebbero essere escluse quelle azioni, come di annullamento e di rescissione, che hanno come obiettivo il ripristino della situazione patrimoniale *ex ante* del cedente (A. ASTONE, *Il trasferimento del credito*, in *Commentario Codice civile fondato da Piero Schlesinger e diretto da Francesco D. Busnelli*, Milano, 2014, p. 204). In sostanza, la considerazione dei diversi interessi coinvolti - e, quindi, l’esigenza di non aggravare la posizione del debitore ceduto piuttosto che quella dello stesso cessionario (che deve essere comunque salvaguardata: P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, 155), che non trova tutela in mancanza di un possibile vantaggio derivante dall’azione di volta in volta prospettabile – ha fatto ritenere che l’azione di risoluzione sia preclusa al cessionario che non ha un rapporto sinallagmatico con il ceduto, il che vale anche per il cedente dopo la cessione, a meno che non abbia assunto la garanzia della solvenza (A. ASTONE, *op. loc. cit.*, V. PANUCCIO, *op. loc. cit.*). Ora, le considerazioni svolte dalla dottrina ricordate possono essere specularmente riproposte per la posizione del debitore ceduto, la cui legittimazione a proporre le azioni contrattuali nei confronti del cessionario si ritaglia sull’interesse ad agire, che, come nella fattispecie concreta in commento, non sussiste se il diritto alle restituzioni, conseguente all’accoglimento dell’azione contrattuale, non può essere esercitato nei confronti del nuovo creditore che non ha ricevuto la prestazione da restituire (sul punto anche R. CICALA, *Cessione del contratto*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, vol. VI, 123, su cui le osservazioni critiche di A.A. DOLMETTA, *op. cit.*, 323 ss., il quale contesta che possa costituire un principio dell’ordinamento l’inscindibilità della legittimazione a proporre le azioni di annullamento e rescissione con quella alle restituzioni).

<sup>22</sup> R. MAGLIANO, *Npl e cartolarizzazioni dei crediti tra attualità e criticità: riflessioni su un fenomeno nuovamente in ascesa*, in *Riv. trim. dir. econom.*, 2021, I, 333. I concetti di *esposizione* e *credito deteriorato* sono oggetto del regolamento (UE) n. 575/2013 (*Capital Requirements Regulation* – CRR), modificato dal regolamento (UE) n. 630/2019, che prevede una classificazione in cinque specie, tra le quali appare opportuno segnalare che il debitore *in default* è quello che versa in una situazione di inadempimento del debitore, qualificata dalla proporzione rispetto all’esposizione complessiva (*past-due*), a cui si

È opportuno rilevare che il problema dei crediti nei confronti di debitori *in stato di default* è stato considerato prevalentemente, se non in modo esclusivo, per i suoi effetti sulla situazione finanziaria delle banche, giacché la presenza nei bilanci di poste attive oggetto di svalutazione determina una tensione rispetto ai parametri di liquidità imposti dalla legislazione interna e europea, e della conseguente capacità di operare dell’intermediario<sup>23</sup>. Un problema tendenzialmente sistemico, che, quindi, rispetto alla riflessione su quali possano essere le conseguenze nel rapporto creditore/debitore derivanti dall’attribuzione di una qualità al credito, ha condotto a privilegiare la ricerca di soluzioni per alleggerire la situazione di difficoltà delle banche: tuttavia, l’attenzione al profilo di interesse generale, se da un lato ha consegnato all’intervento pubblico la responsabilità politica del problema – con tutti i limiti e le criticità per contenerlo entro i limiti del divieto di aiuti di stato<sup>24</sup> – dall’altra ha valorizzato anche le opportunità offerte dagli strumenti del diritto privato<sup>25</sup>. Orbene, tra questi, la cessione dei crediti deteriorati è apparsa ideale per ottenere un incremento del coefficiente di solvibilità dell’intermediario, ma ancora più adatta è stata considerata la cartolarizzazione per la sua idoneità a soddisfare le esigenze di finanziamento, con il coinvolgimento di terzi investitori<sup>26</sup>. In questa direzione, si è espresso anche il legislatore europeo che ha motivato l’esigenza di intervenire sulla disciplina del

affianca l’inadempienza probabile (*unlikelyness to pay*) (per questa e maggiori precisazioni V. CONFORTINI, *Deterioramento del credito e definizione europea di default (profili civilistici)*, in *Eur. e dir. priv.*, 2022, 671 ss.).

<sup>23</sup> M. MAGGIOLINO, *Appunti sul ruolo delle banche ai tempi del COVID-19*, in *Riv. soc.*, 2020, 550.

<sup>24</sup> Si pensi alla costituzione delle *bad banks*, nelle quali confluiscono i crediti deteriorati, rilevati dallo Stato, che poi li gestisce senza i vincoli prudenziali imposti al sistema bancario (P. CARRIERE, *I “fondi comuni di ristrutturazione” tra investimento, finanziamento e cartolarizzazione*, in *Riv. soc.*, 2016, 718). Per l’approfondimento di un profilo più specifico L. SCIPIONE, *Aiuti di Stato, crisi bancarie e ruolo dei fondi di garanzia dei depositanti*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 184 ss.).

<sup>25</sup> La disciplina pubblica prudenziale ha il suo riferimento nelle categorie del diritto privato come obbligo dell’intermediario di «comporre in un certo modo il proprio patrimonio responsabile, in base al rischio di mancata soddisfazione del credito» (V. CONFORTINI, *op. cit.*, 669).

<sup>26</sup> A rendere più appetibili per il mercato (e soprattutto per gli investitori istituzionali) le cartolarizzazioni dei crediti classificati in sofferenza, ha contribuito la previsione di una garanzia statale (con il d.l. 14 febbraio 2016, n. 18, conv. con l. 8 aprile 2016, n. 49) a favore delle banche cessionarie finalizzata ad agevolare lo smobilizzo dei crediti in sofferenza dai bilanci degli intermediari finanziari (GACS – Garanzia sulla Cartolarizzazione delle Sofferenze) (P. MESSINA, *GACS: lo strumento pioniero in Europa per lo smaltimento dei crediti deteriorati. Riflessioni critiche sui principali aspetti*, in *Cont. e imp.*, 2019, 1494 ss.; G. GUERRIERI, *Investimento in crediti e nuove cartolarizzazioni*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, 472 ss.).



ricordato Reg. 2017/2042/UE, per favorire le cartolarizzazioni sintetiche e di crediti deteriorati<sup>27</sup>, sul presupposto che, a fronte delle ripercussioni sul sistema economico innescate dalla crisi pandemica del 2019, e la conseguente esigenza che gli enti creditizi abbiano la capacità di offrire liquidità alle imprese, la cartolarizzazione è lo strumento preferibile per negoziare sul mercato le esposizioni deteriorate, e, dall'altro, di «allontanare i rischi dalle parti del sistema finanziario a rilevanza sistemica» utilizzando i modelli di cartolarizzazione sintetica (considerando n. 5 del Regolamento UE 2021/557)<sup>28</sup>.

In tale modo, però, il debitore ceduto è *abbandonato al proprio destino*<sup>29</sup> - o, direi meglio, alle società di recupero crediti - ed è stato osservato che potrebbe trovarsi a subire un ulteriore declino nella spirale delle sue difficoltà, determinato nel passaggio da una posizione contrattuale suscettibile di adeguamento e revisione nella relazione con il creditore cedente al dissolvimento di qualsiasi possibilità di interlocuzione negoziale, ove si ritenga che il cessionario persegue una logica esclusivamente finanziaria<sup>30</sup>. Le conseguenze sulla sorte delle imprese che affrontano una fase di crisi sono intuibili, tanto più che, in molti casi, l'esposizione rientra nella categoria degli UTP (*Unlikely To Pay*)<sup>31</sup>, per i quali non può essere esclusa definitivamente una possibilità di rientro<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> Per le cartolarizzazioni sintetiche, l'intervento è stato sostanzialmente orientato nel senso di estendersi la disciplina più favorevole delle cartolarizzazioni STS. Per le operazioni aventi ad oggetto crediti deteriorati, in particolare, è stata ammessa la cartolarizzazione in presenza di un requisito patrimoniale (in particolare per i titoli *senior*) meno severo rispetto a quello vigente, e reso più coerente con il relativo livello di rischio, eliminando una ragione di disincentivo.

<sup>28</sup> Analogamente, nel Regolamento "gemello" UE/2021/558, è affermato che «la cartolarizzazione è un elemento importante per il buon funzionamento dei mercati finanziari in quanto contribuisce a diversificare le fonti di finanziamento degli enti e a liberare capitale regolamentare, che può essere riallocato per sostenere l'ulteriore erogazione di prestiti. La cartolarizzazione offre inoltre agli enti e agli altri partecipanti al mercato possibilità di investimento supplementari, consentendo quindi di diversificare il portafoglio e agevolando il flusso di finanziamenti verso le imprese e i privati» (considerando n. 3). [L'1] [SEP]

<sup>29</sup> Come efficacemente osservato da F. PLATANIA, *Cartolarizzazioni: nuova finanza ad imprese in crisi e beneficio della pre-deduzione per la società veicolo*, in *Diritto bancario*, 18 giugno 2020, 1.

<sup>30</sup> P. CARRIERE, *NPL: una emergenza nazionale. Sospendere le cartolarizzazioni?*, in *Diritto bancario*, 29 aprile 2020.

<sup>31</sup> Secondo la ricordata classificazione dei crediti deteriorati, gli UTP sono trattati alla stregua di *inadempienze improbabili*, e cioè caratterizzati dalla previsione che il debitore non adempirà integralmente alle sue obbligazioni, senza il ricorso ad azioni giudiziarie; per questo, dunque, meno gravi delle *sofferenze*, caratterizzate dalla sostanziale insolvenza del debitore.

<sup>32</sup> Tuttavia, secondo la Corte di Cassazione non viola il principio di buona fede e correttezza la banca che ha ceduto il credito ad un prezzo inferiore a quello fissato nella proposta transattiva

In tale contesto - reso ancora più problematico dal fatto che il prezzo dei crediti ceduti è spesso determinato secondo criteri poco trasparenti, e, comunque, ispirati a una logica di sottovalutazione, tale da potere comunque permettere di ottenere un sostanzioso profitto - può apparire sorprendente che il legislatore abbia individuato proprio nella cartolarizzazione un bacino in cui collocare alcune misure finalizzate a dotare di liquidità le imprese in crisi.

In vero, nella prospettiva di promozione della concessione al debitore in difficoltà di una *chance* di recupero, è stata letta anche la norma<sup>33</sup> - applicabile in via generale nella disciplina della legge 130 - secondo cui, per le cartolarizzazioni di crediti derivanti da aperture di credito in conto corrente, l'espletamento delle formalità di opponibilità produce effetto anche rispetto a tutti i crediti futuri nascenti da tali contratti, purché i relativi titoli siano stati stipulati prima della data di espletamento della formalità stessa (art. 4, comma 2 bis). Una estensione delle pattuizioni contrattuali al cessionario è contemplata per il c.d. *diritto di rendere esigibile il credito ceduto*, che deve essere esercitato in conformità del contratto (art. 4, comma 4-ter). In caso in cui la cessione abbia ad oggetto crediti *deteriorati* la cessione può avere ad oggetto anche gli impegni o la facoltà di erogazione derivanti dal relativo contratto di apertura di credito o affidamento (*ibidem*). Si tratta effettivamente di una misura che si allinea alla prospettiva di salvaguardia della posizione del debitore ceduto, come dimostrato dal fatto che questi conserva la possibilità di continuare a usufruire della linea di credito, nonostante che il suo debito sia stato oggetto della cartolarizzazione.

Ma è per i crediti deteriorati che il legislatore si è prefissato di agevolare il recupero della posizione in sofferenza; tant'è vero che l'art. 7.1. contiene una dichiarazione programmatica, enunciando espressamente la finalità di *migliorare le prospettive di recupero di tali crediti e a favorire il ritorno in bonis del debitore ceduto attraverso la concessione di finanziamenti*<sup>34</sup>: ciò avviene anche con la pos-

del debitore, sia perché il pagamento avveniva in unica soluzione e non con modalità rateali, sia perché il precedente inadempimento del debitore legittimava dubbi sulla sua solvibilità (Cass. 19 dicembre 2019, n. 34113).

<sup>33</sup> Introdotta dall'art. 23 del d.l. 30 aprile 2019, n. 34 (c.d. Decreto Crescita).

<sup>34</sup> La norma rinvia alle condizioni previste dal precedente art. 1, comma 1 ter, che prevede la possibilità di concedere finanziamenti ai soggetti diversi dalle persone fisiche o imprese con un totale di bilancio inferiore a due milioni di euro e che, quindi, sono estese anche ai finanziamenti ai debitori, titolari di posizioni deteriorate e che sono (i) l'individuazione dei debitori ad opera di intermediari finanziari autorizzati, (ii) i titoli emessi per finanziare l'erogazione dei finanziamenti sono collocabili esclusivamente presso investitori qualificati, (iii)

sibilità di convenire – nell’ambito di procedure per la soluzione della crisi di impresa – l’acquisto o sottoscrizione di azioni, quote e altri titoli derivanti dalla conversione di parte dei crediti del cedente, anche in deroga alle previsioni degli artt. 2467 e 2497 *quinquies* cod. civ. e le cui redditività sono assimilate ai pagamenti dei debitori ceduti<sup>35</sup>.

Nei fatti, poi, l’occasione si è rivelata propizia anche per introdurre nel modello la considerazione di altri interessi. Infatti, la possibilità di finanziare il debitore ceduto, prevista per i crediti deteriorati, è stata estesa<sup>36</sup> alle *operazioni aventi una valenza sociale che prevedano la concessione in locazione al debitore, da parte della società veicolo di appoggio, dell’immobile costituito in garanzia del credito ceduto*.

La fattispecie risulta connotata da un intento di solidarietà sociale: la società veicolo di appoggio – che abbia acquistato l’immobile costituito in garanzia – su istanza del debitore stipula con quest’ultimo un contratto di locazione<sup>37</sup>: la c.d. *valenza sociale* sembrerebbe data dalla partecipazione di un’associazione di promozione sociale iscritta al registro da almeno cinque anni, ovvero di società o ente dalla stessa istituiti, che assista il futuro con-

ducente nella stipulazione del contratto di locazione con la società veicolo di appoggio. In realtà, la ricostruzione della fattispecie in questi termini non è limpidissima nella lettera della legge: innanzitutto, non è chiarissimo se l’operazione con valenza sociale si affianchi ad una cartolarizzazione di crediti deteriorati o la sua collocazione in quella norma ne presupponga il medesimo ambito applicativo. Sul punto, però, mi sembra risolutiva la rubrica della disposizione, espressamente dedicata ai crediti deteriorati, nonché l’esigenza solidaristica più avvertita per debitori in difficoltà, come presumibilmente potrebbero essere gli obbligati in esposizioni in sofferenza, con scarse prospettive di adempimento. L’attribuzione del presupposto per la qualificazione dell’operazione come munita di valenza sociale nella partecipazione dell’associazione di promozione sociale, è addirittura esplicitata nell’ultimo comma dell’art. 7.1, per l’applicazione delle agevolazioni fiscali e dell’esonero, in sede di trasferimento del bene alla società veicolo, dall’obbligo di consegna della documentazione urbanistica; allora si potrebbe ritenere che l’assistenza al *futuro conduttore* sia requisito per la sola applicazione della disciplina di cui all’ultimo comma, e che sia altro la natura *sociale* dell’operazione in cui si inserisce il contratto di locazione al debitore. In questo caso, però, sarebbe tutto da definire il contenuto e i requisiti che diano all’operazione la *valenza sociale* richiesta dalla legge.

## 5. Prospettive per la tutela degli interessi del debitore ceduto.

La cartolarizzazione, dunque, finisce per rappresentare un interessante banco di prova che – tra molteplici altri strumenti – testimonia il cambio di passo nel rapporto tra banca e cliente, in particolare, dalla logica della contrapposizione al debitore inadempiente, che si traduce nell’aggressione al patrimonio in funzione del recupero del credito, alla cooperazione con quest’ultimo per superare la crisi<sup>38</sup>.

Il debitore diventa, dunque, il termine di riferimento di una rinnovata concezione del rapporto obbligatorio; lo è innanzitutto prima dell’emersione di eventuali criticità nella capacità di *solvere*, lo è quando – *a latere* dell’osservanza degli obblighi contrattuali volti a rimediare alle asimmetrie (in-

l’intermediario deve *trattenere un significativo interesse economico nell’operazione*.

E’ stato segnalato – e, aggiungo che si tratta dell’ennesimo esempio di negligente compilazione delle norme – che, in realtà, il riferimento al *ritorno in bonis* del debitore non è formalmente corretto, visto che la disposizione non annovera tra i suoi presupposti l’assoggettamento a una procedura di risoluzione della crisi (F. PLATANIA, *op. loc. cit.*).

<sup>35</sup> Tale possibilità caratterizza anche la figura dei *fondi di ristrutturazione*, recentemente emersi nella prassi, che può prevedere, tra l’altro, la conversione dei crediti ceduti/conferiti in strumenti finanziari; in sintesi, nella prima fase si procede al conferimento (eventualmente tramite cessione) dei crediti *underperforming* ad un fondo comune di investimento, ricevendone in cambio quote di partecipazione; quindi, i crediti sono gestiti dalla SGR con l’obiettivo della loro ristrutturazione, anche mediante la concessione di finanziamenti (P. CARRIÈRE, *I “fondi comuni di ristrutturazione” tra investimento, finanziamento e cartolarizzazione*, in *Riv. soc.*, 2016, 718 ss.).

<sup>36</sup> Per effetto dell’art. 1, comma 445, lettera a), della Legge 27 dicembre 2019, n. 160.

<sup>37</sup> Si precisa come lo strumento in questione andrebbe coordinato con i recenti modelli di esdebitazione del debitore che può chiedere la rinegoziazione del mutuo ovvero un finanziamento con surroga della garanzia ipotecaria esistente a una banca terza (art. 41 bis della l. 19 dicembre 2019, n. 157, che ha conv. il d.l. n. 124/2019: U. MALVAGNA – A. SCIARRONE ALIBRANDI, *L’onda lunga della pandemia e l’esigenza di una gestione “sociale” delle sofferenze bancarie*, in *Sistema produttivo e finanziario post Covid-19: dall’efficienza alla sostenibilità. Voci dal diritto dell’economia*, a cura di U. Malvagna – A. Sciarrone Alibrandi, Pisa, 2021, 219). Va segnalato che la norma in questione ha presto subito una riscrittura – che investe i presupposti per la sua applicazione e sul perimetro dell’esdebitazione – in forza dell’art. 40 *ter* della l. 21 maggio 2021, n. 69, che ha conv. il d.l. 22 marzo 2021, n. 41 (c.d. decreto Sostegni).

<sup>38</sup> G. GALLO, *op. loc. cit.* E’ stato osservato che la trasformazione del ruolo della banca in partner degli imprenditori in crisi, grava quest’ultima spesso della gestione di complessi processi di ristrutturazione, insostenibili a livello organizzativo e economico (P. CARRIÈRE, *I “fondi comuni di ristrutturazione”...*, *cit.*, 718).





formazione e trasparenza su tutti) – la banca deve gestire con senso di responsabilità e diligenza la fase genetica del rapporto, la valutazione del merito creditizio, l'idoneità delle condizioni contrattuali ad una regolare esecuzione del rapporto. Lo è, però – per tornare alla fase della sopravvenuta crisi finanziaria del debitore – quando la gestione della sua posizione deve essere informata a principi di rispetto della dignità e dei diritti fondamentali dell'individuo, con modalità sostenibili, che tengano in considerazione gli equilibri economici dei soggetti coinvolti, «al contempo offrendo ai debitori opportunità di rilancio in un percorso di dignità»<sup>39</sup>.

Da questo punto di vista, l'attenzione al tema del legislatore europeo si è tradotta in una occasione perduta. La Direttiva UE/2016/2101 del 24 novembre 2016, *relativa ai gestori di crediti e agli acquirenti di crediti*, si pone il duplice obiettivo di «rafforzare lo sviluppo di mercati secondari per i crediti deteriorati nell'Unione e garantire al contempo un ulteriore rafforzamento della protezione dei debitori» (considerando n. 61); eppure, sin dai primi commenti si è rilevato che la tutela dei debitori non è centrata e resta tutto sommato debole e spuntata.

In vero, gli obblighi tratteggiati nella Direttiva sono incisivi e consistenti: è previsto, tra gli altri, che tra i requisiti che il gestore dei crediti deve possedere al fine di ottenere l'autorizzazione all'esercizio della sua attività è inserita anche l'adozione di politiche di governo societario e di gestione del rischio che assicurino il rispetto dei diritti del debitore, in particolare, delle norme in materia di tutela e di leale e diligente trattamento dei debitori, nonché una efficiente procedura di trattamento dei reclami (art. 5)<sup>40</sup>. Soprattutto, però, nei rapporti con i debitori è disposto che gli acquirenti di crediti e i gestori di crediti «(a) agiscano in buona fede, in modo equo e professionale; (b) forniscano ai debitori informazioni che non siano fuorvianti, poco chia-

re o false; (c) rispettino e tutelino le informazioni personali e la riservatezza dei debitori; (d) comunichino con i debitori in un modo che non costituisca molestia, coercizione o indebito condizionamento» (art. 10). La previsione è raccordata ai poteri attribuiti agli organismi di vigilanza e completata da un obbligo di istituire procedure efficaci e trasparenti per la gestione dei reclami dei debitori.

L'efficacia del provvedimento è condizionata, però, dal perimetro del suo campo di applicazione, limitato, innanzitutto, ai soli *crediti deteriorati* (NPL) originati da banche e, per il profilo soggettivo, agli *acquirenti* e ai *gestori di crediti* diversi da banche, società di gestione del risparmio e intermediari finanziari vigilati<sup>41</sup>; a ciò va aggiunto che gli acquirenti sono esonerati dall'osservanza della disciplina se, in presenza dei presupposti delineati nella direttiva, gestiscono in autonomia le posizioni di cui si sono resi cessionari<sup>42</sup>. La Direttiva contiene, poi, una ulteriore delimitazione risultante dalla non interferenza con la disciplina interna e europea relativa ai rapporti di consumo, al fine di tutelare più intensamente i debitori consumatori, lasciando sostanzialmente che il titolo del credito continui a determinare la disciplina applicabile<sup>43</sup>. Anche in materia di cartolarizzazione – che costituisce il contesto dal quale sono state originate le presenti osservazioni – la Direttiva lascia impregiudicate le prescrizioni delle legislazioni nazionali degli Stati membri quando l'acquirente di crediti è una società veicolo per la cartolarizzazione nella misura in cui la normativa interna non influisce sul livello di tu-

<sup>39</sup> U. MALVAGNA – A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Crediti deteriorati tra stabilità finanziaria e “non esclusione” sociale. Verso la sostenibilità dell'ecosistema del credito*, in *Anal. giur. econom.*, 2020, 635; E. CONTU, *Povertà ed esclusione nella “società del debito”*, in *Cont. e imp.*, 2019, 1535 ss. Il tema più delicato è se poi la considerazione dei diritti della persona e dei valori fondamentali che esprimano possano fondare correttivi alla rigidità del rapporto obbligatorio (G. GRISI, *L'inadempimento di necessità*, in *Juscivile*, 2014, fasc. 6). In diversa prospettiva, è stato segnalato che, dietro l'applicazione di strumenti di protezione del debitore, si annida una significativa incognita rappresentata dal fatto che il debitore rifinanziato o esdebitato ritorni a indebitarsi, sia trattenuto dal sistema economico, così che tali rimedi servono più «a potenziare il mercato che a soccorrere il bisognoso» (L. MODICA, *Effetti esdebitativi (nella nuova disciplina del sovraindebitamento) e favor creditoris*, in *Contratti*, 2019, 472).

<sup>40</sup> Non anche per l'acquirente, che, invece, è tenuto all'osservanza degli obblighi indicati nel successivo art. 10, di cui *infra* nel testo.

<sup>41</sup> Si precisa, così, quanto rilevato precedentemente nel testo sulla maggiore attenzione dedicata dal legislatore europeo allo smaltimento e circolazione dei crediti deteriorati, piuttosto che all'altro obiettivo dichiarato di tutela del debitore; l'individuazione dei destinatari della direttiva nei soggetti non bancari evidenzia, infatti, il fine di ridurre le barriere di accesso al mercato dei NPL da parte di investitori non bancari, al fine di incrementare la domanda e conseguentemente intervenire sui valori dei trasferimenti (P. CARRIERE, *La Direttiva su “gestori” e “acquirenti” di NPL: prospettive per il mercato italiano*, in *Diritto bancario*, 2 dicembre 2021). Vi è, poi, un terzo attore – il *fornitore di servizi* – che, in quanto mandatario del gestore, è sottratto all'applicazione della disciplina, riferibile soggettivamente al mandante.

<sup>42</sup> La ricostruzione del dettato della Direttiva a tale proposito sconta, tuttavia, una inevitabile incertezza dovuta alla complessità del testo e alla presenza di alcune incongruenze, come segnala P. CARRIERE, *op. ult. loc. cit.*

<sup>43</sup> E' precisato, peraltro, che il consumatore conserva il diritto di proporre nei confronti del cessionario «gli stessi mezzi di difesa di cui poteva avvalersi nei confronti del creditore originario, ivi compreso il diritto all'indennizzo ove questo sia ammesso nello Stato membro in questione» (art. 28 *bis*); è stato sottolineato il rafforzamento di tutela dei consumatori rispetto a quanto previsto nella MCD Direttiva 2014/17/UE (A. ADDANTE, *La sostenibilità del credito immobiliare fra meritevolezza del consumatore e responsabilità del creditore*, in *Giust. civ.*, 2022, 951).





tela garantita ai consumatori e assicurati che le autorità competenti ricevano le informazioni necessarie dai gestori di crediti; i *caveat* imposti dal legislatore europeo forse meriterebbero un'attenta riflessione in sede di recepimento, cogliendo l'occasione di una implementazione tra la disciplina nazionale in tema di cartolarizzazione, obblighi di condotta imposti dalla Direttiva e norme di tutela del (debitore) consumatore. Su tale versante, però, vi è da dire che l'esperienza nazionale – anche attraverso la promozione di forme di risoluzione extragiudiziale delle controversie e l'affermazione di strumenti di autodisciplina come i codici di condotta<sup>44</sup> – dimostra di non voler disconoscere le esigenze di protezione dei debitori, anche di quelli in difficoltà<sup>45</sup>.

Una volta che si convenga sul fatto che l'espropriazione del debitore inadempiente, oltre a non garantire la realizzazione del credito, determina plausibilmente una «distruzione di risorse per il sistema»<sup>46</sup>, diventa di primo piano la definizione di una scala di priorità di intervento conforme a una rinnovata concezione del rapporto di credito. In disparte alle iniziative opportune in prospettiva di prevenzione – come l'educazione finanziaria, oppure l'adeguatezza della verifica del merito creditizio – nel contesto di cui ci stiamo occupando, appare prevalente prevedere misure di sostegno a favore di chi dimostra «una sostenibilità prospettica del debito»<sup>47</sup>: nel concreto, possono venire in rilievo miglioramenti nella disciplina degli istituti che prevedono la possibilità per il debitore in difficoltà di conseguire una ristrutturazione del suo credito, ovvero di accedere a forme di esdebitazione o di liquidazione stragiudiziale del suo patrimonio<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> Si può segnalare l'esempio virtuoso del codice di condotta per i processi di gestione e tutela del credito, adottato, ai sensi dell'art. 27 Cod. Cons., congiuntamente dall'UNIREC Unione Nazionale Imprese a Tutela del Credito e dalle principali associazioni di consumatori il 6 maggio 2015 (reperibile sul sito dell'UNIREC), con l'obiettivo di salvaguardare la dignità umana e la protezione dei minori nella gestione delle attività di recupero del credito. Sulla rilevanza nel rapporto tra impresa e *stakeholders* dell'autodisciplina e dei codici di condotta sia consentito il rinvio a A. SCOTTI, *Codici di condotta tra mercato, impresa e contratto*, Milano, 2019.

<sup>45</sup> E' stato osservato come «si fa largo, perciò, un *favor debitoris*, praticato affrancando la *difficultas praestandi*, connessa a variabili macro-economiche, "dall'area dell'impotenza del debitore, irrilevante sul piano dell'obbligazione" [il riferimento è a F. PIRAINO, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano*, in G. D'AMICO – S. PAGLIANTINI – F. PIRAINO – T. RUMI, *I nuovi marciiani*, Torino, 2017, 164], rimessa in circolo come un'impossibilità di prestare» (S. PAGLIANTINI, *Debito e responsabilità nella cornice del XXI secolo: note minime*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1085).

<sup>46</sup> U. MALVAGNA – A. SCIARRONE ALIBRANDI, *op. cit.*, 633.

<sup>47</sup> Ancora in questi termini U. MALVAGNA – A. SCIARRONE ALIBRANDI, *op. loc. cit.*

<sup>48</sup> F. CAPRIGLIONE, *La problematica dei crediti deteriorati*, in *Riv. trim. dir. econom.*, 2019, 19.

Il tema, come noto, è amplissimo e non può essere oggetto di approfondimento. E' interessante segnalare, perché all'interno dei confini del credito deteriorato, che durante la precedente legislatura erano in corso di esame alcune proposte di legge, volte a favorire la tutela del debitore di crediti deteriorati, fino a forzare in modo molto accentuato gli stessi fondamenti della responsabilità patrimoniale e della libertà negoziale del creditore: in via approssimativa, per l'esigenza di sottolineare soprattutto i punti comuni, vi viene previsto, ad esempio, che il debitore abbia la facoltà di concludere una transazione con il creditore, corrispondendo un valore non inferiore al valore contabile netto dell'esposizione, ovvero, il prezzo di cessione concordato con il cessionario<sup>49</sup> (DDL Senato n. 2098 – DDL Camera n. 4352), ovvero ancora in un valore percentuale calcolato su un importo medio tra l'ammontare del credito e quella dell'accantonamento eseguito dal creditore (DDL Camera n. 4424), in tutti i casi con un effetto di esdebitazione. Il creditore ha l'obbligo a contrarre, e, quanto alle condizioni della stessa, è tenuto a rinunciare al maggiore credito e alle garanzie prestate dal debitore; mentre, il debitore non può disporre dei suoi beni, senza autorizzazione del creditore<sup>50</sup>, nel tempo tra la proposta di transazione e il suo adempimento (DDL Senato n. 2098); il ritardo nell'adempimento determina l'inefficacia

E' vero, infatti, che «la disciplina codicistica, astratta e insensibile alle qualità soggettive del debitore, improntata a rimedi individuali di tipo sanzionatorio focalizzati sulla responsabilità patrimoniale per inadempimento, nonché sulla valutazione della diligenza del debitore nell'adempimento, esibisce una dimensione rimediale individuale del tu o incapace di cogliere le implicazioni generali e gli effetti di mercato di un inadempimento di uso presso categorie ampie di debitori» (C. CAMARDI, *Legislazione della crisi e diritto privato patrimoniale. Una nuova complessità, tra efficienza e coerenza sistematica*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2017, 283).

<sup>49</sup> E' stato osservato che non si tratta di una transazione, ma la fattispecie configura piuttosto una ipotesi di remissione parziale del debito (G. LA ROCCA, *Le proposte di legge "Paglia" e "Marotta" sui NPL in breve*, su *IlCaso.it*, 25 maggio 2017), come d'altra parte la fattispecie viene definita nella Relazione di accompagnamento al progetto DDL Camera 4352.

Il procedimento scaturisce dall'adempimento del creditore di un duplice obbligo di informazione, avente ad oggetto la propria intenzione di cedere il credito – a valle del quale il prezzo della transazione è determinato come riportato nel testo sulla base dell'ultimo bilancio disponibile dell'intermediario – o, se il debitore è inerte, procede alla cessione, la cui efficacia è sottoposta alla condizione sospensiva della comunicazione al debitore del prezzo di cessione (DDL Senato n. 2098); viene diversamente imposto all'intermediario anche un obbligo di comunicare al debitore il valore contabile del credito vantato, a pena di sanzioni da irrogarsi dalla Banca d'Italia (DDL Camera n. 4352 – DDL Camera n. 4424).

<sup>50</sup> Autorizzazione che può essere negata solo se l'atto di disposizione è idoneo a «compromettere la sua [del debitore] capacità patrimoniale di onorare i pagamenti di cui all'accordo transattivo perfezionato»

dell'accordo transattivo (DDL Camera n. 4352 - DDL Camera n. 4424), configurando, mi sembra, una condizione di adempimento risolutiva. Infine, una ulteriore limitazione della libertà negoziale è imposta al creditore che ha rifiutato la transazione – nei ristretti limiti in cui ciò è consentito – che non può cedere il credito per i tre anni successivi (DDL Senato n. 2098).

L'attenzione dedicata alle proposte di legge, sebbene non abbiano compiuto il loro *iter*, è utile a porre in evidenza una ambiguità di fondo nelle discipline che riguardano la gestione dei crediti deteriorati, e che differenzia l'approccio del legislatore in questa materia da quello finora seguito nella predisposizione di misure volte al recupero del debitore in difficoltà, sia esso consumatore o imprenditore. Senza completezza, è possibile disegnare un arco che va dalle procedure per la gestione del sovraindebitamento, alle garanzie marciante, alle composizioni delle crisi di impresa, figure tutte che, pur non esenti da criticità, possono costituire la base per gli sviluppi richiesti dalla considerazione di nuovi bisogni e esigenze. Da questa prospettiva, tuttavia, si distinguono le regole in materia di crediti deteriorati: dalla Direttiva europea, alla normativa sulla cartolarizzazione dei crediti, fino alle iniziative del legislatore, si ha l'impressione che la dichiarata attenzione per la tutela del debitore sia assolutamente recessiva rispetto all'interesse principale – per la verità, sempre proclamato – della stabilità del sistema bancario. Allora, l'interprete deve essere promotore e garante, nei limiti concessi dal sistema, degli interessi degli *stakeholders* – debitori ceduti e investitori – a cui potrebbero essere imposte lacune di informazione, difficoltà di rientro delle proprie esposizioni, e, in generale, un sacrificio irragionevole della propria posizione. Sul piano sistematico, la questione di quale sia la *tensione* che al concetto di obbligazione impone la «realizzazione del credito patologico»<sup>51</sup> può essere solo qui accennata, rinviando il necessario approfondimento, con la riflessione secondo cui «si assiste al congedo definitivo dall'idea che l'obbligazione individui una modalità "naturale" di regolazione dei rapporti di mercato. Essa stessa, infatti diviene oggetto di una specifica tecnologia normativa intesa ad adattarne i codici di funzionamento ad un ambiente che ha dismesso qualsiasi pretesa di conformità ad un ordine sociale ed economico dato, di cui è d'uopo occuparsi solo per garantirne la perpetua riproduzione»<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> C. CASTRONOVO, *L'obbligazione nel prisma della (nuova) responsabilità patrimoniale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2022, 715.

<sup>52</sup> L. NIVARRA, *Sovraindebitamento e responsabilità patrimoniale*, in G. PASSAGNOLI – F. ADDIS – G. CAPALDO – A. RIZZI – S. ORLANDO, *Liber amicorum per Giuseppe Vettori*, Firenze, 2022, 2738. In realtà, il dibattito investe in generale il tradizio-

nale tema del rapporto tra debito e responsabilità, con molteplici profili di complessità emersi tra l'attività normativa e l'interpretazione giurisprudenziale (S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, 1069 ss.); che porta a chiedersi se non sia oggi sussistente uno «statuto multiplo, la cui nota identificativa è piuttosto da rinvenire in un modello che, non a caso, si è definito "collaborativo", termine questo altamente espressivo nell'illustrare il regime protettivo foggiano, all'occorrenza, da infungibile contorno alla gestione dei rapporti con taluni debitori che siano "in difficoltà nei pagamenti" (art. 120-*quinquiesdecies*, comma 1). Dunque un debito che si tinge di una finalità (diremmo) para – assistenziale» (S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, 1080. Ma si segnala il rischio che si corre di finire per collocare l'interesse del debitore alla ristrutturazione della propria posizione sullo stesso piano dell'interesse del creditore al soddisfacimento del suo diritto e di quello del debitore alla liberazione da C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 728).



## LA LIQUIDAZIONE DEL DANNO ALLA PERSONA SOTTO FORMA DI RENDITA VITALIZIA\*

Di Claudio Colombo

| 659

**SOMMARIO:** 1. *Premessa.* - 2. *Contenuto della norma, sua (finora) scarsa applicazione, cenni di diritto comparato e di soft law.* - 2.1. *La norma.* - 2.2. *La (finora) scarsa applicazione della norma.* - 2.3. *Cenni di diritto comparato e di soft law.* - 3. *Valutazioni sulla sentenza della S.C.*

*ABSTRACT.* L'art. 2057 del codice civile prevede che, in caso di danno permanente alla persona, il giudice può disporre che la liquidazione venga effettuata sotto forma di rendita vitalizia, in alternativa alla liquidazione in forma capitale. La norma ha avuto finora scarsa applicazione; con una recente sentenza, tuttavia, la Corte di Cassazione ha manifestato una chiara propensione per un suo utilizzo più frequente, sia in relazione ai profili di danno patrimoniale, sia in relazione a quelli di danno non patrimoniale. Nello scritto – premessa anche una sintetica analisi di tipo comparatistico – vengono evidenziate alcune criticità di questo nuovo orientamento e si propone un'applicazione della liquidazione sotto forma di rendita, limitatamente ai profili di danno patrimoniale.

*Art. 2057 of the civil code provides that, in the event of permanent personal injury, the judge can order periodical payments, instead of a lump sum. The rule has so far had little application; with a recent ruling, however, the Court of Cassation has shown a clear propensity for its more frequent use, both in relation to pecuniary damage and in relation to non-pecuniary damage. In the paper - also prefaced by a brief comparative analysis - some critical issues of this case law are highlighted, and an application of the liquidation in the form of periodical payments is proposed, limited to the profiles of pecuniary damage.*



## 1. Premessa.

L'interesse per il tema che forma oggetto di queste riflessioni è stato suscitato dalla pressoché contestuale lettura del saggio del Maestro, che qui celebriamo, dedicato alla rilettura dell'art. 1226 c.c. (come richiamato dall'art. 2056 c.c.), pubblicato sulla *Trimestrale* del 2022<sup>1</sup>, e da una recente sentenza della Terza Sezione della Corte di Cassazione<sup>2</sup>, che affronta per l'appunto la questione della liquidazione del danno alla persona mediante la costituzione di una rendita vitalizia.

La proposta ricostruttiva di Salvatore Patti a proposito della valutazione equitativa del danno non patrimoniale - proposta che mette in luce alcune semplificazioni di non poco momento, in cui incorrono dottrina e giurisprudenza nell'inquadrare correttamente, ad esempio, il vero senso del sistema tabellare<sup>3</sup> -, congiunta alla valenza, potenzialmente

dirompente di una prassi ultraconsolidata nel settore della liquidazione del danno alla persona, ricollegabile alla sentenza della Cassazione, appaiono infatti sintomatiche della natura davvero problematica delle regole in tema di responsabilità civile, le cui frontiere come noto sono state autorevolmente definite, da altri due Maestri, “nobili”<sup>4</sup> e “mobili”<sup>5</sup>, senza che ovviamente sia possibile dare torto all'uno, o all'altro, degli inventori delle relative formule.

Anche sul piano concettualmente meno elevato (ma forse così propriamente non è) della liquidazione del danno, il sistema della responsabilità civile si presenta infatti come una vera e propria miniera di incertezze e (fisiologicamente) di necessarie approssimazioni, che sollecitano i teorici e gli operatori pratici a confrontarsi con realtà e sensibilità in continua evoluzione, specie quando si tratta di fornire adeguata tutela a profili della personalità umana insuscettibili di venire ridotti in termini economici (*rectius*: monetari).

Venendo al tema prescelto, non c'è dubbio che la sentenza della Cassazione intervenga su un terreno molto delicato - quello dell'applicazione dell'art. 2057 c.c. - attraverso una modalità fortemente incentivante, atteso che il responso, in punto di legittimità, rispetto alle questioni introdotte dalla ricorrente principale (l'assicuratore della struttura ospedaliera danneggiante) e dai ricorrenti incidentali (i genitori di un bambino, quali suoi legali rappresentanti, gravissimamente danneggiato dalla condotta della struttura), avrebbe potuto essere (come dire?) più *soft*, perché - e lo vedremo tra breve - la norma in questione affida al giudice di merito un potere discrezionale molto ampio<sup>6</sup>, ai limiti quasi dell'arbitrio, con la conseguenza che la Corte avrebbe potuto tutto sommato “tagliare corto”, affidandosi al principio di insindacabilità<sup>7</sup>.

E invece, come anticipato, la Cassazione ha approfittato dell'occasione (questa è l'impressione non

\* L'articolo è tratto dalla relazione svolta nel corso delle Giornate di studi in onore di Salvatore Patti, tenutesi a Sassari il 16 e il 17 giugno 2023

<sup>1</sup> S. PATTI, *Danno non patrimoniale e valutazione equitativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 1029 ss.

<sup>2</sup> Cass. 25 ottobre 2022, n. 31574, in *Foro It.*, 2022, I, 3273 ss.; ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, I, 49 ss., con nota di F. PIAIA, *La rendita vitalizia ex art. 2057 c.c., tra discrezionalità del giudice e criteri uniformi di calcolo*.

La sentenza è commentata anche da F. POIATTI, *Overruling giurisprudenziale: la definitiva rinascita della rendita vitalizia*, in *Danno e resp.*, 2023, 172 ss.; da G. STROMMILLO, *Risarcimento in forma di rendita vitalizia e quadratura del cerchio*, in *Foro It.*, *Gli speciali*, 2/2022, 234 ss. e da R. PARDOLESI - R. SIMONE, *Un oscuro oggetto di desiderio: il risarcimento in forma di rendita vitalizia*, *ivi*, 239 ss.; da M. BONA, *Critica alla liquidazione del danno non patrimoniale in forma di rendita vitalizia*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, 97 ss.; da M. MARINAI, *Il bivio della liquidazione del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, 143 ss.; da M. FRANZONI, *La scoperta dell'art. 2057 c.c.*, in *Danno e resp.*, 2023, 269 ss.; e da D. ZORZIT, *La privazione della possibilità di vivere più a lungo tra danno biologico, rendita e perdita di chance*, in *Danno e resp.*, 2023, 418 ss. (quest'ultima, in particolare, su alcune criticità, riscontrabili all'interno del modello proposto dalla S.C., con riferimento alla diminuita aspettativa di vita, da parte del soggetto macroleso; e in tema, dal punto di vista medicolegale, cfr. G. CANNAVÒ - M. CIAVARELLA, *Riflessioni per la realizzazione di un modello italiano per la valutazione dell'aspettativa di vita nei macrolesi*, in *Danno e resp.*, 2023, 585 ss.).

<sup>3</sup> S. PATTI, *op. cit.*, 1041 ss. Come noto, il sistema tabellare di matrice giurisprudenziale rappresenta ormai da decenni un punto fermo nel settore della liquidazione del danno non patrimoniale alla persona (per una recente ricognizione, cfr. G. PONZANELLI, *Il risarcimento del danno alla persona: tabelle giudiziali, controllo della Corte di Cassazione e principio di uguaglianza*, in *Contr. impr.*, 2021, 1027 ss.), tanto che la stessa S.C. è giunta financo ad individuare in una specifica tabella (quella elaborata dal Tribunale di Milano, ed in particolare dall'*Osservatorio sulla giustizia civile*) la tabella alla quale le Corti di merito debbano di regola attenersi, pena il rischio di vedere censurata la propria decisione anche in sede di legittimità: l'antesignana è Cass. 7 giugno 2011, n. 12408,

consultabile tra l'altro in *Corr. giur.*, 2011, 1075 ss., con nota di M. FRANZONI, *Tabelle nazionali per sentenza, o no?*; in *Danno e resp.*, 2011, 939 ss., con note di M. HAZAN, *L'equa riparazione del danno (tra r.c. auto e diritto comune)* e di G. PONZANELLI, *Le tabelle milanesi, l'inerzia del legislatore e la supplenza giurisprudenziale*; in *Resp. civ. prev.*, 2011, 2018 ss., con nota di P. ZIVIZ, *Danno non patrimoniale da lesione alla salute: la cassazione impone una valutazione (in duplice senso) unitaria*; e in *Assicurazioni*, 2011, 503 ss., con nota di M. ROSSETTI, *Si aequa non est, nec iustitia dici potest, o della differenza tra equità ed arbitrio nella liquidazione del danno alla persona*.

<sup>4</sup> C. CASTRONOVO, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 539 ss.

<sup>5</sup> F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. Impr.*, 1985, 159 ss., recentemente ripubblicato *ivi*, 2023, 3 ss.

<sup>6</sup> Sulla discrezionalità della scelta, cfr. già Cass. 20 febbraio 1958, n. 553, in *Giur. It.*, 1958, I, 1, 1016 ss.

<sup>7</sup> Per una simile considerazione, cfr. M. MARINAI, *op. cit.*, 157.





solo di chi scrive, ma di tutti coloro che hanno commentato la sentenza<sup>8</sup>) per fornire delle indicazioni piuttosto precise, nel senso di tentare di indirizzare le decisioni dei Giudici di merito in una certa direzione, piuttosto che in quella opposta. E la direzione è - per l'appunto - quella di incentivare l'adozione dello strumento della liquidazione tramite rendita vitalizia.

## 2. Contenuto della norma, sua (finora) scarsa applicazione, cenni di diritto comparato e di soft law.

Prima di esprimere qualche mia breve valutazione a riguardo, appare però anzitutto opportuno, nell'ordine:

- a) ovviamente, dare conto del contenuto della norma;
- b) fornire qualche sintetico riferimento a proposito della sua (vedremo sinora scarsissima) applicazione concreta;
- c) fornire anche qualche riferimento di diritto comparato, nonché desumibile dalla *soft law* (che pure la sentenza in esame richiama, in una parte della propria motivazione).

### 2.1. La norma.

L'art. 2057 c.c. – norma che non rinvia alcun precedente nella codificazione del 1865 – così recita: “[Q]uando il danno alle persone ha carattere permanente la liquidazione può essere fatta dal giudice, tenuto conto delle condizioni delle parti e della natura del danno, sotto forma di una rendita vitalizia. In tal caso il giudice dispone le opportune cautele”<sup>9</sup>.

Dunque: *i*) deve trattarsi di danno alla persona; *ii*) deve trattarsi di danno avente carattere permanente; *iii*) come sopra accennato, il giudice di merito è arbitro sostanziale della decisione, perché non è vincolato da alcuna istanza di parte e deve unicamente tenere conto delle condizioni delle parti e della natura del danno; *iv*) il giudice, quando opta per tale tipologia di liquidazione, deve disporre le opportune cautele, il cui contenuto tuttavia è del pa-

ri lasciato dal legislatore alla sua prudente valutazione.

Nella *Relazione al Codice* (n. 802) si precisa poi che siffatta forma di riparazione del danno è ricollegabile a quella di cui al successivo art. 2058 c.c., e dunque rappresenterebbe una modalità risarcitoria in forma specifica, senza tuttavia il vincolo dell'istanza di parte; inoltre, la Relazione fa riferimento al danno consistente nella “soppressione o nella menomazione di attività del soggetto, destinata presumibilmente a procacciargli i mezzi di sussistenza”, rilevando anche che detta forma di ristoro farebbe “meglio aderire la misura del risarcimento alla natura e alla durata del danno”<sup>10</sup>.

Chiaro è, sotto questo profilo, il riferimento al danno patrimoniale da perdita o da diminuita capacità reddituale, tale essendo all'epoca, diversamente da oggi, se non l'unico, il principale profilo di danno permanente alla persona esistente nella sensibilità sociale, prima ancora che in quella giuridica<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Per una puntuale ricostruzione della genesi dell'art. 2057 c.c., anche alla luce dei lavori preparatori, vedi M. BONA, *op. cit.*, 114 ss.

<sup>11</sup> È appena il caso di ricordare che – al netto delle questioni legate al tradizionale danno morale soggettivo – l'emancipazione definitiva del danno alla persona, rispetto all'esclusività della prospettiva reddituale (anche con riferimento ai criteri di liquidazione), nasce con la giurisprudenza genovese degli anni '70 del secolo scorso (cfr. Trib. Genova 25 maggio 1974, tra l'altro in *Giur. It.*, 1975, I, 2, 53 ss. con nota di M. BESSONE – E. ROPPO, *Lesione della integrità fisica e «diritto alla salute». Una giurisprudenza innovativa in tema di valutazione del danno alla persona*), giurisprudenza peraltro sviluppatasi in sostanziale parallelismo e consonanza con il pensiero della locale accademia: cfr. M. BESSONE – E. ROPPO, *Diritto soggettivo alla «salute», applicabilità diretta dell'art. 32 della Costituzione ed evoluzioni della giurisprudenza*, in *Pol. dir.*, 1974, 768 ss.; G. ALPA, *Danno «biologico» e danno alla salute. Un'ipotesi di applicazione diretta dell'art. 32 della Costituzione*, in *Giur. It.*, 1976, I, 2, 443 ss. (nota critica a App. Genova 17 luglio 1975); V. MONETTI – G. PELLEGRINO, *Proposte per un nuovo metodo di liquidazione del danno alla persona*, in *Foro It.*, 1974, V, 159 ss. (gli Autori di quest'ultimo scritto, peraltro, sono tra gli estensori di alcune delle sentenze pionieristiche del Tribunale di Genova in tema di danno biologico). Evidente e nota è, peraltro, l'influenza decisiva, in ordine a siffatta emancipazione, del pensiero di S. RODOTA', *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, il quale – con riferimento alla nota sentenza Trib. Milano 18 gennaio 1971 (in *Giur. mer.*, 1971, I, 10 ss.), resa a definizione del c.d. *caso Gennarino*, e nella quale la Corte meneghina aveva liquidato in favore di un danneggiato minorene il danno alla persona applicando il criterio del presumibile reddito futuro, parametrato su quello del padre – ebbe a prendere netta posizione contro i tradizionali inquadramenti del problema: cfr. S. RODOTA', *Una sentenza classista*, in *Pol. dir.*, 1971, 435 ss.

<sup>8</sup> Vedi già il primo commento *instant* di M. HAZAN – F. MARTINI, *Risarcimenti del danno, va preferita la liquidazione con rendita vitalizia*, in *Il Sole 24 Ore. Norme e Tributi*, 21 novembre 2022.

<sup>9</sup> Per un'analisi non recente, ma in ogni caso molto utile per comprendere le motivazioni sottese alla previsione normativa introdotta con la codificazione del 1942, cfr. A. DE CUPIS, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. SCIALOJA – G. BRANCA, Bologna – Roma, 1971, 2<sup>a</sup> ed., 125 ss.



## 2.2. La (finora) scarsa applicazione della norma.

Quanto all'applicazione concreta, come si è accennato, il metodo risarcitorio della rendita vitalizia non ha mai incontrato il favore della giurisprudenza di merito, che – almeno fino a pochi anni fa – ne ha fatto davvero sporadica applicazione<sup>12</sup>. E ciò, ad onta della circostanza che la dottrina – tra cui si annoverano anche alcuni autorevoli Magistrati<sup>13</sup> – specie di recente ha visto con un certo favore la liquidazione del danno mediante rendita, in quanto ritenuta più aderente alle specificità che caratterizzano i pregiudizi alla persona aventi natura permanente.

Il disfavore delle Corti di merito si spiega molto probabilmente con il fatto che – come già autorevolmente sottolineato<sup>14</sup> – il sistema del vitalizio, “*se pure ideologicamente perfetto*”<sup>15</sup>, tende a non piacere alle parti<sup>16</sup>, ma non piace neanche al giudice<sup>17</sup> e -

può anche aggiungersi - non piace nemmeno all'avvocato, ed in particolare a quello che assiste il danneggiato<sup>18</sup>.

Prova ne sia il fatto che, nel caso che ha dato origine alla sentenza della Cassazione dell'ottobre 2022, a fronte di una liquidazione in capitale da parte del Tribunale, la Corte di Appello - come era nelle sue prerogative - ha ritenuto di adottare il sistema della rendita; ma ciò avrebbe incontrato il dissenso di entrambe le parti ricorrenti, le quali, senza successo per quanto riguarda il tema dell'*an* della rendita, anche nella parte relativa alla costituzione della garanzia, hanno impugnato la sentenza sul punto, mostrando speculare insoddisfazione per la soluzione escogitata d'ufficio dalla Corte<sup>19</sup>.

Occorre però aggiungere che negli ultimi anni era già aumentato il numero delle decisioni di merito che avevano fatto applicazione del sistema della rendita; a quanto consta, però, risalendo un po' in là nel tempo, è dato verificare dapprima precedenti di merito che utilizzano un metodo misto, riservando cioè la liquidazione tramite rendita al danno patrimoniale (sia derivante dalla compromissione della capacità reddituale, in linea con l'esemplificazione, di cui si è dato atto, contenuta nella *Relazione al Codice Civile*, sia riconducibile alle spese mediche e di assistenza future), e mantenendo invece la liquidazione in forma capitale per i profili di danno non patrimoniale, complessivamente intesi<sup>20</sup>.

<sup>12</sup> In realtà, dopo Trib. Firenze 3 giugno 1950, in *Resp. civ. prev.*, 1950, 367 ss. (ove peraltro il danno liquidato era quello relativo alle spese future per l'assistenza infermieristica), non constano per diversi decenni precedenti di merito editi, ove sia stata fatta applicazione del risarcimento mediante rendita.

<sup>13</sup> Cfr., tra gli altri, M. ROSSETTI, *Il danno alla salute*, Padova, 2021, 733 ss. (di cui vedi anche già *Danno alla persona e risarcimento in forma di rendita*, in *Tagete*, n. 2/1999, 1 ss.); D. CHINDEMI, *Rendita vitalizia in caso di danno patrimoniale futuro: criteri di determinazione*, nota a Trib. Milano 27 gennaio 2015, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 1645 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Dalla responsabilità civile alla sicurezza sociale*, Napoli, 1992, 68 ss.; G. COMANDE', *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali*, Torino, 1999, 455 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Un'intelligente applicazione della modalità risarcitoria prevista dall'art. 2057 c.c.*, commento a Trib. Milano 14 maggio 2019, in *Resp. med.*, 2019, 471 ss.; nonché, nella prospettiva *de iure condendo*, V. CUFFARO – A. GENTILI, *Materiali per una revisione del codice civile*, II, Milano, 2022, 256 s.

<sup>14</sup> Da G. GENTILE, *Danno alla persona*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 654; analoghe considerazioni in M. FRANZONI, *Fatti illeciti*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. SCIALOJA – G. BRANCA – F. GALGANO, Bologna – Roma, 2020, 2<sup>a</sup> ed., 684 ss.

<sup>15</sup> In realtà, come si avrà modo di argomentare in seguito, siffatta perfezione sul piano ideologico non appare invero del tutto condivisibile, quanto meno per quanto concerne i profili non patrimoniali del danno.

<sup>16</sup> Motivo di avversione comune ad entrambe le parti è rappresentato ad esempio dal fatto che con la rendita si determina un prolungamento del rapporto tra danneggiante e danneggiato, con conseguente necessità di gestire nel tempo detto rapporto. Ma c'è da dire che, segnatamente per la vittima (o per i suoi familiari, in caso di danni particolarmente gravi, che impongano l'adozione delle forme di tutela previste per i soggetti incapaci), gioca un ruolo non indifferente il fatto di poter disporre in un'unica soluzione del capitale risarcitorio, per poter decidere liberamente come impiegarlo.

<sup>17</sup> Per il giudice di merito le difficoltà sono per lo più ovviamente correlate alle maggiori tecnicità che devono essere affrontate, sia nella determinazione della rendita, sia nella predisposizione delle “*opportune cautele*” previste dalla norma. Per una notazione in tal senso, cfr. G. TRAVAGLINO, *Il danno*

*patrimoniale extracontrattuale*, in *Danno e resp.*, *Speciale* n. 11, 2010, 53, nota 39: è appena il caso di ricordare che l'Autore in questione ha presieduto il Collegio della S.C. in occasione dell'emissione della sentenza che si sta commentando.

<sup>18</sup> È del tutto evidente, infatti, che è più facile ottenere il pagamento di una parcella più elevata in caso di liquidazione di una somma capitale in favore del danneggiato, che non in caso di previsione di una rendita vitalizia: ciò, tuttavia, non riteniamo debba essere particolarmente stigmatizzato, parlando di *appetiti* (G. TRAVAGLINO, *op. loc. cit.*), perché se la scelta del legislatore è stata quella della liberalizzazione dei compensi degli avvocati, nei loro rapporti con la piccola clientela, quanto precede appare la conseguenza di un semplice meccanismo di mercato.

<sup>19</sup> In realtà l'assicuratore ricorrente principale non aveva impugnato la sentenza della Corte di Appello sul punto in sé della costituzione della rendita, ma sotto il profilo dell'obbligo, posto a suo carico, di costituire a relativa garanzia una polizza fideiussoria a prima richiesta. La scelta della rendita era invece stata contestata dai legali rappresentanti della vittima primaria, nel loro ricorso incidentale.

<sup>20</sup> Cfr., ad esempio, Trib. Trieste 5 aprile 2012, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 1784 ss., con nota di T. GASPARRO, *Il risarcimento del danno alla persona post. sez. un. 2008 tra automatismi e duplicazioni - L'opzione della rendita vitalizia ex art. 2057 c.c.*; Trib. Milano 27 gennaio 2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 621 ss., con nota di C. MAZZANTI, *Danno permanente alla persona e risarcimento sotto forma di rendita vitalizia*; in *Resp. civ. prev.*, 2015, 1637 ss., con nota di D. CHINDEMI, cit.; ed in *Riv. it. med. leg.*, 2015, 1605 ss., con nota di A. FURLANETTO – E. MACRI', *Risarcimento in forma di rendita*



Più di recente, invece - ed è il caso, tra l'altro, della sentenza della Corte di Appello di Milano, confermata dalla Cassazione - il sistema della rendita è stato utilizzato anche per la liquidazione del danno non patrimoniale, in alcune ipotesi va detto anche in modo non del tutto conforme a quanto previsto dalla legge, perché vi è stata inclusa ad esempio anche la posta del danno biologico temporaneo, che "per la contraddizione che nol consente", permanente non è<sup>21</sup>.

Quanto ad altri profili, va segnalato che tratto comune alle decisioni di merito in questione è l'applicazione del sistema della rendita unicamente in presenza di pregiudizi importanti alla persona (implicanti cioè un elevato grado di invalidità permanente), mentre non si riscontrano significative differenze relativamente all'età del danneggiato al momento del fatto: si va infatti dal neonato all'ottantenne, passando anche per soggetti nel pieno dell'età lavorativa. Ovviamente, invece, la rendita risulta essere stata sempre disposta a carico di danneggiati, che siano da considerarsi tecnicamente solvibili, anche nel lungo periodo<sup>22</sup>.

L'estrema sporadicità dell'adozione del sistema da parte dei Giudici di merito<sup>23</sup> è, poi, causa dell'ancor più estrema rarità delle decisioni della S.C. sul punto, rarità dovuta anche al dato - già sopra evidenziato - della difficile sindacabilità in Cassazione dell'applicazione di una norma così confezionata. In realtà, nelle pochissime occasioni in cui la Corte si è confrontata con il tema, o lo ha fatto perché sollecitata a dirimere questioni derivanti dalla necessità di adeguare la rendita, a distanza di tempo dalla sua costituzione, in ragione - ad esempio - del mutato potere di acquisto della moneta, o della sopravve-

nienza di aggravamenti delle condizioni di salute del danneggiato percettore di rendita<sup>24</sup>; o lo ha fatto - come in un precedente del 2005 - limitandosi a segnalare al giudice del rinvio la possibilità di adottare il sistema, con specifico riferimento peraltro al danno patrimoniale consistente nella diminuzione della capacità reddituale<sup>25</sup>; o infine lo ha fatto per affermare il principio, nel complesso piuttosto scontato, in base al quale la liquidazione di un danno permanente sotto forma di rendita ben può avere per oggetto solo una singola voce del danno totale<sup>26</sup>.

### 2.3. Cenni di diritto comparato e di soft law.

Passando ora ad una breve analisi comparatistica, va anzitutto rilevato che il sistema della rendita è espressamente previsto in Germania dal § 843 del BGB<sup>27</sup>, a cui peraltro fanno rinvio anche numerose leggi speciali. Per certi aspetti si può ritenere che esso costituisca la fonte di ispirazione del legislatore italiano del 1942, ancorché debbano essere rilevate alcune differenze tra le due norme: (i) la norma tedesca contiene infatti un esplicito riferimento all'annullamento o alla riduzione della capacità di guadagno del danneggiato, ovvero all'aumento dei suoi bisogni; (ii) l'imposizione della garanzia è facoltativa; (iii) il danneggiato può chiedere, al posto della rendita, la liquidazione in forma capitale, ma ai fini dell'accoglimento della relativa domanda è necessaria la sussistenza di una giusta causa.

Dunque, la soluzione della rendita non è rimessa, come nell'ordinamento italiano, alla discrezionalità del giudice, ma è obbligata, salva la concorrente ricorrenza dei due presupposti dell'istanza di parte e della giusta causa. Un dato, però, è bene fornirlo: secondo quanto già riferiva un Autore in uno scritto

vitalizia ex art. 2057 c.c. del danno patrimoniale futuro: alcuni spunti di riflessione.

<sup>21</sup> Il precedente più noto è Trib. Milano 14 maggio 2019, in *Danno e resp.*, 2019, 647 ss., con note di C. SCARPELLINO, *Danno permanente e rendita vitalizia: note in margine a una sentenza milanese*, e di L. BRIZI, *La liquidazione del danno alla persona mediante rendita vitalizia: una rara occasione*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 538 ss., con nota di M. GIACCAGLIA, *Ancora sul risarcimento del danno permanente alla persona mediante rendita vitalizia*; e in *Dir. merc. ass. fin.*, 2020, 147 ss., con nota di E. GIUSTI, *La rendita vitalizia ed il risarcimento del danno: il ruolo dell'assicurazione*. La sentenza è stata commentata anche da C. SCOGNAMIGLIO, in *Resp. med.*, 2019, 471 ss.

Un ulteriore precedente in questo senso è rappresentato da Trib. Genova 15 giugno 2005, in <https://onelegale.wolterskluwer.it>.

<sup>22</sup> Nella quasi totalità dei casi, invero, a quanto consta si tratta di enti pubblici, o comunque di soggetti ascrivibili all'ambito pubblico.

<sup>23</sup> Per il recente passato, tuttavia, pare potersi segnalare una certa controtendenza, come riferiscono R. PARDOLESI - R. SIMONE, *op. cit.*, 239, nota 2. Cfr. anche le decisioni segnalate, tra gli altri, da F. PIAIA, *op. cit.*, 59.

<sup>24</sup> Cass. 6 febbraio 1970, n. 265, in *Giur. It.*, 1970, I, 1, 1041 ss.: da rilevare che la rendita era stata attribuita, nel caso di specie, a seguito di un incidente ferroviario avvenuto nel 1936, e che la S.C. aveva già confermato precedentemente la sentenza di merito che aveva fatto applicazione dell'art. 2057 c.c. (Cass. 26 novembre 1959, n. 3471, in *Rep. Foro It.*, 1959, *Responsabilità civile*, n. 82).

<sup>25</sup> Cass. 18 novembre 2005, n. 24451, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 637 ss., con nota di P. ZIVIZ, *La valutazione del danno biologico nel nuovo codice delle assicurazioni*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 1123 ss., con nota di A. NEGRO, *Pluridimensionalità del danno biologico o danni diversi?*

<sup>26</sup> Cass. 22 giugno 2007, n. 14581, inedita, ma consultabile per esteso in *Il Sole 24 Ore - Smartlex*<sup>24</sup>. Nel caso specifico la voce di danno che la Corte di merito aveva ritenuto di dover liquidare sotto forma di rendita era quella relativa alle spese di assistenza future, similmente a quanto avvenuto nel già citato precedente Trib. Firenze 3 giugno 1950. Le restanti voci del gravissimo pregiudizio, invece, erano state liquidate in capitale.

<sup>27</sup> Su cui vedi, per tutti, G. WAGNER, § 843, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 8ª ed., München, 2020.



di ormai qualche anno fa<sup>28</sup> (ma non risulta che le cose siano cambiate<sup>29</sup>), la percentuale di decisioni che applicano il sistema della rendita era (ed è) piuttosto bassa, dal che si desume (i) che i soggetti lesi tendenzialmente formulano istanza per la liquidazione in capitale, e (ii) che il giudice tendenzialmente ritiene sussistere la giusta causa.

Anche il § 844 del BGB, in tema di danno da morte, adotta il sistema della rendita, ma sempre in relazione ai pregiudizi di indole patrimoniale, allorché cioè la vittima principale fosse tenuta al mantenimento della vittima secondaria.

La possibilità di risarcire il danno mediante la costituzione di una rendita, è previsto invece in via generale dall'art. 43, terzo comma, del Codice Svizzero delle Obbligazioni (dunque, anche in ipotesi svincolate dal requisito della riferibilità alla persona, o a quello della natura permanente del pregiudizio), ed il contenuto precettivo della norma è limitato all'obbligatorietà della costituzione della garanzia.

Nell'ordinamento francese non c'è una disposizione precisa di carattere generale; la prassi ammette la liquidazione sia in forma capitale che in forma di rendita, ma la prima sembra essere nettamente prevalente<sup>30</sup>, anche se di recente era stata presentata una proposta di legge (segnatamente: la proposta di riforma della responsabilità civile del 29 luglio 2020<sup>31</sup>), finalizzata a introdurre il sistema della rendita grosso modo per gli stessi pregiudizi di cui al § 843 del BGB, ma con la previsione della possibilità per le parti di derogarvi consensualmente, o per il giudice di disporre diversamente in presenza di giustificati motivi.

Si segnala, poi, che in Spagna il sistema della rendita è previsto, per i danni derivanti da sinistri stradali: (i) nel caso in cui entrambe le parti lo convengano; (ii) nel caso in cui almeno una delle parti lo chieda, ed il giudice reputi opportuna siffatta modalità di liquidazione; (iii) se il danneggiato è un minore o un soggetto con limitata capacità di agire, il giudice può provvedere anche d'ufficio<sup>32</sup>.

Nei sistemi di *Common Law* pare complessivamente prevalente il sistema della liquidazione capitale (*lump sum*), anche se non mancano ipotesi di applicazione del sistema della rendita, sia nell'ambi-

to degli *structured settlements*, sia nell'ambito delle liquidazioni giudiziali<sup>33</sup>.

Infine, per concludere questa necessariamente parziale e sintetica rassegna, occorre ricordare che - come del resto riporta la stessa sentenza della Cassazione dell'ottobre 2022 - nell'ambito dei principali testi paranormativi si rinvencono indicazioni diverse, perché i PETL (*Principles of European Tort Law*), all'art. 10:102, dispongono che “[I] danni sono liquidati in somma capitale o con pagamenti periodici quando ciò appaia più appropriato con particolare riguardo all'interesse del danneggiato” mentre il *Draft Common Frame of Reference* (cap. VI, art. 6:203) subordina la liquidazione sotto forma di rendita all'esistenza di una “*good reason*” (e, dunque, di fatto privilegia la liquidazione sotto forma di *lump sum*).

### 3. Valutazioni sulla sentenza della S.C.

A questo punto, anche seguendo il filo delle argomentazioni della Cassazione, è tempo di offrire qualche breve spunto di riflessione.

Invertendo un po' quello che dovrebbe essere il senso logico di queste considerazioni, qualcosa va detto anzitutto a proposito del tema delle modalità di quantificazione della rendita.

In realtà si tratta dell'unica questione sulla quale il giudice di legittimità può esercitare in modo davvero penetrante i propri poteri di sindacato, poteri che nella fattispecie la Corte ha esercitato, cassando la sentenza della Corte di Appello sul punto e fornendo alcune coordinate che il giudice del rinvio dovrà seguire: (i) va assicurato che la rendita restituisca un onere finanziario equivalente al capitale da cui è stata ricavata; (ii) rispetto alla prospettiva di vita del danneggiato, va tenuto conto della speranza di vita media, e non di quella specificamente riferibile alla persona del danneggiato; (iii) il coefficiente da applicare alla somma capitale deve essere scientificamente fondato, aggiornato, corrispondente all'età della vittima al momento dell'evento, ed infine progressivo, ossia variabile in funzione di anno (con applicazione dunque di meccanismi automatici di rivalutazione, onde adeguarne l'importo al costo della vita).

A riguardo, in senso critico rispetto alla prima delle tre coordinate di cui sopra, si è però anzitutto evidenziato condivisibilmente che il paradigma del-

<sup>28</sup> Si tratta di V. ZENO-ZENCOVICH, *Per una “riscoperta” della rendita vitalizia ex art. 2057 cod. civ.*, nota a App. Roma 3 marzo 1998, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, 131 ss.

<sup>29</sup> A riguardo, cfr. R. PARDOLESI – R. SIMONE, *op. cit.*, 241, nota 10.

<sup>30</sup> Vedi Y. LAMBERT-FAIVRE – S. PORCHY SIMON, *Droit du dommage corporel*, 9ª ed., Paris, 2022, 288 ss.

<sup>31</sup> Consultabile in <https://www.senat.fr/leg/pp119-678.html>; la proposta, tuttavia, non ha avuto seguito ed è dunque decaduta.

<sup>32</sup> *Ley* n. 35/2015, artt. 41 e 42.

<sup>33</sup> Cfr. R. PARDOLESI – R. SIMONE, *op. cit.*, 241, i quali riferiscono – in senso critico – di un intervento normativo del Congresso statunitense (il *Periodic Payment Settlement Act* del 1982) volto a favorire, attraverso agevolazioni fiscali, il risarcimento nella forma della rendita, in luogo di quello in capitale.



la perfetta equivalenza tra capitale e rendita, senza correttivi *ex latere debitoris*, si rivela alquanto teorico, nascondendo in realtà dietro di sé un'operazione di traslazione dal danneggiante al danneggiato di un rischio di assai probabile verifica (stanti le condizioni fortemente menomate della vittima dell'illecito, nei casi in cui tendenzialmente può trovare applicazione il sistema della rendita), e cioè del rischio della sua morte anticipata rispetto alla media delle persone della sua età; e ciò, a fronte di una invero modesta probabilità che il soggetto, al contrario, sopravviva per un tempo maggiore<sup>34</sup>.

Altri, poi, hanno analizzato la seconda delle due coordinate, non tanto per contestarla in sé, quanto piuttosto per domandarsi se, in realtà, sotto le mentite spoglie del risarcimento di un danno permanente (nella specie: del danno biologico da invalidità permanente), in realtà non si nasconda, quanto meno in parte, il risarcimento di un diverso e poco esplorato pregiudizio, e cioè del danno da diminuzione delle speranze di vita del soggetto leso, rispetto alla speranza di vita media: il che, peraltro – prosegue convincentemente l'Autrice in questione – metterebbe almeno in parte “fuori gioco” l'art. 2057 c.c., trattandosi all'evidenza di un pregiudizio di tipo istantaneo, e non di tipo permanente<sup>35</sup>.

Sotto il profilo, invece, logicamente prioritario relativo alla scelta circa l'*an* della costituzione della rendita, si è già detto che i margini di sindacato del giudice di legittimità sono molto ristretti, se non quasi inesistenti. Dunque, il *focus* è destinato a spostarsi sulle valutazioni in punto di opportunità, che il giudice di merito è chiamato ad effettuare.

A riguardo, non c'è dubbio che – su di un piano generale – la scelta della rendita presenta un indiscutibile vantaggio teorico e al contempo un indiscutibile svantaggio pratico.

Il vantaggio teorico è costituito dal fatto che, essendo la rendita destinata a cessare con la morte del beneficiario, essa evita che si vengano a determinare situazioni di sovracompenzazione (se il danneggiato muore prima, rispetto all'aspettativa di vita media), ovvero di sottocompenzazione (nel caso opposto).

Tuttavia si è già detto che stocasticamente le due ipotesi non si equivalgono affatto, e dunque dietro siffatto vantaggio teorico si disvela una tecnica di ripartizione del rischio, che avvantaggia senza dubbio il danneggiante.

Analogamente, il danneggiante (o il suo assicuratore) finisce per essere avvantaggiato anche dal

fatto di rimanere nella sostanziale disponibilità dell'importo risarcitorio, che – lungi dal dover trasferire *illico et immediate* nella sfera giuridico patrimoniale del danneggiato – potrà pagare in forma rateale, secondo la cadenza (mensile, semestrale, annuale) che il giudice avrà disposto<sup>36</sup>. E in questo senso si deve sottolineare che la scelta di campo circa l'opportunità di lasciare la “ricchezza risarcitoria” nelle mani dei soggetti danneggianti (o dei loro assicuratori), ovvero di disporre il trasferimento immediato ed integrale nelle mani dei soggetti danneggiati, è scelta di politica del diritto assai delicata e, come tale, a nostro avviso inopportuno demandata alla giurisdizione<sup>37</sup>.

Lo svantaggio è invece rappresentato dal fatto che il rapporto di rendita è destinato – specie se la stessa è attribuita a favore di un soggetto in età non avanzata – a protrarsi per un tempo anche molto lungo, la qual cosa espone al rischio di doverne governare la fase esecutiva per altrettanto lungo tempo, sia nella prospettiva del fisiologico e regolare adempimento, sia in quella patologica dell'inadempimento (rischio, quest'ultimo, che è ovviamente maggiore, se la rendita è posta a carico di soggetti privati).

A ciò si aggiunga poi il ruolo cruciale rivestito dalle cautele menzionate nella norma, in ordine alle quali pare di poter dire che la stessa dottrina favorevole ad un utilizzo più frequente del sistema della rendita sovente mette in luce le difficoltà di individuare delle tecniche assicurative o fideiussorie adeguate (l'ipotesi della costituzione di garanzia reale immobiliare sembra, a riguardo, davvero del tutto teorica ed inefficiente anche sotto il profilo dell'analisi economica)<sup>38</sup>, mentre le stesse sentenze di merito paiono sul punto un po' troppo semplicistiche, attribuendo all'obbligato una discrezionalità a volte eccessiva, nella scelta concreta della cautela.

Passando invece ad un orizzonte più specifico (che mette in campo i temi delle *condizioni delle parti* e della *natura del danno*), a nostro avviso pare che, in primo luogo, il giudice di merito, benché – come si è visto – non sia vincolato da alcuna istanza di parte, dovrebbe auspicabilmente tenerne conto, anche al fine di evitare di emettere una statuizione

<sup>36</sup> Questo aspetto è particolarmente sottolineato da M. BONA, *op. cit.*, 110 s.

<sup>37</sup> Il punto non è nuovo. Sotto il vigore della codificazione del 1865, come si è detto, non vi era alcuna disposizione analoga all'attuale art. 2057 c.c. Nondimeno, non erano mancate ipotesi di adozione del metodo della rendita, da parte dei giudici di merito: scelta che però, ad esempio, App. Milano 11 maggio 1920, in *Riv. critica*, 1920-22, 8, ebbe a censurare, proprio sul presupposto dell'inopportunità di lasciare la somma risarcitoria nella disponibilità della parte danneggiante, invece che attribuirla al danneggiato.

<sup>38</sup> Cfr., sul punto, F. POIATTI, *op. cit.*, 175 s.

<sup>34</sup> Per questa osservazione, R. PARDOLESI – R. SIMONE, *op. cit.*, 244 s.; analogamente, G. STROMMILLO, *op. cit.*, 237.

<sup>35</sup> Il riferimento è all'analisi di D. ZORZIT, *op. cit.*, 422 e 428; v. anche M. BONA, *op. cit.*, 127.

sgradita ad ambo le parti<sup>39</sup>; statuizione che, dunque, esse potrebbero poi disattendere, semplicemente mettendosi d'accordo per non applicarla, ovverosia disponendo consensualmente di tradurla in liquidazione sotto forma di capitale<sup>40</sup>.

Tenere conto delle istanze delle parti, ed in particolare di quella del danneggiato, risponde poi comunque all'esigenza di evitare, quanto più possibile, fenomeni di inopportuno paternalismo giudiziario<sup>41</sup>.

Relativamente alle *condizioni delle parti*, molte delle opinioni dottrinarie (tanto in epoca passata, quanto in epoca recente) pongono sovente l'accento su profili di inidoneità del danneggiato a gestire somme capitali consistenti, variamente riconducibili ad una condizione di ignoranza, o di tendenza allo sperpero, in presenza delle quali sarebbe migliore la soluzione della rendita<sup>42</sup>: ebbene, a nostro avviso è da ritenere, invece, che questi aspetti non meritino di essere presi in alcun modo in considerazione, non foss'altro perché il giudice della causa risarcitoria non ha alcuna prerogativa di operare delle valutazioni di questo tipo, né peraltro ha la possibilità di istruire adeguatamente la controversia sul punto.

Analoga considerazione merita però di essere formulata quando il soggetto danneggiato è un soggetto incapace di agire, e questo a prescindere dal fatto che, in prospettiva, siffatta situazione di incapacità sia destinata in futuro fisiologicamente a venire meno, oppure no: i presidi giurisdizionali di

protezione, infatti, dovrebbero infatti costituire la migliore garanzia, affinché sia evitata la dissipazione, in danno del danneggiato incapace, della somma capitale ricevuta<sup>43</sup>.

Quanto, infine, alla *natura del danno*, è anzitutto chiaro che – sotto il profilo quantitativo – non ha alcun senso risarcire tramite rendita danni di modesta entità: sul punto, le opinioni convergono, ed un'indicazione in tal senso la si ritrae anche dalla disciplina speciale del danno biologico nell'ambito degli infortuni sul lavoro, ove il sistema della rendita è stabilito solo per le invalidità permanenti superiori a 16 punti percentuali<sup>44</sup>.

Sotto il profilo qualitativo, invece, meritano a nostro avviso di essere tenute distinte le poste del danno patrimoniale e del danno non patrimoniale, nel senso che molteplici argomenti militano a favore di una limitazione della liquidazione tramite rendita ai profili di danno patrimoniale (beninteso permanente e futuro). E ciò, non tanto e non solo per l'indicazione ritraibile dal testo della *Relazione al codice civile*, sopra riportata, quanto piuttosto dalla funzione (anche) consolatoria che è propria del danno non patrimoniale, sia nei suoi profili di indole squisitamente biologica, sia in quelli riconducibili al c.d. danno morale soggettivo<sup>45</sup>.

Invero, le acquisizioni ormai consolidate circa questioni come quella della onnicomprensività del danno non patrimoniale<sup>46</sup>, in caso di danno alla persona, o le acquisizioni altrettanto consolidate in tema di prassi liquidatorie (quanto alla individuazione della somma capitale, al cui pagamento condannare direttamente il danneggiante, o da utilizzare come base di calcolo della rendita alla quale condannare il danneggiante), dovrebbero far propendere per un utilizzo del tutto eccezionale della tecnica della rendita rispetto a tale tipologia di pregiudizio; ciò, anche in ragione del fatto che il danno non patrimoniale tende ad avere un grado di intensità più elevato nella fase iniziale (il che è certamente indiscutibile sotto il profilo del danno morale soggettivo, ma a nostro parere questo vale anche per il danno biologico, inclusivo dei profili di personalizzazione, posto che il danneggiato, anche grave – purché ov-

<sup>39</sup> Dal lato del danneggiante, in particolare, laddove ad esempio venga statuita una cautele particolarmente gravosa sotto il profilo economico-finanziario.

<sup>40</sup> Non solo. Come avvertono R. PARDOLESI – R. SIMONE, *op. cit.*, 241, l'esperienza nordamericana del *Periodic Payment Settlement Act* del 1982 ha avuto come conseguenza la crescita esponenziale di un mercato secondario delle rendite, sicché – anche in difetto di accordo tra il danneggiato e il danneggiante (o il suo assicuratore) – il danneggiato potrebbe ottenere immediatamente la somma risarcitoria, attraverso il meccanismo della cessione del credito, per lo più disposta a favore di società di *factoring*, beninteso a prezzo di un forte sconto in favore del cessionario. Va da sé, dunque, che al fine di non frustrare lo scopo dell'art. 2057 c.c. (e della sua applicazione in concreto) occorrerebbe forse pensare a qualche forma di divieto legale di cessione.

<sup>41</sup> Lo sottolinea in particolare M. FRANZONI, *La scoperta*, cit., 271. Altri si sono spinti financo oltre, parlando di “*posizione evidentemente tipica di un regime autoritario*” (quale quello sotto cui nacque il Codice Civile del 1942), “*ancor prima che di un approccio paternalistico*”: così, M. BONA, *op. cit.*, 137. Trattasi di conclusione un po' eccessiva, a parere di chi scrive, tenuto conto del fatto che ipotesi di risarcimento tramite rendita sono previste anche in sistemi che certamente non sono definibili come autoritari, né lo erano al tempo dell'emanazione delle rispettive norme di riferimento. Certo è però che non sembra nemmeno condivisibile l'opposta qualificazione dell'art. 2057 c.c. come regola “*di estrazione liberale*” (così, F. POIATTI, *op. cit.*, 174).

<sup>42</sup> Vedi, sul punto, già A. DE CUPIS, *op. cit.*, 128; più di recente, tra gli altri, C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 473.

<sup>43</sup> Cfr., a riguardo, tra gli altri, R. PARDOLESI – R. SIMONE, *op. cit.*, 241.

<sup>44</sup> In tema, per una panoramica generale, con particolare attenzione anche alle evoluzioni giurisprudenziali, vedi S. GIUBBONI – A. ROSSI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità civile*, Milano, 2022.

<sup>45</sup> Particolarmente contrario alla liquidazione tramite rendita del danno non patrimoniale è M. BONA, *op. cit.*, 122 ss.

<sup>46</sup> A riguardo, Cass. SS. UU. 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975 (c.d. sentenze di San Maryino 2008), su cui cfr., per tutti, il volume AA.VV., *Il danno non patrimoniale - Guida commentata alle decisioni delle Sezioni Unite*, 11 novembre 2008, n. 26972/3/4/5, Milano, 2009.

viamente versi in una condizione di consapevolezza – tendenzialmente sviluppa dei processi di convivenza con la patologia permanente esitata a suo carico, nel corso del tempo)<sup>47</sup>.

Deve ritenersi dunque in conclusione che, se proprio si vuole incentivare la rendita, l'adozione di un sistema risarcitorio eclettico, secondo le coordinate che si è cercato di fornire – e conformemente a quanto alcune sentenze di merito hanno in effetti statuito – potrebbe essere decisamente più opportuna, rispetto ad una estensiva e totalizzante applicazione del sistema liquidatorio in questione.



---

<sup>47</sup> Di inaccettabilità di un sistema di risarcimento del danno non patrimoniale permanente alla stregua di una “diaria” discorre condivisibilmente M. BONA, *op. cit.*, 123 ss.

## NOTE CRITICHE SULLA “ESCLUSIVITÀ” DELL’ATTIVITÀ AGRICOLA PER START-UP E PMI INNOVATIVE

Di Mario Mauro

| 668

**SOMMARIO:** 1. *Il problema.* – 2. *La configurabilità di start-up e PMI innovative in agricoltura. Le coordinate di contesto.* – 3. *La start-up agricola innovativa, il coordinamento tra il d.lg. 99/2004 e il d.l. 179/2012.* – 4. *Oggetto sociale ed esclusività dell’attività di impresa nelle start-up: la compatibilità tra due ambiti disciplinari.* – 5. *PMI innovative e società agricole.* – 6. *Gli effetti del riconoscimento, il regime delle agevolazioni.* – 7. *(segue). La crisi di impresa.* – 8. *Profili rimediali. Cenni.* – 9. *Conclusioni.*

*ABSTRACT.* Il saggio si sviluppa attraverso un confronto tra due sistemi normativi di carattere speciale, l’uno dedicato all’impresa agricola, l’altro all’impresa innovativa, al fine di verificare se anche l’impresa agricola abbia interesse e possa accedere ai benefici previsti per la start-up. Entrambe le discipline contengono previsioni sull’oggetto sociale che potrebbero apparire reciprocamente escludenti e che, dunque, richiedono una lettura coordinata, in una prospettiva in cui l’innovazione non è un valore in sé ma può contribuire a perseguire gli obiettivi di politica agricola comune e, in termini più ampi, a quelli di sostenibilità.

*Through a comparison of two regulatory systems of a special nature, one dedicated to the agricultural enterprise, the other to the innovative enterprise, the essay aims to verify whether the agricultural one has an interest and can access the benefits provided to the start-up. Both disciplines contain provisions on the corporate purpose that could appear reciprocally excluding; therefore, a coordination is required, from a perspective in which innovation is not a value in itself but can contribute to the pursuit of common agricultural policy objectives and, in broader terms, to sustainability.*



## 1. Il problema.

Nel contesto della disciplina dedicata alle società in agricoltura e della previsione per cui queste debbono avere quale oggetto sociale l'esercizio esclusivo delle attività di cui all'articolo 2135 c.c. (art. 2, l. co., d.lgs. 99/2004), la disciplina normativa su *start-up* e PMI innovative<sup>1</sup> sottopone all'attenzione

<sup>1</sup> Con il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, *Decreto crescita bis*, convertito con l. 17 dicembre 2012, n. 221, è stata introdotta nel nostro ordinamento la figura della *start-up* innovativa. Dopo qualche mese dalla sua emanazione, il d.l. 28 giugno 2013, n. 76, *Decreto lavoro*, convertito con l. 9 agosto 2013, n. 99, cui ha fatto poi seguito il d.l. 31 maggio 2014, n. 83, *Decreto cultura e turismo*, conv. con l. 29 luglio 2014, n. 106, hanno previsto la c.d. *start-up* turismo, dedicata alla promozione dell'offerta turistica del paese attraverso l'uso di nuove tecnologie. Il quadro si completa poi con il d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, *Decreto Investment compact*, convertito con la l. 24 marzo 2015, n. 3, che ha modificato il d.l. 179/2012 sulle *start-up* e introdotto la figura delle PMI innovative, che mutuano larga parte della disciplina di favore dalla normativa di base, nonostante i requisiti per poter beneficiare di tale qualifica in parte siano differenti (v. *infra*). Il quadro poi si arricchisce di diverse circolari, decreti e pareri del Ministero dello sviluppo economico, che avrebbero la funzione di garantire una interpretazione e applicazione uniforme delle novelle, i cui contenuti spesso volte si caratterizzano per una eccessiva ambiguità.

Sulle *start-up* innovative in agricoltura, per tutti, S. CARMIGNANI, *Introduzione allo studio delle società agricole*, Milano, 2023, p. 108; sul tema in precedenza G. PISCIOTTA, *Startup, innovazione e società agricole*, in S. CARMIGNANI-N. LUCIFERO (a cura di), *Le regole del mercato agroalimentare tra sicurezza e concorrenza. Diritti nazionali, regole europee e convenzioni internazionali su agricoltura, alimentazione, ambiente*, Napoli, 2020, p. 647. Senza prendere in diretta considerazione il d.l. 179/2012 ma guardando comunque ai giovani agricoltori quali soggetti promotori di innovazione da veicolare in una nuova iniziativa imprenditoriale, cfr. anche I. CANFORA, *I giovani agricoltori e l'obiettivo del rinnovo generazionale nella politica agricola comune 2021-2027*, in *Dir. agroalim.*, 2020, p. 7, che segnala come la nuova PAC recepisca, attraverso diverse misure, l'esigenza di rendere più attrattive le attività agricole e la resilienza delle piccole imprese anche attraverso un rafforzamento della connettività e degli strumenti di rete e un invito a promuovere l'innovazione. Prima di giungere all'attenzione del giurista, la *start-up* è stata studiata dalla letteratura economica anglosassone, in particolare americana, su cui v. S. BLANK, autore del noto volume *The four steps to the epiphany. Successful strategies for products*, Wiley, 2020, per il quale la *start-up* è "temporary organization designed to search for a repeatable and scalable business model", v. *Why the Lean Start-Up Changes Everything. A faster, smarter methodology for launching companies may make business plans obsolete*, in *Harvard Business Review*, may 2013, consultabile in <https://hbr.org/2013/05/why-the-lean-start-up-changes-everything>; T. EISENMANN-E. RIES-S. DILLARD, *Hypothesis-Driven Entrepreneurship: The Lean Start-up*, in *Harvard Business School Background Note 812-095*, 2011, p. 1, associano la *start-up* all'obiettivo di lanciare nuovi prodotti sul mercato; E. RIES, *The lean start-up. How today's entrepreneurs use continuous innovation to create radically successful business*, New York, 2011, p. 37 ritengono che la *start-up* sarebbe "an organization dedicated to creating something new under conditions of extreme uncertainty". La *start-up* evoca dunque un'impresa di

dell'interprete un interrogativo di particolare rilevanza, collegato alla compatibilità tra due distinti sistemi normativi.

Nel rilevare che il legislatore italiano valorizza chi vuole avviare una iniziativa imprenditoriale innovativa attraverso la figura della *start-up*<sup>2</sup>, alla quale riconosce tutta una serie di benefici, potrebbe essere infatti di interesse per l'impresa agricola assumere tale qualifica formale, nei termini descritti

recente costituzione, dalle forti ambizioni di crescita e che si distingue rispetto alle altre per la volontà di immettere sul mercato prodotti e servizi innovativi. Da queste caratteristiche consegue anche il suo stato temporaneo, quello cioè di un'attività economica che intende intraprendere un percorso che si possa concludere con lo sviluppo e l'affermazione di un modello di *business* da perpetuarsi nel tempo con alti rendimenti, cui però si accompagnano, al contempo, un elevato livello di rischio e forti incertezze sugli esiti. Guardando alla dottrina giuscommerzialista, per una bibliografia essenziale sulle *start-up* cfr. O. CAGNASSO – A. MAMBRIANI (a cura di), *Start-up e PMI innovative*, Bologna, 2020; O. CAGNASSO, *Note in tema di s.r.l. start up innovative: un nuovo tipo societario a durata limitata?*, in V. DI CATALDO-V. MELI-R. PENNISI (a cura di), *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, Milano, 2015, I, p. 79 ss.; ID., *Imprese innovative e nuove fonti di finanziamento - start up e p.m.i. innovative: inquadramento*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2285; P. MONTALENTI, *Start-up, PMI innovative e mercati finanziari: profili generali*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2022, p. 1105; P. BENAZZO, *Start-up e PMI innovative (voce)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Torino, 2017, p. 467; M. CIAN, *Le società start-up innovative. Problemi definitivi e tipologici*, in *AIDA*, 2013, p. 416; ID., *Le start-up innovative a responsabilità limitata: partecipazioni, altri rapporti partecipativi e nuovi confini del tipo*, in *NLCC*, 2014, p. 1178; M. COSSU, *Le start-up innovative in forma di società a responsabilità limitata. Profili privatistici*, in *Aa. Vv., Società, banche, crisi di impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, 2, Torino, 2014, p. 1715; E. FREGONARA, *La start up innovativa. Uno sguardo all'evoluzione del sistema societario e delle forme di finanziamento*, Milano, 2013; EAD., *Imprese innovative e nuove fonti di finanziamento - l'equity based crowdfunding: un nuovo modello di finanziamento per le start up innovative*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2287; A. GUACCERO, *La start-up innovativa in forma di società a responsabilità limitata: raccolta del capitale di rischio ed equity crowdfunding*, in V. DI CATALDO-V. MELI-R. PENNISI (a cura di), *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, op. cit., p. 246; A. CAPRARA, *Innovazione e impresa innovativa*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 1154; A. NICOTRA, *L'oggetto sociale nelle start-up innovative*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, p. 248; G. PERCOCO, *L'iscrizione nella sezione speciale del registro delle imprese quale presupposto necessario ma non sufficiente per esonerare le Start-up innovative dal fallimento*, in *Le Società*, 2023, p. 41.

<sup>2</sup> Ai fini di determinare il diritto applicabile, M. CIAN, *Società start-up innovative e PMI innovative*, in *Giur. comm.*, 2015, I, p. 981 sottolinea la tendenza del legislatore all'ibridazione dei tipi, che avviene attraverso il conio di nuove formule societarie e il loro accostamento ai modelli principali, dando a queste una propria definizione, con una disciplina costruita in deroga rispetto a quella generale. Con particolare riferimento alle *start-up* costituite in forma di s.r.l., l'A. rileva che queste si stanno sempre di più avvicinando alle s.p.a. Sul tema della ibridazione dei tipi, v. anche G.B. PORTALE, *Società a responsabilità limitata senza capitale sociale e imprenditore individuale con "capitale destinato"*, in *Riv. società*, 2010, p. 1249.





dal d.l. 179/2012 e senza che ciò naturalmente significhi metterne in discussione le ragioni di specialità<sup>3</sup>.

Tuttavia, poiché la *start-up* può essere solo una società di capitali che, tra i vari requisiti, abbia come oggetto sociale esclusivo o prevalente lo sviluppo, la produzione e la commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico (art. 25, II co., lett. f), si pongono problemi di coordinamento con la disciplina relativa alle società in agricoltura ed alla compatibilità tra due previsioni che entrambe incidono sull’oggetto sociale. Se non risolto, il contrasto introduce una barriera che, nei fatti, impedirebbe all’impresa agricola di presentarsi sul mercato come una *start-up* e di accedere ai relativi benefici.

Il descritto problema invita a un costante confronto tra due sistemi di carattere speciale, l’uno dedicato all’impresa innovativa, l’altro all’agricoltura, al fine di verificare le compatibilità e le antinomie, rammentando che le diverse e molteplici normative da richiamare non seguono sempre un approccio organico e sistematico.

## 2. La configurabilità di *start-up* e PMI innovative in agricoltura. Le coordinate di contesto.

In un contesto in cui l’innovazione è un tratto che ha da sempre caratterizzato le vicende di quasi ogni settore economico e che il legislatore, tanto europeo quanto nazionale, intende oggi sempre di più incentivare, ma al contempo regolare<sup>4</sup>, anche

<sup>3</sup> All’argomento è stato dedicato, il 10 maggio 2019 a Palermo, il convegno *Ripensare la specialità dell’impresa agricola*, i cui interventi sono stati pubblicati in *Riv. dir. agr.*, 2019, I, fasc. 2, su tutti cfr. la relazione di sintesi di M. GOLDONI, *L’art. 2135 del codice civile e le esigenze di un ripensamento sul piano sistematico della “specialità” dell’impresa agricola*, p. 353, che ribadisce l’importanza di mantenere un dialogo aperto tra art. 2135 c.c. e disciplina di settore che, ancora oggi, conserva il suo carattere programmatico ed evidenzia le ragioni di specialità della materia. Secondo altra dottrina, comunque isolata, la distinzione tra impresa agricola e commerciale sarebbe ormai precaria, eccedendo come molte delle tradizionali differenze stiano venendo meno, così R. ALESSI, *La ricerca della “specialità” dell’impresa agricola e l’inesorabile tramonto dell’art. 2135 c.c.*, ivi, p. 182.

<sup>4</sup> F. ALBISINNI, *Strumentario di diritto alimentare europeo*, Milano, 2020, p. 47, del quale v. anche, *Scienze della vita, produzione agricola e lawmakers: una relazione incerta*, in *Riv. it. dir. pubb. Comun.*, 2018, p. 731 indaga gli impatti dell’innovazione tecnologica sul settore alimentare e si interroga sulle risposte che dovrebbe fornire il diritto, distinguendo tra innovazione- reazione e innovazione- azione. In argomento, cfr. anche N. IRTI – E. SEVERINO, *Dialogo su scienza e tecnica*, Roma-Bari, 2000, ove gli Autori cercano di rispondere all’interrogativo, per certi tratti aporetico, se sia la tecnica a dover essere regolata oppure sia essa stessa regola del mondo in

l’attività di produzione primaria è stata ampiamente coinvolta in questo processo. Il passaggio da un’agricoltura 1.0 a 4.0<sup>5</sup>, cui si è accompagnato un largo utilizzo di processi di digitalizzazione per una migliore raccolta e gestione del dato<sup>6</sup>, un crescente

cui viviamo. La domanda sembra oscillare tra due differenti posizioni emerse in dottrina. Per L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 1, l’avanzamento di uno scientismo tecnologico offuscherebbe l’unità culturale, che l’A. inquadra in una multiculturalità da inglobare in quella unità sistematica tracciata dalla Costituzione, dovrebbe dunque essere compito del diritto esplicitare determinate scelte etiche, ma ciò genera diversi inconvenienti nell’attività di interpretazione delle leggi e di supplenza delle lacune legislative. Secondo S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, le profonde trasformazioni tecnologiche avrebbero cambiato il quadro dei diritti civili e politici, ridisegnando il ruolo dei poteri pubblici e mutando i rapporti personali e sociali. Con riferimento al settore alimentare, v. poi E. SIRSI, *Agri-food technologies and law*, in E. PALMERINI-E. STRADELLA (a cura di), *Law and technology*, Pisa, 2013, p. 232 nonché F. LEONINI – M. TALACCHINI – M. FERRARI (a cura di), *Innovating food, innovating the law. An interdisciplinary approach to the challenges in the agrifood sector*, Tricase, 2014.

<sup>5</sup> La nozione di agricoltura 1.0 risale ai primi anni del secolo scorso, ove l’attività era svolta con un lavoro prevalentemente manuale e si segnalava per una bassa redditività. Inizia a parlarsi di agricoltura 2.0 a partire dagli anni ‘50 con l’avvento della c.d. rivoluzione verde che ha portato l’introduzione di varietà più stabili, resistenti e produttive, nuovi prodotti chimici e macchinari più efficienti, che hanno consentito di abbassare i costi di produzione e aumentare i quantitativi, in conformità agli incentivi che arrivavano dalla PAC ma con un forte impatto ambientale. Il fenomeno dell’agricoltura 3.0 si sviluppa nel 1990 con l’implementazione delle tecnologie GPS e una maggiore informatizzazione, tali da consentire l’esecuzione di interventi agronomici sempre più mirati (c.d. agricoltura di precisione). Con l’agricoltura 4.0 si continua a perseguire questa strada, in funzione di una sempre maggiore automazione dei processi, aprendo così lo spazio al c.d. *smart farming*.

<sup>6</sup> Lo scorso giugno 2022 la Commissione ha pubblicato una Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio per trasformare la rete d’informazione contabile agricola (Regolamento (CE) n. 1217/2009 del Consiglio, del 30 novembre 2009, relativo all’istituzione di una rete d’informazione contabile agricola sui redditi e sull’economia delle aziende agricole nella Comunità europea) in una rete d’informazione sulla sostenibilità agricola, COM(2022) 296 final, su cui il Consiglio e il Parlamento hanno poi raggiunto un’intesa politica lo scorso giugno 2023. Tramite un rafforzamento del processo di raccolta dei dati e un aumento di quelli da comunicare, l’obiettivo sarebbe migliorare la sostenibilità dei sistemi alimentari dell’UE, allo scopo di meglio allinearsi agli obiettivi posti dalla strategia *Dal produttore al consumatore*, (COM(2020)381 final. Su questo tema cfr. da ultimo M. FERRARI, *Fattori di produzione, innovazione e distribuzione di valore nella filiera agroalimentare*, Milano, 2023, che si pone il problema della raccolta e gestione del dato, in un contesto in cui le relazioni contrattuali che vanno a disciplinare tale rapporto negoziale sono sottratte alla Dir. (UE) 633/2019 in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare. Sempre sulla gestione del dato in agricoltura, cfr. anche P. LATTANZI, *L’agricoltura di fronte alla sfida della digitalizzazione. Opportunità e rischi di una nuova rivoluzione*, in *Riv. dir. agr.*, 2017, I, p. 555, la quale segnala che questo, sebbene non sia qualificabile come personale, fornisce



interesse per le biotecnologie orientato alla produzione di varietà maggiormente resistenti per ridurre l'impatto inquinante causato da fertilizzanti e concimi chimici<sup>7</sup>, l'implementazione di processi di *blockchain* per garantire una sempre maggiore sicurezza dell'alimento e la sua tracciabilità lungo la filiera<sup>8</sup>, la produzione di nuovi alimenti grazie a tec-

importanti informazioni sull'impresa agricola, da qui l'attenzione che deve essere dedicata alla sua elaborazione.

<sup>7</sup> Il richiamo corre, ad esempio, al c.d. *genoma editing* (CRISPR), che consente di guidare l'evoluzione genica con mutazioni mirate, conservando inalterate le caratteristiche del vegetale. Le mutazioni ottenute con questa tecnologia, e più in generale con tutte le *new breeding techniques* basate sulla mutagenesi, parrebbero essere indistinguibili da quelle che avvengono in natura. Tuttavia, rilevando che si tratterebbe comunque di OGM, si è sviluppato un contrasto in seno alla stessa *grand chambre* della CGUE relativo alla necessità di ottenere una preventiva autorizzazione per l'immissione in commercio di tali produzioni (v. Corte Giust., Gr. Ch., 25 luglio 2018, in causa C-528/16 e Corte Giust., Gr. Ch., 7 febbraio 2023, C-688/21). Il contrasto è sintomatico dell'incertezza scientifica che contraddistingue il settore, su cui v. la critica di L. COSTATO, *Le biotecnologie, il diritto e la paura*, in *Riv. dir. agr.*, 2007, I, 2007, p. 95 secondo il quale molte decisioni finora adottate hanno bloccato e paralizzato la ricerca. Per un approccio al tema degli OGM, v. anche A. GERMANÒ, *Biotecnologie in agricoltura*, in *Dig. disc. priv.*, IV, Torino, 2002, p. 184 che introduce la distinzione tra biotecnologie tradizionali ed avanzate ed E. SIRSI, *Biotecnologie in agricoltura (primo aggiornamento)*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 2018, p. 51, ove si affronta il tema in una prospettiva storica e ci si sofferma sull'esigenza di un generale ripensamento della normativa vigente, troppo spesso inadeguata per governare le esigenze poste dalla scienza, dai consumatori, dagli Stati membri e dai mercati internazionali. Su questo aspetto si veda anche la critica di S. BOLOGNINI, *L'impiego in agricoltura delle tecniche di miglioramento genetico di ultima generazione: tallone di Achille della strategia "dal produttore al consumatore"*, in *Riv. dir. agr.*, 2021, I, p. 744, per la quale anche le ultime politiche strategiche dell'Unione, in particolare la strategia *from farm to fork*, non sembrano aver portato valore aggiunto al potenziamento del ruolo che le nuove tecnologie potranno giocare nel perseguire la sostenibilità agricola. Sebbene con un certo ritardo, va comunque segnalato che negli ultimi mesi si stanno facendo dei passi avanti. Proprio con riferimento alle produzioni ottenute attraverso le *new breeding techniques*, il 5 luglio 2023 è stata pubblicata una Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo alle piante ottenute mediante alcune nuove tecniche genomiche, nonché agli alimenti e ai mangimi da esse derivati, e che modifica il regolamento (UE) 2017/625 - COM(2023) 411 final, attualmente in corso di approvazione. In attesa che la riforma europea sia approvata, a livello nazionale merita segnalare l'art. 9 bis del d.l. 14 aprile 2023, n. 39, c.d. d.l. *siccità*, che ha semplificato la procedura autorizzatoria per la sperimentazione in campo delle Tecniche di Evoluzione Assistita (TEA), finora consentita solo *in vitro*.

<sup>8</sup> Come è noto, il Reg. (CE) 178/2002, che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare, vieta l'immissione in commercio di alimenti a rischio, secondo la definizione che dà l'art. 14, su cui v., *ex multis*, I. CANFORA, *I principi: principio di precauzione, analisi del rischio, trasparenza*, in P. BORGHI-I. CANFORA-A. DI LAURO-L. RUSSO (a cura di), *Trattato di diritto alimentare italiano e dell'Unione europea*, Milano, 2021, p. 54

niche sempre più sofisticate<sup>9</sup>, sono solo esempi che suggeriscono come il mercato agroalimentare ben si presta a essere un laboratorio di innovazione.

In termini più ampi, lo stesso *Green Deal*<sup>10</sup>, che costituisce il manifesto dell'azione politica della Commissione e attraversa trasversalmente tutti gli ambiti e i settori di intervento, ivi inclusa l'agricoltura, dedica grande spazio all'innovazione per diffondere soluzioni neutre dal punto di vista climatico, che è l'obiettivo principale del programma europeo. Qui si legge che "*start-up* e PMI ad alto potenziale potranno contare su fondi, investimenti azionari e servizi di accelerazione d'impresa offerti dal Consiglio europeo per l'innovazione per metterle nelle condizioni di perseguire innovazioni pionieristiche, adatte a essere estese rapidamente ai mercati mondiali nell'interesse del Green Deal"<sup>11</sup>.

Il citato passaggio poggia su un pregresso contesto ove, all'inizio del nuovo millennio, molti paesi hanno introdotto diverse agevolazioni a favore di chi volesse avviare un'impresa innovativa. Anche l'Italia si è mossa lungo questa direzione, sebbene con un certo ritardo rispetto agli altri, ma con l'idea di dedicarvi un corpus normativo maggiormente sistematico<sup>12</sup>.

per un approccio generale ai principi che informano detto regolamento, e P. BORGHI, *La sicurezza degli alimenti e dei mangimi nel Reg. CE n. 178/2002*, ivi, p. 202 per un commento alla definizione di *alimento a rischio*.

<sup>9</sup> È nota l'attualità del dibattito odierno sulla carne coltivata, su cui già si è interrogata E. SIRSI, *Il nome delle cose e i paradigmi dell'innovazione nel mercato agroalimentare. Il caso delle carni alternative*, in S. CARMIGNANI - N. LUCIFERO (a cura di), *Le regole del mercato agroalimentare tra sicurezza e concorrenza*, op. cit., p. 665. Il tema si colloca nella più ampia cornice di quelli che sono i *novel food*, in origine annoverati tra gli OGM ai sensi del Reg. (CE) 258/1997 (su cui v., su tutti, L. COSTATO, *Organismi geneticamente modificati e novel food*, in *Riv. dir. agr.*, 1997, I, p. 148), ed oggi disciplinati nel Reg. (UE) 2283/2015 che ne fa oggetto di una considerazione autonoma, su cui v. per un quadro generale V. PAGANIZZA, *I nuovi alimenti ("novel foods")*, in P. BORGHI-I. CANFORA-A. DI LAURO-L. RUSSO (a cura di), *Trattato di diritto alimentare italiano e dell'Unione Europea*, Milano, 2021, p. 560, e, da ultimo, G. TORRE, *La «storia di uso sicuro di un alimento nell'Unione». La Corte di giustizia torna a pronunciarsi in merito all'applicazione della disciplina in materia di Novel Food*, in *Riv. dir. alim.*, IV, p. 98.

<sup>10</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Il Green Deal europeo*, COM/2019/640 final, su cui vedi, per i suoi impatti in agricoltura e lungo la filiera alimentare P. LATTANZI, *Il "New Green Deal", la Pac 2021-2027 e la sostenibilità nelle produzioni alimentari* in P. BORGHI-I. CANFORA-A. DI LAURO-L. RUSSO (diretto da), *Trattato di diritto alimentare italiano e dell'Unione europea*, Milano, 2021, p. 543.

<sup>11</sup> *Il Green Deal europeo*, cit., p. 20

<sup>12</sup> Parla di microsistema di diritto societario M. CIAN, *Società start-up e PMI innovative*, op. cit., p. 969, il quale sottolinea che, a differenza di altre esperienze coeve, come quella francese o spagnola, l'intenzione del legislatore italiano si connota per



A favore di chi sviluppa il proprio modello di business intorno a un progetto innovativo, il d.l. 179/2012 ha introdotto la figura della c.d. *start-up* innovativa e previsto diversi incentivi che non riguardano solo i finanziamenti ma anche una serie di adeguamenti al diritto societario funzionali a facilitare taluni passaggi, oltre all’introduzione di ulteriori agevolazioni, anche di carattere fiscale, per sostenere l’attività ed il contributo che l’innovazione promossa può dare alla collettività<sup>13</sup>.

L’obiettivo è mettere a disposizione dei *founders* un modello al servizio dell’innovazione, attraverso previsioni che possano incoraggiare la creazione di un “ambiente protetto” idoneo a sviluppare e promuovere sul mercato il prodotto o il servizio offerto<sup>14</sup>, da orientare verso obiettivi di carattere collettivo, individuati nella crescita sostenibile, sviluppo tecnologico, nuova imprenditorialità e occupazione, in particolare giovanile, stimolando lo sviluppo di una nuova cultura imprenditoriale, promozione di maggiore mobilità sociale, attrazione dall’estero di talenti, imprese innovative e capitali (art. 25, I co.). Per quanto siano ampi e piuttosto eterogenei, se non per certi tratti ridondanti, i citati obiettivi aiutano comunque a isolare le ragioni legittimanti una disciplina di protezione che, nell’ambito di uno specifico arco temporale utile a far uscire l’impresa neocostituita dalla corsia di accelerazione e portarla a maturità, la seguano dal suo momento fondativo, tramite misure che ne agevolino la crescita e lo sviluppo, fino a una sua liquidazione accelerata, qualora il progetto non raggiunga i risultati sperati e consentendo ai soci di dedicarsi a nuovi progetti, senza significative ripercussioni<sup>15</sup>.

una azione più pervasiva e sistemica. Ha ricordato R. CIFARELLI, *Le start-up innovative*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2013, p. 246 che l’iniziativa italiana è stata una delle ultime, se solo si considera che tra giugno 2009 e maggio 2010 sono state introdotte oltre 200 riforme in 117 Paesi, tutte accomunate dall’obiettivo di agevolare nuovi *business* e la semplificazione burocratica.

<sup>13</sup> Per M. CANTAMESSA, *Start-up innovative. Una riflessione sulle nuove imprese nell’ecosistema italiano dell’innovazione*, in *Il nuovo Diritto delle Società*, 2022, p. 1143 una disciplina sulle *start-up* dovrebbe essere costruita intorno a questi due poli.

<sup>14</sup> Così A. BOLLETTINARI, *Costituzione della s.r.l. start up innovativa senza atto pubblico e conseguenze in caso di perdita dei requisiti innovativi (TAR Lazio, 2 ottobre 2017 n. 100004)*, in *Il nuovo diritto delle Società*, 2017, p. 1508.

<sup>15</sup> In questi termini G. PERCOCO, *L’iscrizione nella sezione speciale del registro delle imprese quale presupposto necessario ma non sufficiente per esonerare le Start-up innovative dal fallimento*, op. cit., p. 42. Lungo tale direzione, si colloca anche la relazione illustrativa al d.l. 179/2012, ove si legge che le misure previste “sono tese a uno sviluppo armonico dell’ecosistema delle *start-up* e coinvolgono tutti gli attori in esso operativi. Questo approccio sistemico permette un’azione su tutte le fasi del ciclo di vita di una *start-up*. Intervenendo sulla semplificazione, riducendo gli oneri, prevedendo una disciplina specifica

Queste esigenze, alle quali il legislatore risponde con una normativa di favore e protezione per meglio promuovere un determinato progetto innovativo, hanno carattere trasversale e sembrano toccare tanto gli interessi dell’impresa commerciale quanto di quella agricola, pur con importanti differenze che postulano interrogativi sulla fungibilità del modello e che rendono l’estensione un’operazione non così automatica né scontata.

In un momento storico in cui i cambiamenti climatici hanno introdotto ulteriori elementi di difficoltà nella gestione dell’attività agricola<sup>16</sup>, tali da aver ulteriormente aggravato i tradizionali rischi legati alla cura e allo sviluppo di un ciclo biologico e che già giustificano una disciplina di carattere speciale<sup>17</sup>, anche l’attività primaria può essere un propulsore di innovazione<sup>18</sup> e, allo stesso tempo, offrire

dei rapporti di lavoro si mira a creare condizioni e strumenti favorevoli per la nascita di nuove *start-up*. Favorendo gli investimenti in *start-up*, di provenienza tanto da cittadini privati quanto da aziende, e sostenendo gli incubatori e gli acceleratori, si favorisce inoltre la progressiva crescita delle *start-up*. Altre misure riguardano inoltre l’assoggettamento ad una procedura liquidatoria semplificata che contribuisca a incoraggiare molti potenziali nuovi imprenditori ad avviare una *start-up* innovativa, così come a cambiare la cultura prevalente che vede ancora nel mancato successo di un’idea di business soltanto la dimensione del fallimento e non anche quello di un accumulo di esperienza”.

<sup>16</sup> Il tema è ampio, tra i lavori più recenti, v. S. CARMIGNANI, *L’agricoltura resiliente e le sfide della giustizia climatica*, in *Dir. agroalim.*, 2023, p. 69, che, muovendo dal ruolo che la nuova PAC affida all’agricoltore nella lotta ai cambiamenti climatici, assegna alla giustizia climatica una funzione di garanzia, da perseguire nell’ambito di un sistema di interventi definiti *climate smart* e da collocarsi naturalmente entro il perimetro dell’art. 39 TFUE. L. RUSSO, *Il (mutevole) rapporto tra le esigenze di sicurezza alimentare e la politica agricola comune*, in *Dir. agroalim.*, 2022, p. 609, porta l’attenzione su come i cambiamenti climatici stiano riproponendo un problema di sicurezza alimentare che, tuttavia, la PAC enuncia solo formalmente, per focalizzarsi di più sugli obiettivi di sostenibilità ambientale. Però, secondo M. ALABRESE – E. CRISTIANI, *Clima e impegni internazionali nell’attuazione della PAC*, in *Riv. dir. agr.*, 2022, I, p. 216, le misure previste dalla nuova PAC in materia di cambiamenti climatici presentano ancora diverse criticità, nonostante gli impegni assunti in sede internazionale. Lungo questa direzione, S. ROLANDI, *Cambiamento climatico e vino. Spunti di riflessione per l’adattamento*, in *Dir. agroalim.*, 2019, p. 477 suggerisce alcuni interventi in una prospettiva *de jure condendo*.

<sup>17</sup> Sulle ragioni di specialità del diritto agrario, basti qui rinviare alla principale manualistica, tra cui A. GERMANÒ, *Manuale di diritto agrario*, Torino, 2022, p. 1 ss.; L. COSTATO-L. RUSSO, *Corso di diritto agrario italiano e dell’Unione europea*, Milano, 2023, p. 3 ss nonché l’introduzione di L. COSTATO-F. ALBISINNI a II. (a cura di), *Trattato breve di diritto agrario italiano e dell’Unione Europea. Agricoltura, pesca, alimentazione e ambiente*, Milano, 2023, p. XLVII.

<sup>18</sup> Da ultimo, l’argomento è stato posto al centro dello studio di B. LA PORTA, *Contributo per una visione contemporanea dell’azienda agricola. Tra sostenibilità e sfide del mondo digitale*, Torino, 2023 che indaga come le nuove tecnologie incida-





un contributo al perseguimento degli obiettivi tracciati dall'art. 25, ma non è questo l'unico orizzonte di riferimento da dover considerare.

Provando a meglio chiarire, gli obiettivi tracciati dall'art. 25 del d.l. 179/2012 si realizzano attraverso diversi interventi normativi che, nel loro insieme, vanno a costituire una disciplina speciale dedicata all'impresa innovativa di carattere incentivante. Affinchè anche l'impresa agricola possa beneficiarne, è necessario aprire un confronto con un ben più articolato e composito sistema normativo dedicato all'attività primaria, anch'esso di carattere speciale<sup>19</sup> e costruito attraverso un sistema di fonti multilivello<sup>20</sup>. Esso è ispirato dall'esigenza di perseguire le finalità di politica agricola comune tracciate dall'art. 39 TFUE, nonché da quell'idea espressa dai maestri del Diritto agrario che guarda all'impresa agricola anche per il suo ruolo di custode del territorio e per le esternalità positive che produce a beneficio dell'intera collettività<sup>21</sup>.

---

no sulla organizzazione aziendale dell'impresa agricola e si sofferma sul contributo che queste possono dare agli obiettivi di sostenibilità posti dalla comunità internazionale.

<sup>19</sup> Il tema è stato ampiamente studiato dagli interpreti, basti qui solo rammentare quell'opera di sistemazione organica della legislazione speciale dedicata all'impresa agricola compiuta da E. ROMAGNOLI, del quale v. almeno *Impresa agricola* (voce), in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, VII, Torino, 1992, p. 76. In argomento, cfr. anche A. GERMANÒ-E. ROOK BASILE, *Impresa agricola* (voce), in *Dig. disc. priv., agg. IV*, Torino, 2008, p. 284 e II, *Commento all'art. 2135 c.c.*, in O. CAGNASSO – A. VALLEBONA (a cura di), *Dell'impresa e del lavoro*, nel *Commentario al Codice civile*, diretta da E. Gabrielli, Torino, 2013, pp. 589 ss.

<sup>20</sup> Come è noto, l'agricoltura è una materia di competenza concorrente per il diritto dell'Unione Europea, che vi si appropria con una disciplina centrata sul prodotto e sul mercato; mentre, ai sensi del diritto nazionale che segue un approccio legato all'impresa e all'attività svolta, la materia è di competenza regionale e si intreccia con altre diverse materie attratte alla competenza esclusiva o concorrente, comunque fortemente incise dal diritto UE e internazionale (ambiente, mercato, paesaggio, governo del territorio), su tutti e da ultimo v. A. GERMANÒ-E. ROOK BASILE, *Le fonti nazionali*, in L. COSTATO-F. ALBISINNI a II. (a cura di), *Trattato breve di diritto agrario italiano e dell'Unione Europea. Agricoltura, pesca, alimentazione e ambiente*, op. cit., p. 14.

<sup>21</sup> Sul ruolo dell'agricoltore quale custode del territorio, v. E. ROMAGNOLI, *Circolazione giuridica della terra, professionalità dell'impresa agricola e conservazione dell'ambiente*, in *Giur. agr. it.*, 1981, p. 7. La posizione è strettamente connessa a quella di A. CARROZZA *Localizzazione delle attività agricole e destinazione pubblica e privata delle terre all'agricoltura*, in *Riv. dir. agr.*, 1975, I, p. 268, secondo il quale la proprietà terriera dovrebbe essere ricompresa tra i beni privati a interesse pubblico, cui ha fatto poi eco l'argomento di A. JANNARELLI, *Commento all'art. 4*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1979, p. 533, che ritiene ormai superata la distinzione tra agricoltura-produzione e agricoltura-protezione. La tesi è stata poi sviluppata da E. ROOK BASILE, *Introduzione al diritto agrario*, Torino, 1985, p. 42 che guarda all'utilizzo della terra attraverso il suo impiego attivo, in chiave tanto produttiva quanto conserva-

Uno studio sull'impresa agricola innovativa si deve dunque innestare in questo contesto, guardando all'innovazione non quale valore in sé e per sé ma per il contributo che questa può dare agli obiettivi appena menzionati, i quali trovano un momento di riunificazione in quel principio di carattere trasversale di sviluppo sostenibile di cui all'art. 3 TUE<sup>22</sup>.

### 3. La start-up agricola innovativa, il coordinamento tra il d.lg. 99/2004 e il d.l. 179/2012.

Oltre al requisito sull'oggetto sociale indicato in apertura e su cui si avrà modo di tornare a breve, è opportuno ripercorrere -seppur brevemente- gli altri caratteri che deve possedere una *start-up* per metterli in relazione con la disciplina dedicata alle società in agricoltura, di cui al d.lgs. 99/2004<sup>23</sup>.

Ai sensi del d.l. 179/2012, sono *start-up* innovative le società di capitali, costituite anche in forma cooperativa, con esclusione delle società di persone e delle imprese esercitate in forma individuale. Definita la forma, si prevede poi che la società non abbia azioni o quote collocate su un mercato regolamentato o su un sistema multilaterale di negoziazione, che non sia costituita da più di sessanta mesi, che abbia sede in Italia, che non superi un valore di produzione annua pari a 5 milioni di euro, che non distribuisca o abbia distribuito utili e che non sia stata costituita da fusione, scissione societaria o a seguito di cessione di azienda o di ramo di azienda<sup>24</sup>.

Passando poi al profilo che riguarda più direttamente l'innovazione, si introducono ulteriori requisiti, alternativi tra loro, che sembrano suggerire una

---

tiva, aprendo così ad una lettura rinnovata del rapporto tra agricoltura e ambiente.

<sup>22</sup> A. JANNARELLI, *Il divenire del diritto agrario italiano ed europeo tra sviluppi tecnologici e sostenibilità*, in *Riv. dir. agr.*, 2013, I, p. 11 esamina l'innovazione sotto una prospettiva finalistica e, nel ripercorre le diverse stagioni del diritto agrario, guarda all'agricoltura per il contributo che essa può dare alla salvezza del pianeta. D'altra parte, a conferma della tesi dell'A., l'innovazione ha creato anche effetti negativi, come rammenta S. MASINI, *Profili di responsabilità dell'imprenditore agricolo: dall'economia corporativa a quella circolare*, in *Dir. agroalim.*, 2020, p. 354, il quale suggerisce di iniziare a pensare a nuovi modelli di produzione.

<sup>23</sup> D. lgs., 29 marzo 2004, n. 99, *Disposizioni in materia di soggetti e attività, integrità aziendale e semplificazione amministrativa in agricoltura*, come modificato dal d. lgs., 27 maggio 2005, n. 101, *Ulteriori disposizioni per la modernizzazione dei settori dell'agricoltura e delle foreste, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 7 marzo 2003, n. 38*.

<sup>24</sup> Non è questa la sede per entrare nel dettaglio di ciascuno di questi aspetti, per un loro approfondimento si rinvia alla bibliografia essenziale citata in apertura.



concezione di innovazione ad ampio spettro. Al netto di una formulazione non particolarmente felice<sup>25</sup>, l’innovazione può attenere agli investimenti fatti nella società, alla qualifica del personale dipendente, alla disponibilità di un diritto di privativa industriale<sup>26</sup>. Essendo alternativi ed equivalenti tra loro, potrebbero mutare nel corso del tempo<sup>27</sup>. Resta però fermo che l’innovazione non è solo un predicato formale ma coinvolgendo personale, investimenti e beni aziendali strategici, incide sul profilo strutturale della società e sulle strategie di gestione per aprire nuovi mercati, intercettando o creando nuovi bisogni.

Fatta eccezione per il problema sull’oggetto sociale delineato in apertura, i requisiti finora illustrati non sembrano porre particolari problemi per la società agricola<sup>28</sup>. Infatti, l’introduzione del d.lgs. 99/2004 sembra aver ormai posto fine al tradizionale dibattito sulla possibilità di esercitare l’attività agricola anche in forma diversa dalla società semplice<sup>29</sup>, nonostante la prassi restituisca ancora un da-

<sup>25</sup> Sottolineano tale aspetto, M. CIAN, *Le società start-up innovative. Problemi definitivi e tipologici*, cit., p. 413; ID., *Le start-up innovative a responsabilità limitata: partecipazioni, altri rapporti partecipativi e nuovi confini del tipo*, cit., p. 1179; MALTONI-SPADA, *L’impresa start up innovativa costituita in società a responsabilità limitata*, in *Riv. not.*, 2013, p. 1113; A. CAPRARÀ, *Innovazione e impresa innovativa*, cit., p. 1163.

<sup>26</sup> Il primo concerne le spese di ricerca e di sviluppo, che debbono essere uguali o superiori al 15% del maggior valore fra costo e valore totale della produzione della *start-up* innovativa. Il secondo richiede che la società impieghi come dipendenti o collaboratori a qualsiasi titolo, in percentuale uguale o superiore al terzo della forza lavoro complessiva, personale che sia in possesso di titolo di dottorato di ricerca, di laurea o che abbia svolto da almeno tre anni attività di ricerca certificata presso istituti di ricerca pubblici o privati oppure in percentuale uguale o superiore a due terzi, di personale in possesso di laurea magistrale. Il terzo, infine, attiene alla titolarità di almeno una privativa industriale relativa a una invenzione industriale, biotecnologica, a una topografia di prodotto a semiconduttori o a una nuova varietà vegetale ovvero sia titolare dei diritti relativi a un programma per elaboratore originario, purché tali privative siano direttamente afferenti all’oggetto sociale e all’attività di impresa.

<sup>27</sup> S. MICOSSI, *Guide per gli adempimenti societari in tema di PMI innovative e start up innovative*, in *Riv. not.*, 2016, p. 191.

<sup>28</sup> Anche se poi, come si avrà modo di vedere, si potrebbero porre alcuni problemi, ad esempio sotto il profilo del ricambio generazionale. Per una disamina su tutti questi requisiti e le problematiche che ruotano intorno, sia consentito il rinvio a M. MAURO (a cura di), *Start-up e PMI innovative in agricoltura. Le imprese agricole tra innovazione e sostenibilità*, in corso di pubblicazione, ed ai relativi contributi.

<sup>29</sup> Cfr. su tutti S. CARMIGNANI, *Le società in agricoltura*, Milano, 1999 che ricostruisce il dibattito prima dell’entrata in vigore del d.lgs. 99/2004. Muovendo dall’art. 2249 c.c. che parrebbe riservare l’esercizio dell’agricoltura in forma collettiva alla sola società semplice, parte della dottrina aveva ritenuto che la natura della società (agricola o commerciale) non dipendesse dall’oggetto sociale dichiarato dallo statuto ma dalla forma assunta (OPPO, *Materia agricola e forma commerciale*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, III, Padova, 1950, p. 145).

to dove queste continuano ancora a essere preferite<sup>30</sup>. Tuttavia, la normativa speciale non sembra privilegiare un particolare tipo. L’art. 2 individua regole di carattere generale riferite all’oggetto sociale e alla denominazione ‘agricola’ nella ragione sociale<sup>31</sup>, che debbono rispettare tutte le società, siano esse di persone oppure di capitali, alle quali saranno poi estesi i benefici introdotti per il coltivatore diretto e l’imprenditore agricolo professionale

La tesi ha messo in evidenza una contrapposizione tra sostanza e forma che, nell’optare per una prevalenza di quest’ultima, non ha tenuto conto delle pressioni provenienti dal mondo agricolo di potersi organizzare anche sotto la forma di altri tipi societari. Alcuni hanno così ritenuto che i tipi previsti dal codice civile potessero comunque prestarsi ad assumere anche la forma di società agricola (C.A. GRAZIANI, *Società e contratto agrario nel sistema della legge n. 203/1982*, E. ROOK BASILE-A. GERMANÒ (a cura di), *La riforma dei contratti agrari dopo dieci anni. Bilanci e prospettive*, Milano, 1993, p. 210). Altri, invece, hanno sottolineato l’inadeguatezza della disciplina codicistica nel dare una efficiente tutela alle esigenze provenienti dal mondo agricolo, preferendo piuttosto orientarsi verso una forma di esercizio collettivo dell’agricoltura di natura atipica consistente nel c.d. contratto agrario plurilaterale associativo, da costruire attraverso un sapiente utilizzo dell’autonomia privata (A. CARROZZA, *Le caratteristiche specifiche di una società disegnatrice per l’esercizio dell’agricoltura (rapporto tra aspetti sostanziali e aspetti strutturali)*, in *Riv. dir. agr.*, 1985, I, p. 156). Rispetto a tale ricostruzione non sono però mancate le critiche di chi ha rilevato che si tratterebbe di un nuovo tipo negoziale non previsto dall’ordinamento (G. GALLONI, voce *Contratti agrari*, in *Enc. Giur.*, VIII, Roma, 1988, p. 5) e di chi ha richiamato l’attenzione sulle difficoltà a ricondurre entro lo schema associativo determinati fattori di produzione (E. ROMAGNOLI, *Impresa agricola*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. XV, tomo II, Torino, 1986, pp. 1013). Altri, infine, hanno quindi optato per un giudizio di inidoneità parziale dei modelli societari tipizzati per le società commerciali (E. CASADEI, *Prospettive dello strumento societario in agricoltura: le normative agraristiche*, in AA. VV., *Prospettive dello strumento societario in agricoltura, Quaderni dell’Accademia dei Georgofili*, Firenze, 1993, p. 105).

<sup>30</sup> Ampiamente diffuso è anche l’esercizio dell’attività agricola attraverso la sola ditta individuale facente capo all’imprenditore. Le ragioni sono legate alle loro modalità di gestione molto più agili e snelle; né è vista come limitazione la confusione tra patrimoni, perché nella maggioranza dei casi l’attività agricola è esercitata su fondi altrui condotti in affitto oppure con beni personali del socio, di cui è divenuto titolare a seguito dei diversi passaggi intergenerazionali o acquisizioni.

<sup>31</sup> Ai sensi dell’art. 2, I co., del d.lg. 99/2004, “la ragione sociale o la denominazione sociale delle società che hanno quale oggetto sociale l’esercizio esclusivo delle attività di cui all’articolo 2135 del codice civile deve contenere l’indicazione di società agricola”. Per S. CARMIGNANI, *Introduzione allo studio delle società agricole*, Milano, 2023, p. 15, si tratta di una scelta che, nel limitarsi a introdurre una disposizione dedicata all’oggetto sociale, non ha tenuto in considerazione il precedente dibattito dottrinale, che sollecitava una maggiore attenzione verso il profilo funzionale, per dare una disciplina delle società che fosse realmente speciale e che meglio si potesse avvicinare ai bisogni e alle esigenze provenienti dal mondo dell’agricoltura.



(“IAP”)<sup>32</sup>, limitando talune agevolazioni previste per il coltivatore diretto alle sole società di persone, con il corollario che la società di capitali potrà assumere solo la qualifica di IAP<sup>33</sup>.

Coordinando dunque il d.lgs. 99/2004 sulle società in agricoltura con il d.l. 179/2012, lo *status* di *start-up* agricola innovativa potrebbe essere assunto dalle sole società di capitali, con una preferenza particolare -richiamando un dato che restituisce la prassi sulle società commerciali- per le s.r.l., che rispettino tutti i requisiti previsti dall’art. 25, II co., d.l. 179/2012, che abbiano previsto nella denominazione sociale la dicitura “società agricola” ed abbiano quale oggetto sociale “l’esercizio esclusivo delle attività agricole di cui all’art. 2135 c.c.”, con la precisazione che a tale *status* si accompagnerà di regola anche quello di IAP, senza comunque escludere che potranno essere *start-up* innovative anche le altre società di capitali.

Per quanto il contenimento alle sole società di capitali in prima battuta possa apparire una limitazione per il mondo agricolo ancora costellato da una prevalenza di società semplici, a meglio vedere andrebbe letto come una protezione a favore dei *founders*, legato alla perfetta separazione patrimoniale che garantisce solo tale tipo sociale cosicché, laddove il progetto innovativo non dovesse approdare ai risultati sperati, come del resto avviene con una certa frequenza, la società potrà seguire il suo percorso liquidatorio, senza intaccare il patrimonio personale di chi ha scommesso su tale iniziativa<sup>34</sup>.

Inoltre, richiamando le sollecitazioni di Carrozza che richiedeva per le società in agricoltura una maggiore autonomia contrattuale che incidesse sul regime dei conferimenti, sui poteri, doveri e diritti dei soci, sulla governance e sul regime di mobilità dei fondi<sup>35</sup>, la s.r.l. è oggi un modello che, rispetto al passato e a seguito della riforma del 2003, è stato finalmente dotato di quella autonomia e flessibilità che meglio si adatta a rispondere a questi bisogni, ben prestandosi ad assumere una configurazione

idonea a promuovere l’innovazione e, allo stesso tempo, venire incontro alle specifiche esigenze dettate dall’agricoltura<sup>36</sup>.

#### 4. Oggetto sociale ed esclusività dell’attività di impresa nelle *start-up*: la compatibilità tra due ambiti disciplinari.

Mentre i requisiti di durata, sede, produzione, distribuzione degli utili, modalità di costituzione, formazione del personale, investimenti in R&S, disponibilità di un diritto di privativa potrebbero, quanto meno in linea di principio, essere garantiti da una società agricola, molto più complesso è coordinare tra loro le due previsioni relative all’oggetto sociale.

Come anticipato, la disposizione per cui la *start-up* deve avere “quale oggetto sociale esclusivo o prevalente, lo sviluppo, la produzione e la commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico” deve essere letta in relazione all’art. 2, I co., d.lgs. 99/2004. Detta norma attribuisce natura agricola a una società sulla base di un requisito di carattere oggettivo<sup>37</sup> che impatta anche esso sull’oggetto sociale, vale a dire l’obbligo di prevedere l’esercizio *esclusivo* delle attività di cui all’art. 2135 c.c.<sup>38</sup>.

Sebbene la previsione sia stata introdotta per evitare che le società commerciali possano accedere ai

<sup>36</sup> La riforma del 2003 ha condotto la s.r.l. dall’essere una piccola società per azioni, fortemente costretta nello schema tipico della grande impresa, verso un modello che si apre a un largo utilizzo dell’autonomia privata e consente ampi spazi di personalizzazione e flessibilità. P. MONTALENTI, *Start-up, PMI innovative e mercati finanziari: profili generali*, op. cit., p. 1107, annovera tra gli elementi di flessibilità e personalizzazione la distribuzione delle competenze tra soci e amministratori (art. 2475 e 2479 c.c.); l’amministrazione disgiuntiva (art. 2475 c.c.); la consultazione scritta (art. 2475 e 2479 c.c.); l’estensione del diritto di informazione (art. 2476 c.c.); la liberalizzazione del recesso (art. 2473 c.c.); l’esclusione del socio (art. 2473 bis c.c.). Sull’idea che la forma a responsabilità limitata parrebbe quella che meglio possa favorire quei processi di innovazione, v. *ex multis* O. CAGNASSO, *La s.r.l. come strumento tipico per le società innovative*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2022, p. 1549; S. GUIZZARDI, *L’impresa start-up innovativa costituita in forma di s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 2016, I, p. 553; M. SPIOTTA, *Sulla non fallibilità delle start-up*, in *Giur. comm.*, 2023, I, p. 142; G.P. LA SALA, *Start-up innovative: fattispecie e costituzione in forma di s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2017, p. 1118.

<sup>37</sup> Secondo S. CARMIGNANI, *Introduzione allo studio delle società agricole*, op. cit., p. 20, per quanto l’impostazione seguita dal legislatore formalmente sembri valorizzare il solo requisito oggettivo, concorrono anche ulteriori prescrizioni che riguardano la composizione della compagine sociale, introducendo un ulteriore elemento di natura soggettiva.

<sup>38</sup> Disposizione che rileva sul piano fiscale ove si consideri che tale esclusività deve essere misurata con riferimento all’intero anno finanziario per conseguire le agevolazioni fiscali ad essa riconosciute.

<sup>32</sup> Sul punto, da ultimo, N. LUCIFERO, *Le qualifiche soggettive*, in L. COSTATO – F. ALBISINNI (a cura di), *Trattato breve di diritto agrario italiano e dell’Unione europea*, op. cit., p. 439.

<sup>33</sup> Se il suo amministratore è IAP, con la precisazione che tale qualità può essere trasmessa ad un’unica società. Sull’estensione delle figure soggettive pensate per l’imprenditore individuale anche alla società, v. S. CARMIGNANI, *Introduzione allo studio delle società agricole*, op. cit., p. 83 nonché EAD., *Le società agricole*, in L. COSTATO – A. GERMANÒ – E. ROOK BASILE (a cura di), *Trattato di diritto agrario. I. Il diritto agrario: circolazione e tutela dei diritti*, Torino, 2011, p. 231.

<sup>34</sup> Che, eventualmente, ben potrebbe ricorrere alla s.r.l. unipersonale.

<sup>35</sup> A. CARROZZA, *Le caratteristiche specifiche di una società disegnata per l’esercizio dell’agricoltura (rapporto tra aspetti sostanziali e aspetti strutturali)*, op. cit., p. 156.

benefici previsti per quella agricola<sup>39</sup>, le due previsioni sembrano apparentemente antinomiche. Poiché entrambe richiamano l’esclusività dell’oggetto sociale, sorge un dubbio sulla loro compatibilità, il che significa domandarsi se siano reciprocamente escludenti o possano convivere nel medesimo statuto<sup>40</sup>.

La riforma del 2003 ha consacrato l’orientamento, già da tempo radicato in dottrina, per cui la nozione di oggetto sociale, come indicato all’interno dello statuto, coincide con quella di attività<sup>41</sup>. Nel suo rappresentare il programma della so-

<sup>39</sup> In argomento v. S. CARMIGNANI, *Fallimento e oggetto sociale: breve riflessione sul ruolo dell’effettività*, in *Dir. agroalim.*, 2019, p. 79.

<sup>40</sup> La domanda è posta da G. PISCIOTTA, *Startup, innovazione e società agricole*, op. cit., p. 647. In termini generali, può ritenersi ormai pacificamente ammessa la possibilità di costituire una società ad oggetto sociale plurimo, in tal senso, su tutti, G. MUCCIARELLI, *Profili dell’oggetto sociale nelle società di capitali*, in P. Abbadessa – G.B. Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, I, 2006, p. 310, pur con la precisazione che tale pluralità non assuma caratteristiche talmente ampie da risultare generica e indeterminata; nel caso qui in esame, però, è proprio il richiamo all’esclusività che parrebbe escludere la possibilità di configurare un oggetto sociale plurimo.

<sup>41</sup> In tal senso G. MUCCIARELLI, *Profili dell’oggetto sociale nelle società di capitali*, op. cit., p. 307, che richiama, per le s.p.a. l’art. 2328, II co., n. 3), e per le s.r.l. l’art. 2463, II co., n. 3). Entrambe le disposizioni, la cui formulazione ai fini che qui rilevano è sovrapponibile, prevedono che “l’atto costitutivo deve essere redatto per atto pubblico e deve indicare (...) l’attività che costituisce l’oggetto sociale”. Con tale riforma, il legislatore recepisce i rilievi che già la dottrina aveva proposto fin dall’inizio degli anni ‘60, cfr. E. ZANELLI, *La nozione di oggetto sociale*, Milano, 1962. Sempre in dottrina, prima della riforma, G. LA VILLA, *L’oggetto sociale*, Milano, 1974 che guarda al rapporto tra oggetto sociale e scopo della società ed E. BERTACCHINI, *Oggetto sociale e interesse tutelato nella società per azioni*, Milano, 1995. Successivamente alla riforma del 2003, v. M. STELLA RICHTER JR., *Forma e contenuto dell’atto costitutivo della società per azioni, in Tipo - Costituzione – Nullità, Trattato delle Società per Azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 1, Torino, 2004, 231 ss.; L.E. NTUK, sub art. 2328, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, I, Bologna, 2004, 56 ss.; F. TASSINARI, sub art. 2328, in A. MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Padova, 2005, I, 2639 ss.; M. BIANCA, *Oggetto sociale ed esercizio dell’impresa nelle società di capitali*, Milano, 2008; C. CACCAVALE, *Determinatezza dell’oggetto sociale ed eterogeneità delle attività economiche*, in *Contratto e impresa*, 2008, p. 839 ss.; M. MIOLA, *L’oggetto sociale tra autonomia statutaria ed autonomia gestoria*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2008, p. 703 ss.; Id., *Atti estranei all’oggetto sociale ed autorizzazione alle ratifiche assembleari tra vecchio e nuovo diritto societario*, in *Banca bors. tit. cred.*, 2009, p. 275; C.M. DE IULIIS, *Re melius perpensa: l’oggetto sociale è limite impreteribile dell’attività d’impresa*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, p. 115; P. FERRO LUZZI, *La società tra l’oggetto ed il soggetto*, in *Riv. dir. comm. dir. gen. obbl.*, 2011, p. 308; S. CICCHINELLI, *La violazione degli obblighi gestori degli amministratori nelle società a oggetto sociale esclusivo*, in *Riv. dir. comm. dir. gen. obbl.*, 2012, p. 337; G. FERRI jr.-M. SILVA, *In tema di impossibilità di conseguimento*

cietà<sup>42</sup>, descrive ciò che i soci si sono prefissati di conseguire e che gli amministratori debbono portare in esecuzione attraverso la loro azione. L’oggetto sociale rappresenta così il perimetro entro cui si possono muovere gli amministratori<sup>43</sup>, che trova un preciso riferimento nello statuto e che descrive una specifica attività su cui è stato deciso di rischiare il capitale investito<sup>44</sup>. In tal senso, l’oggetto sociale opera a tutela dei soci nella misura in cui circoscrive l’area di rischio e, in caso di modifiche del medesimo, consente loro di poter esercitare il recesso e uscire dalla compagine<sup>45</sup>.

Con specifico riguardo alle *start-up*, valga poi aggiungere che l’oggetto sociale è anche uno strumento che in un qualche modo tutela anche gli investitori, nella misura in cui dovrebbe descrivere l’innovazione che la società intende perseguire e su cui questi sono chiamati a scommettere, rammentando che si tratta di un progetto i cui esiti sono incerti ed è difficile fare pronostici sulle possibilità di recupero del credito<sup>46</sup>.

Questa lettura funzionalistica porta così l’attenzione sull’importanza di formulare l’oggetto sociale con adeguata determinatezza. Non è dunque consentito compendiare le due previsioni di cui al d.l. 179/2012 sulle *start-up* innovative e del d.lgs. 99/2004 con una clausola eccessivamente generica,

dell’oggetto sociale e scioglimento delle società di capitali, in *Studi e materiali*, 2014, p. 601; M. RUGGI-G. SETTANI, *Gruppi di società e oggetto sociale*, in *Giur. comm.*, 2019, p. 245.

<sup>42</sup> Usa l’espressione ‘programma’ G. MUCCIARELLI, *Profili dell’oggetto sociale nelle società di capitali*, op. cit., p. 307. Peraltro, sebbene non sia sempre corretto mutuare le categorie civilistiche con quelle giuscommercialistiche, sembra opportuno rilevare la continuità con il concetto di oggetto del contratto, oggi individuato nel programma negoziale, su cui v. G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, III, Padova, 2017, p. 339, al quale si rinvia per la ricostruzione del dibattito. In argomento, cfr. anche N. IRTI, voce *Oggetto del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, 1965, 799; G. DE NOVA, *L’oggetto del contratto “informatico”: considerazioni di metodo*, in *Dir. informazione e informatica*, 1986, 804.

<sup>43</sup> Sull’argomento, M. MIOLA, *Atti estranei all’oggetto sociale ed autorizzazione alle ratifiche assembleari tra vecchio e nuovo diritto societario*, op. cit., p. 275 che guarda al rapporto tra amministratori e assemblea, interrogandosi sui poteri di ratifica a questa conferiti nel caso l’azione dei primi esuli dai confini dell’oggetto sociale.

<sup>44</sup> Cass., 21 novembre 2002, n. 16416

<sup>45</sup> Si veda, per le s.r.l. l’art. 2473 c.c. (“in ogni caso il diritto di recesso compete ai soci che non hanno consentito al cambiamento dell’oggetto (...”), per le s.p.a. l’art. 2437 (“hanno diritto di recedere, per tutte o parte delle loro azioni, i soci che non hanno concorso alle deliberazioni riguardanti a) la modifica della clausola dell’oggetto sociale, quando consente un cambiamento significativo dell’attività della società”).

<sup>46</sup> Porta l’attenzione su questo profilo A. NICOTRA, *L’oggetto sociale nelle start-up innovative*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2020, p. 254



perché sarebbe da ritenersi invalida<sup>47</sup>, con conseguenze ben più gravi per la società rispetto alla perdita dei benefici previsti dalle discipline speciali.

Nell'ambito di una cornice normativa che declina l'innovazione come un particolare modo di fare impresa e di gestire l'attività aziendale, in cui l'azione volta allo sviluppo, produzione e commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico può consistere, alternativamente, nell'impegno che si assume la società a sostenere determinati investimenti in ricerca e sviluppo, nell'impiego di personale che abbia avuto una determinata formazione accademica o, ancora, nella disponibilità tra i propri asset aziendali di un diritto di privativa industriale afferente all'attività di impresa<sup>48</sup>, l'interrogativo da porsi è allora se l'attività agricola possa essere esercitata secondo queste modalità.

La risposta dovrebbe essere data articolando le riflessioni lungo due profili, tra loro connessi: le indicazioni che si traggono dai trattati europei e dalla nuova politica agricola comune, che in un qualche modo orientano l'interpretazione da dare alla definizione di imprenditore agricolo a seguito della riformulazione dell'art. 2135 c.c. avvenuta nel 2001.

Già scorrendo le finalità tracciate dall'art. 39 TFUE, la cui formulazione è rimasta sempre la medesima fin dal Trattato di Roma, emerge un'idea di agricoltura in costante evoluzione, dove l'innovazione potrebbe giocare un ruolo strategico. Esemplificativa è in particolare la lettera a), i cui contenuti probabilmente più degli altri incidono sul modo di condurre l'attività primaria. Nel richiedere un incremento della produttività, pretende che ciò avvenga attraverso lo sviluppo di un progresso tecnologico, lo sviluppo razionale della produzione agricola e un impiego migliore dei fattori di produzione. La disposizione può così essere letta in coordinazione con quella previsione, di ben più ampia portata e contenuta all'art. 3 TUE, a mente del quale l'Unione "promuove il progresso scientifico e tecnologico". Già a livello di fonti primarie, il combi-

nato disposto di queste due norme apre importanti spazi all'ingresso dell'innovazione in agricoltura.

La suggestione pare poi confermata nella stessa PAC<sup>49</sup>. L'art. 5 del Reg. (UE) 2115/2021 traccia i tre obiettivi principali, tra cui menziona anche "promuovere un settore agricolo intelligente". Ad esso si va ad aggiungere anche l'art. 6 che, dopo aver tracciato gli obiettivi specifici della nuova PAC (par. 1), prosegue rammentando che questi "sono integrati dall'obiettivo trasversale di ammodernamento dell'agricoltura e delle zone rurali e sono interconnessi con lo stesso, promuovendo e condividendo conoscenze, innovazione e digitalizzazione nell'agricoltura e nelle zone rurali e incoraggiandone l'utilizzo da parte degli agricoltori, attraverso un migliore accesso alla ricerca, all'innovazione, allo scambio di conoscenze e alla formazione".

Nell'ambito di una PAC che conferma sempre di più la sua estensione verso obiettivi che incidono sulla tutela dell'ambiente<sup>50</sup>, la citata disposizione

<sup>49</sup> In argomento v. anche S. CARMIGNANI, *Le società agricole*, in L. COSTATO-F. ALBISINNI (a cura di), *Trattato breve di diritto agrario*, op. cit., p. 453, la quale guarda agli impatti della nuova PAC sull'estensione della materia agricoltura e ai suoi riflessi sull'oggetto sociale.

<sup>50</sup> Da tempo la dottrina ha messo in luce la stretta connessione tra agricoltura e altre materie, da ultimo v. A. GERMANÒ-E. ROOK BASILE, *Le fonti nazionali*, op. cit., p. 19, dove si individuano, e si approfondiscono, quali profili di interferenza il governo del territorio, l'ambiente, il mercato e la concorrenza, il sostegno all'innovazione per i settori produttivi, l'alimentazione, la salute e l'ordinamento civile. Sebbene gli Autori concentrino le loro riflessioni sul diritto nazionale, un analogo intreccio si registra anche ampliando l'ambito di osservazione al diritto europeo. Gli obiettivi PAC tracciati dall'art. 39, che già di per sé suggeriscono l'ampia portata della materia e delle problematiche connesse (cfr. su tutti L. COSTATO, *Agricoltura e prodotti agroalimentari nel TFUE*, in P. BORGHI-I. CANFORA-A. DI LAURO-L. RUSSO (a cura di), *Trattato di diritto alimentare italiano e dell'Unione europea*, op. cit., p. 3), sono al contempo integrati anche da ulteriori obiettivi di carattere trasversale di cui è necessario tenere conto nelle politiche e azioni eurounitarie, tra cui la tutela dell'ambiente (art. 3, par. 3, TUE e art. 11 TFUE, v. G. SGARBANTI, *Le fonti dell'Unione europea*, in L. COSTATO-F. ALBISINNI (a cura di), *Trattato breve di diritto agrario italiano e dell'Unione europea*, op. cit., p. 44). Osserva però L. RUSSO, *La PAC dal 2023: le azioni sul primo e sul secondo pilastro*, ivi, p. 83 che non sembra sempre possibile indirizzare la politica agricola comune verso una direzione ambientalista. Infatti, per quanto si tratti di una materia dalla portata trasversale, gli obiettivi assegnati alla PAC restano quelli tracciati dall'art. 39 TFUE. Il tema ricorre con una certa frequenza anche nelle riflessioni contenute nel volume di S. MASINI - V. RUBINO (a cura di), *La sostenibilità in agricoltura e la riforma della PAC*, Bari, 2021 ove l'elemento che lega tra loro i diversi scritti si può individuare nel trinomio agricoltura-alimentazione-ambiente, su cui la nuova PAC è costruita. Provando a offrire qualche riferimento più specifico, la disciplina sui pagamenti agroambientali (su cui v. L. RUSSO, *Le "nuove" misure agroambientali della PAC 2023-27: quali novità?*, in *Riv. dir. agr.*, 2022, I, p. 142), i c.d. ecoschemi (N. LUCIFERO, *I regimi ecologici volontari e la loro attuazione a livello nazio-*

<sup>47</sup> In questi termini A. TESTA, *Gli oggetti sociali degli atti delle società*, Torino, 2016, p. 20.

<sup>48</sup> La norma precisa che non è necessaria la sola titolarità di un diritto di privativa ma richiede che tale diritto debba essere direttamente afferente "all'oggetto sociale e all'attività di impresa", proponendo una formulazione che non si distingue per chiarezza, nella misura in cui sembra porre su due piani differenti l'oggetto sociale e l'attività di impresa. Peraltro, segnalando una ulteriore ambiguità della formulazione, è da ritenersi che la precisazione contenuta con riguardo ai diritti di privativa debba riguardare anche gli altri due requisiti, ritenendosi che si abuserebbe delle agevolazioni previste dalla norma se gli investimenti in ricerca e sviluppo non avessero una ricaduta sull'attività dell'impresa o se la qualificazione del personale non fosse impiegata per meglio valorizzare l'oggetto sociale ma si risolvesse nella mera adesione a un requisito formale.





prova ad assecondare un’idea di agricoltura che richiede una innovazione sempre maggiore. Per quanto gli Stati siano liberi di scegliere gli obiettivi specifici e le relative misure da adottare, l’affermazione per cui l’innovazione è trasversale porta a ritenere che, a prescindere dalle selezioni operate nei piani strategici nazionali, la necessità di innovare il settore non può essere rinunciata, altrimenti l’agricoltura difficilmente sarà in grado di perseguire quella sostenibilità di cui oggi la PAC è fortemente intrisa<sup>51</sup>. D’altra parte, nonostante le sollecitazioni della dottrina cui il legislatore ha formalmente e progressivamente aderito nel corso degli anni<sup>52</sup>, si registra

---

nale, in *Riv. dir. agr.*, 2022, I, p. 289), il rafforzamento della condizionalità (A. DE BONI-E. DE MEO-R. ROMA, *Il nuovo sistema dei pagamenti diretti nella riforma della PAC 2023-27*, in *Riv. dir. agr.*, 2022, I, p. 274), la centralità svolta dalla biodiversità (M. BRUNORI, *Diversità agricola. Dispiegare il concetto nel diritto dell’UE*, in *Riv. dir. agr.*, 2022, I, p. 628) sono tutte esemplificazioni degli spazi sempre più ampi che la PAC riconosce ai profili ambientali, in origine sfruttati come leva per contenere le produzioni, per poi acquisire nel corso degli anni una sempre maggiore autonomia, anche grazie al rinnovato posizionamento assegnato all’ambiente nei Trattati (*ex multis*, per una sintesi sugli sviluppi storici della PAC v. L. COSTATO, *Lo sviluppo della politica agricola comune*, in ID.-F. ALBISINNI (a cura di), *Trattato breve di diritto agrario italiano e dell’Unione Europea*, op. cit., p. 77). Mentre l’attenzione per l’ambiente sembra quindi una costante delle ultime PAC che nel corso degli anni è andata sempre più aumentando, un elemento di novità rispetto alle precedenti è l’apertura verso una considerazione dell’agricoltura anche per le sue implicazioni sociali, su cui si soffermano I. CANFORA-V. LECCESE, *La sostenibilità sociale nella nuova PAC*, in *Riv. dir. agr.*, 2022, I, p. 110, che si focalizzano sugli strumenti per tutelare il lavoro in agricoltura, tema ampio su cui v. anche M. D’ADDEZIO, *Primi appunti in tema di partecipazione dei lavoratori nel settore agricolo e all’interno delle filiere produttive intersettoriali*, in *Riv. dir. agr.*, 2022, I, p. 601; S. MASINI, *Neo-colonizzazione delle campagne: tutela del lavoro e diritti all’esistenza*, in *Giust. civ.*, 2020, p. 815; M. GIOIA-L. PAOLONI, *Terra e migranti*, in *Dir. agroalim.*, 2019, p. 295.

<sup>51</sup> Da ultimo, cfr. F. ALBISINNI, *European law and sustainability after the cap reform of december 2021: challenges and perspectives for wine and vineyards*, in *Jus Vini*, 2023, p. 263, il quale isola le novità introdotte dalla nuova PAC che descrivono un legame sempre più stretto tra agricoltura e sostenibilità.

<sup>52</sup> Su tutti v. E. ROOK BASILE, *Introduzione al diritto agrario*, Torino, 1985, p. 42 che propone una considerazione dell’agricoltura come attività in grado di compendiare fini produttivi, legati all’interesse del produttore, con finalità conservative, connesse alla tutela dell’ambiente e del paesaggio, su cui poi tornerà in termini più estesi anche S. CARMIGNANI, *Agricoltura e ambiente. Le reciproche implicazioni*, Torino, 2012. Le sollecitazioni della dottrina possono così essere lette parallelamente e in correlazione, solo per fare un esempio, con il ruolo sempre più pervasivo che ha avuto l’ambiente nel dettare gli sviluppi dell’agricoltura biologica, su cui v. N. LUCIFERO, *Il regolamento (UE) 2018/848 sulla produzione biologica. Principi e regole del nuovo regime nel sistema del diritto agroalimentare europeo*, in *Riv. dir. agr.*, 2018, I, p. 477 nonché, per una ricostruzione storica del succedersi delle discipline, sia consentito il rinvio a M. MAURO, *Il nuovo regolamento*

ancora un’importante distanza dal perseguimento di questi obiettivi e, come è noto, in diverse occasioni l’agricoltura è stata posta al centro del dibattito politico per il suo forte impatto inquinante. Oggi è però richiesta un’inversione di rotta e, sull’onda delle dichiarazioni programmatiche tracciate dalla strategia *from farm to fork*, l’agricoltura dovrebbe diventare la protagonista di un importante processo di transizione. Nel fornire beni essenziali per la sopravvivenza dell’individuo, si cerca di incentivare il consumatore verso decisioni più sostenibili nel settore alimentare, da poter replicare anche altrove, così influenzando favorevolmente anche altri processi produttivi<sup>53</sup>, favorendo l’incontro tra domanda e offerta.

Per quanto molte misure abbiano natura incentivante, l’attuale PAC traccia dunque una direzione che va verso una alleanza sempre più forte tra agricoltura e innovazione, che naturalmente non è fine a se stessa ma dovrebbe contribuire a perseguire le finalità dell’art. 39 TFUE e, allo stesso tempo, anche tutti quegli obiettivi di sostenibilità che la nuova PAC dichiara, tra cui la mitigazione dei cambiamenti climatici, lo sviluppo di energia sostenibile, l’efficiente gestione delle risorse naturali, la tutela della biodiversità, solo per citarne alcuni. Tutto ciò inevitabilmente incide sul modo di fare agricoltura nella misura in cui il processo di transizione che la coinvolge passa inevitabilmente attraverso un ammodernamento del settore.

Spostando così lo sguardo al diritto nazionale, chiamato in un qualche modo a recepire le indicazioni europee, non fosse altro in forza di quanto previsto dall’art. 117, I co., Cost., la nuova formulazione dell’art. 2135 c.c. non sembra costituire un ostacolo a questo modo di esercitare le attività di

---

sull’agricoltura biologica: nuove prospettive e vecchi paradigmi, in *Dig. giur. agr. alim. amb.*, 6-2018, p. 1.

<sup>53</sup> La sollecitazione è di S. BOLOGNINI, *Il consumatore nel mercato agro-alimentare europeo fra scelte di acquisto consapevoli e scelte di acquisto sostenibili*, cit., p. 626, che riflette sulla funzione propulsiva che possono esercitare le scelte del consumatore (“mai come in questo periodo, in cui la forte integrazione degli scambi commerciali internazionali e la saturazione per certi versi dell’offerta costringono a calibrare – quantitativamente e qualitativamente – la produzione sulla base di ciò che può trovare un’effettiva allocazione sul mercato, il consumatore, con le sue scelte d’acquisto, avrebbe il potere di decretare il successo di determinati prodotti e, quindi di indirizzare i modelli di produzione”), della quale v. anche PAC, *sostenibilità e bioeconomia*, in S. MASINI – V. RUBINO (a cura di), *La sostenibilità in agricoltura e la riforma della PAC*, op. cit., p. 53, dove si indaga come la nuova PAC, e gli obiettivi di sostenibilità da questa posti, ambirebbero a influenzare un nuovo processo di produzione all’insegna di una sempre maggiore circolarità e di quella che è oggi definita bioeconomia, nonostante non manchino le criticità.



coltivazione, allevamento e selvicoltura secondo schemi innovativi<sup>54</sup>.

È stato sottolineato che la mobilità dei confini della materia è “soggetta all’evolversi delle tecniche di produzione”<sup>55</sup> e l’art. 2135 c.c. ne consente l’adozione. Richiamando concetti noti, quando il legislatore del 1942 ha definitivamente sdoganato l’esercizio dell’agricoltura dal diritto dei beni per attrarla verso il diritto dell’impresa<sup>56</sup>, non ha sentito l’esigenza di specificare che cosa si intendesse con coltivazione, allevamento e selvicoltura, probabilmente sul semplice e banale presupposto che, per quanto questa potesse essere esercitata avvalendosi di macchinari sempre più evoluti, non vi era forse un livello di conoscenze tali da prevedere l’esercizio di una delle tre attività secondo forme sganciate dal fondo. Con lo scorrere degli anni il settore agricolo ha richiesto lo sviluppo di varietà più resistenti e produttive, personale maggiormente qualificato e investimenti per sviluppare tecniche di coltivazione fuori suolo, il tutto in un contesto in cui le superfici da coltivare si sono ridotte progressivamente e i problemi di *food security* non sono cessati, cui si sono andate ad accompagnare sempre più diffuse esigenze di *food safety*.

Per rispondere a questi bisogni, e facendo così un salto normativo di quasi sessant’anni, l’art. 2135 c.c., come novellato a seguito della riforma del 2001, restituisce un’immagine dell’agricoltura, e segnatamente delle tre attività primarie, che consentono all’imprenditore ampi margini di manovra. La riformulazione definisce la coltivazione, l’allevamento e la selvicoltura come la cura e lo sviluppo di un ciclo biologico o di una fase necessaria del ciclo stesso<sup>57</sup>, disinteressandosi a come avvenga

tale cura e sviluppo, ma aggiungendo anche che potrebbe trattarsi di una modalità che prescinde dalla disponibilità materiale di un fondo rustico la cui rilevanza, sebbene affievolita, non è però del tutto estinta ma diminuita a legame potenziale<sup>58</sup>. La novella, da inquadrare nell’ambito di un disegno più ampio che ambiva a liberare l’imprenditore agricolo da una posizione di tradizionale isolamento<sup>59</sup>, non

correre le linee del dibattito concernente la perimetrazione della nozione di agrarietà che, da un lato, cercava di contenere le aperture che avrebbe potuto determinare l’apertura *tout court* al criterio agrobiologico e, dall’altro, intendeva dare una risposta all’esigenza di ricomprendervi anche le nuove tecniche di coltivazione e di allevamento che si stavano progressivamente affermando (su cui v. su tutti da A. GERMANÒ – E. ROOK BASILE, *Commento all’art. 2135 c.c.*, op. cit., p. 561), valga qui solo ricordare che la novella del 2001 è stata fortemente ispirata da queste riflessioni, introducendo una riformulazione dell’art. 2135 c.c. nel contesto di un articolato intervento innovatore che ha toccato l’intero settore dell’agricoltura. In esecuzione della delega contenuta nella l. 5 marzo 2001, n. 57, *Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati*, sono stati approvati tre decreti legislativi, tutti in data 28 maggio 2001 e, segnatamente, il d.lgs. 226/2001, *Orientamento e modernizzazione del settore della pesca e dell’acquacoltura*; il d.lgs. 228/2001, *Orientamento e modernizzazione del settore forestale*; il d.lgs. 228/2001, *Orientamento e modernizzazione del settore agricolo*. A tali provvedimenti le principali riviste del settore hanno dato ampio spazio, v. il fascicolo IV della *Riv. dir. agr.*, 2001 e il fasc. II-III della *Riv. dir. agr.*, 2002, interamente dedicati al tema. Anche la rivista *Nuove leggi civili commentate* vi ha dato spazio, L. COSTATO (diretto da), *Commentario a I tre Decreti orientamento della pesca e acquacoltura, forestale e agricolo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2001, p. 668 ss. Pure la *Rivista di diritto e giurisprudenza agraria alimentare e dell’ambiente* ha pubblicato un numero monografico, v. l’uscita 9-10, 2001. Sempre in argomento cfr. anche gli atti dell’incontro *I decreti delegati per la legislazione di orientamento in agricoltura*, organizzato l’11 luglio 2001 a Firenze dall’Accademia dei Georgofili, in I Georgofili – Quaderni, Firenze, 2002, con relazioni di M. GOLDONI, *Il progetto*, E. CASADEI, *L’impresa*, F. ALBISINNI, *Il territorio*, L. COSTATO, *Il mercato*, G. AMADEI, *Riflessi economici*, in I Georgofili-Quaderni 2002-II, Firenze, 2002.

<sup>58</sup> Ciò non significa dare rilievo a qualsiasi gestione del ciclo biologico ma limitare l’agricoltura a quelle sole attività che potrebbero essere esercitate sul fondo rustico, lasciando libero l’imprenditore agricolo di optare poi per modalità differenti, su cui v. L. COSTATO, *Fondamenti di diritto agrario*, Padova, 2012, p. 13, che invita a “saper distinguere il problema della terra da quello dell’agricoltura”, ritenendo, ad esempio, che non dovrebbe essere considerata attività agricola la coltivazione di batteri *in vitro*, sebbene sempre di cura e sviluppo del ciclo biologico si possa trattare.

<sup>59</sup> In un contesto in cui anche l’agricoltura ha iniziato a essere sottoposta a un processo di industrializzazione e l’impresa agricola è stata “analizzata non per sé sola, ma in un reticolo di relazioni” (così F. ALBISINNI, *Sistema agroalimentare* (voce), in *Dig. disc. priv.*, 2009, p. 483), la riforma del 2001 segna il momento in cui il legislatore ha finalmente manifestato la volontà di svincolare la produzione primaria dal suo tradizionale isolamento, imposto dai confini del fondo rustico. Come ricordato da A. JANNARELLI, *L’impresa agricola nel sistema agroindustriale*, in *Dir. giur. agr. alim. amb.*, 2002, p. 215, ciò si deduce dal venire meno del legame con il fondo, che amplia i confini

<sup>54</sup> D’altra parte, già S. CARMIGNANI, *Le società in agricoltura*, op. cit., p. 236 aveva ritenuto che la previsione sull’oggetto sociale non precludesse la possibilità di configurare come agricola quella società che si dedica all’esercizio di attività principali in via principale o a quella di produzione di energia.

<sup>55</sup> L’espressione è di A. GERMANO-E. ROOK BASILE, *Le fonti nazionali*, op. cit., p. 16, secondo questi Autori l’ampliamento è stato dapprima determinato dall’elevazione dell’attività agricola al rango di impresa, liberandola da quel legame troppo stringente con la proprietà, cui poi si è accompagnato l’evolversi delle tecniche di produzione, che hanno contribuito a determinare contenuti e confini nuovi della materia.

<sup>56</sup> Questo passaggio è stato ampiamente sviluppato sotto il profilo storico da A. GERMANÒ – E. ROOK BASILE, *Commento all’art. 2135 c.c.*, op. cit., p. 544

<sup>57</sup> La formulazione recupera la tesi che già era stata espressa da A. CARROZZA, *Problemi generali e profili di qualificazione del diritto agrario*, Milano, 1975, p. 74 e Id., *Agricoltura (teoria generale)* (voce), in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, Torino, 1987, p. 222 il quale, nel definire l’agricoltura, scriveva “svolgimento di un ciclo biologico concernente l’allevamento di animali o vegetali che appare legato direttamente o indirettamente allo sfruttamento delle forze e delle risorse naturali e che si risolve economicamente nell’ottenimento dei frutti” (p. 74). Senza ripeter-



solo ha attratto all’agricoltura attività quali il vivaismo o l’allevamento di animali in batteria ma - aspetto ben più importante - ha aperto nuovi spazi per rinnovate forme di cura e sviluppo del ciclo biologico, quali l’idroponica, acquaponica o aeroponica, coltivazione verticale, verso cui molti imprenditori si stanno oggi sempre più orientando, importando l’agricoltura anche in contesti urbani<sup>60</sup>.

Analogamente, anche l’ampliamento delle attività connesse offre rinnovati spazi di ingresso all’innovazione. Basti solo pensare a tutto il blocco che si riferisce alla manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione. Anche in tal caso, sono rinvii che offrono ampie opzioni, soprattutto laddove si voglia dare seguito a quell’idea espressa da autorevole dottrina per cui le attività connesse non coincidono con operazioni che potrebbero far parte della stessa attività primaria ma, piuttosto, debbono avere una rilevanza autonoma nei confronti dei terzi, quali ad esempio l’inserimento di vitamine o altre specifiche sostanze

dell’impresa agricola; dall’estensione delle attività connesse, che valorizza l’aspetto multifunzionale; dall’equiparazione di alcune realtà imprenditoriali a imprese agricole (art. 1, II co., del d.lgs. 228/2001), dovuta a “una più trasparente e consapevole strutturazione delle relazioni sistemiche tra mondo della produzione agricola e mondo delle imprese fornitrici di input”. Tuttavia, l’Autore non manca di denunciare il ritardo del legislatore italiano, rilevando come la valorizzazione della cooperazione tra imprese agricole vada inizialmente riconosciuta al merito della giurisprudenza, quando ha attribuito natura agricola alle cooperative di trasformazione e commercializzazione costituite tra imprenditori agricoli. Al contempo, la dottrina già da tempo aveva iniziato a delineare nuovi percorsi per liberare l’impresa agricola dallo stato di emarginazione in cui si trovava, svincolandola dalla dipendenza dal fondo (A. CARROZZA, *Problemi generali e profili di qualificazione del diritto agrario*, op. cit., p. 74), proiettandola in un mercato concorrenziale (E. ROOK BASILE, *Impresa agricola e concorrenza: riflessioni in tema di circolazione dell’azienda*, Milano, 1988, p. 77) e assegnandole un ruolo che trascende la mera produzione e che può concernere pure la erogazione di servizi (L. FRANCIOSI, *L’impresa agricola di servizi*, Napoli, 1988, p. 27), cui però il legislatore aveva in precedenza risposto con provvedimenti di carattere sporadico e promozionale, senza una adeguata visione di sistema.

<sup>60</sup> Senza entrare nel merito dei contenuti, ma al solo scopo di evidenziare l’interesse per l’argomento, basti pensare che la Regione Lombardia ha già disciplinato il *vertical farming* (L.R. Lombardia, 8 novembre 2021, n. 21, *Agricoltura urbana, periurbana e metropolitana*) e in altre Regioni sono state depositate proposte tra cui la Puglia (20 febbraio 2022, *Agricoltura urbana, periurbana e metropolitana*), il Veneto (PdL 160 del 20 ottobre 2022, *Misure a sostegno dell’agricoltura verticale* e PdL 162 del 21 ottobre 2022, *Disposizioni per l’agricoltura urbana e periurbana*) e il Piemonte (PdL 182 del 12 gennaio 2022, *Sostegno alle pratiche colturali fuori suolo applicate alle coltivazioni idroponica e acquaponica e alle relative filiere produttive*). A questo quadro si aggiunge anche un’iniziativa a livello statale risalente alla precedente legislatura (PdL 1258 del 11 ottobre 2018, *Delega al governo per la disciplina, la valorizzazione e la promozione delle pratiche colturali fuori suolo applicate alle coltivazioni idroponica e acquaponica*).

nutritive nel corso delle operazioni di trasformazione del prodotto di base<sup>61</sup>. Si può così intuire che si propone un’accezione di attività connessa molto più complessa e articolata, con una flessibilità di contenuti tale da potersi adattare ed essere in grado di rispondere alle esigenze di un imprenditore agricolo che, per potersi differenziare sul mercato, sempre di più guarda all’innovazione non solo con riguardo alle attività principali ma anche con riferimento a quelle elencate al terzo comma dell’art. 2135 c.c. Queste potrebbero conferire al prodotto una specifica qualità, che non sarebbe impressa da una particolare cura o sviluppo del ciclo biologico, ma da quella successiva e autonoma attività commerciale, divenuta agricola per attrazione, dove l’innovazione potrebbe giocare un ruolo strategico.

La riforma del 2001 sembra allora offrire una rinnovata immagine dell’attività agricola, che non fotografa solo il presente ma la proietta verso il futuro, lasciando all’imprenditore margini di autonomia su come esercitare la “cura o sviluppo di un ciclo biologico”, con il limite, per non estendere eccessivamente i confini dell’agrarietà e perderne il controllo, che si tratti di attività “che utilizzano o possono utilizzare il fondo, il bosco o le acque dolci, salmastre o marine”. Allo stesso tempo, pure l’ampliamento delle attività connesse potrebbe trovare una delle possibili ragioni giustificatrici nell’ambito di questo contesto, dovendo rilevare che, anche sotto questo profilo, la norma non sembra porre ostacoli nel ricorrere all’innovazione, sempre che ricorrano i requisiti della unisoggettività e uniaziendalità.

Provando a tirare le fila del discorso, quando il legislatore nel 2004 ha inteso disciplinare le società in agricoltura, aveva ben presente la portata e gli obiettivi della riforma del 2001. Sebbene la società debba avere “quale oggetto sociale l’esercizio esclusivo delle attività di cui all’articolo 2135 del codice civile”, il rinvio parrebbe correre all’intera norma, tanto alle attività principali quanto a quelle connesse, ben potendo entrambe essere esercitate tanto secondo forme più tradizionali quanto proponendo modalità più avanzate, lungo quel solo tracciato dalle fonti europee poco sopra richiamate. In altri termini, l’esclusività dell’attività dell’impresa agricola ben potrebbe comprendere anche le ulteriori iniziative collegate all’innovazione per quanto esse debbano essere direttamente riconducibili alle prime.

Secondo l’interpretazione appena suggerita, l’art. 2135 c.c. parrebbe contenere già il seme dell’innovazione, con il corollario per cui la previ-

<sup>61</sup> L’esempio è di A. GERMANÒ, *Manuale di diritto agrario*, op. cit., p. 96

sione di cui all'art. 1, I co., del d.lgs. 99/2004, che rinvia alla definizione di imprenditore agricolo nella sua interezza, sembra porsi in una posizione di complementarità rispetto all'art. 25, II co., lett. f), in materia di *start-up*. Detta diversamente, non sembra potersi escludere a priori che le due previsioni sull'esclusività dell'oggetto sociale possano convivere all'interno del medesimo statuto, nella misura in cui un'impresa agricola potrebbe orientare l'esclusiva cura e sviluppo di un ciclo biologico, o lo svolgimento di talune attività connesse di valorizzazione, verso l'altrettanto esclusivo o prevalente sviluppo, produzione e commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico, rammentando che il riferimento può essere indirizzato sia verso il prodotto o servizio in sé sia al processo che ha consentito di ottenerlo<sup>62</sup>, guardando tanto alle attività principali quanto a quelle connesse.

In questa prospettiva, sarà compito dei *founders*, che desiderano avvalersi dei benefici previsti per la *start-up*, specificare verso quali forme innovative, tra quelle proposte dal d.l. 179/2012, intendono sviluppare il loro modello di business agricolo, fermo ovviamente il rispetto degli ulteriori requisiti ivi previsti.

## 5. PMI innovative e società agricole.

Anche laddove la ricostruzione proposta sia revocata in dubbio, nel 2015 il legislatore ha esteso i benefici previsti per le *start-up* anche a favore delle PMI innovative, adottando un *corpus* normativo che, per certi profili, supera le ambiguità della disciplina del 2012 in punto di oggetto sociale<sup>63</sup>.

A ben vedere, però, il problema non sembrerebbe tanto relativo all'oggetto sociale quanto al requisito per cui la società non debba essere costituita da più di sessanta mesi ed è vietata la cessione di azienda. In un contesto in cui l'agricoltura continua a essere spesse volte esercitata di generazione in generazione, potrebbe accadere con una certa frequenza che il predetto termine si configuri come un ostacolo alla costituzione di una *start-up* innovativa, non potendosi ritenere che possa essere aggirato costituendo una *newco* dall'impresa di partenza, ove

conferire un ramo della precedente azienda familiare<sup>64</sup>.

Al contempo, la formulazione della norma non sembra però vietare che la *start-up* possa prendere in affitto un ramo aziendale per destinarlo a fare innovazione<sup>65</sup>, aprendo così gli spazi a una soluzione che, da un lato, conferisce alla *start-up* un asset di beni per esercitare l'attività di impresa e, dall'altro, qualora il programma innovativo non riuscisse a essere realizzato, garantisce una protezione ai beni familiari affittati che, al momento della cessazione dell'attività, ritorneranno nella disponibilità del titolare. In un contesto quale quello italiano, ove la società semplice continua ad essere ancora molto diffusa, è tutt'altro che infrequente il conferimento nella società di beni personali da parte della persona fisica. Non sembra però un abuso il fatto che questi possano rientrare nella disponibilità del conferente, previo riequilibrio economico dei relativi apporti, per essere successivamente affittati alla neocostituita s.r.l., senza che ciò possa configurarsi come il tentativo di aggirare la previsione di cui alla lettera d), stante il *medium* della persona fisica<sup>66</sup>. Ovviamente, questa non è l'unica soluzione e le alternative potrebbero essere svariate e molteplici, da costruire caso per caso, sulla base del modello di *governance* adottato.

<sup>64</sup> La giurisprudenza ha da tempo equiparato il conferimento di azienda a cessione d'azienda, tra le ultime pronunce cfr. Cass., 26 settembre 2019, n. 24101 e Cass., 5 luglio 2019, n. 18143.

<sup>65</sup> La soluzione dell'ammissibilità dell'affitto d'azienda è stata confermata anche dal MISE, nel parere 155183 del 3 settembre 2015. Valga poi aggiungere che sempre il MISE, con parere 164069 dell'8 ottobre 2013 ritiene che l'imprenditore individuale, che si costituisca in s.r.l. unipersonale, possa conferirvi la propria azienda e dar vita ad una *start-up* innovativa, riconducendo l'operazione ad un fenomeno che definisce di trasformazione eterogenea atipica da ditta individuale a società.

<sup>66</sup> Si tratta di un profilo controverso, su cui si registrano posizioni differenti nella prassi. Sebbene da tempo la giurisprudenza abbia equiparato il conferimento di azienda alla cessione d'azienda, sulla base del dato testuale di cui all'art. 1, II co., d.l. 1/2012 ("le disposizioni recanti divieti, restrizioni, oneri o condizioni all'accesso e all'esercizio delle attività economiche sono in ogni caso interpretate in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato alle perseguite finalità di interesse pubblico generale, alla stregua dei principi costituzionali per i quali l'iniziativa economica privata è libera") il MISE aveva dapprima suggerito una linea interpretativa ispirata al formalismo (v. Parere del MISE 164029/2013 del 8 ottobre 2013). Tuttavia, a distanza di pochi mesi, l'Agenzia delle Entrate ha fornito una interpretazione differente che, nell'essere maggiormente allineata ai precedenti giurisprudenziali, ha offerto una lettura estensiva dei divieti di cui alla lettera g) (Circolare AdE 16/E/2014), cui sembra poi essersi allineato anche lo stesso MISE nel 2020 (Parere 68529/2020). Se tale impostazione sembra funzionale a evitare che vi possa essere una continuità tra attività imprenditoriali pregresse, già si è detto che l'affitto di azienda non sembra però violare il divieto, in virtù della temporaneità del negozio giuridico instaurato e del differente *animus* (parere 155183/2015, cit.).

<sup>62</sup> A conferma, basterebbe scorrere la sezione speciale del registro delle imprese dedicata alle *start-up* per rendersi conto che non mancano le imprese agricole ivi iscritte.

<sup>63</sup> Questa è la posizione di G. PISCIOTTA, *Startup, innovazione e società agricole*, op. cit., p. 657.

Certo è che, laddove si ritenga che l’operazione sia costruita in violazione di legge, si potrebbe passare direttamente per la costituzione di una PMI innovativa, rispetto alla quale la preclusione non opera, con il vantaggio non trascurabile che i benefici non avranno una efficacia circoscritta al quinquennio<sup>67</sup>.

A prescindere che la forma sia quella della *start-up* o della PMI innovativa, in entrambe le ipotesi si tratta di soluzioni che consentono di preservare l’originaria attività, per creare compagini societarie autonome e distinte tra loro, cosicché i possibili esiti negativi di quella “innovativa” non andrebbero a intaccare la precedente attività, limitando gli effetti di una possibile crisi di impresa e salvaguardando l’asset aziendale di famiglia. Questa opzione sembra scarsamente presa in considerazione dal d.l. 179/2012, nonostante in agricoltura possa avere un’utilità consentire la creazione di una sorta di *spin-off* che, quanto meno nella fase iniziale, consenta di preservare l’originaria impresa, anche per la funzione che questa svolge di contrasto all’esodo rurale e custode del territorio. Resta inteso che in assenza del timore che l’innovazione intacchi la pregressa attività, ma al contrario possa costituire un aiuto per una migliore gestione del ciclo biologico, è possibile iscrivere la società agricola direttamente nel registro delle PMI innovative, laddove ne ricorrano i requisiti e senza costituire una *newco*.

Le osservazioni che precedono portano così a dover chiarire cosa si intenda con PMI innovativa. Il d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, che completa il quadro normativo di riferimento, incentiva lo sviluppo di un’impresa innovativa e ambisce a creare un micro-sistema di diritto societario speciale riservato all’innovazione<sup>68</sup>.

Più nello specifico, l’art. 4 dà la definizione di PMI innovativa, con questa intendendo l’impresa, costituita in forma di società di capitali o cooperativa, che rientri nella definizione contenuta nella raccomandazione 2003/361/CE<sup>69</sup> e che presenti una serie di requisiti. Deve dunque trattarsi di una società

<sup>67</sup> Cfr. G. PISCIOTTA, *Startup, innovazione e società agricole*, op. cit., p. 657.

<sup>68</sup> In questi termini M. CIAN, *Società start-up e PMI innovative*, op. cit., p. 969. Sulle PMI innovative, v. anche A. BOLLETTINARI, *Le novità previste dal d.l. 3/2015: l’introduzione delle “piccole e medie imprese innovative” e la modifica della disciplina della “start-up innovativa”*, in *Nuovo dir. soc.*, 2015, p. 43.

<sup>69</sup> Sono dunque PMI le imprese che hanno meno di 250 occupati e un fatturato annuo non superiore a 50 milioni oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 43 milioni. In tal senso, sembra opportuno precisare che il calcolo della dimensione aziendale deve tenere in considerazione anche i rapporti societari di associazione e collegamento con altre imprese. Vale così sottolineare che tali parametri sono ampiamente rispettati dalla stragrande maggioranza delle imprese agricole nazionali.

residente in Italia, il cui ultimo bilancio di esercizio o l’ultimo bilancio consolidato siano stati certificati da un revisore contabile, che non possiede azioni quotate in un mercato regolamentato e non sia già iscritta al registro delle *start-up* innovative e degli incubatori certificati. Sono poi previsti tre requisiti obbligatori, dei quali la società ne deve possedere almeno due. Al pari della *start-up*, sebbene con soglie numeriche differenti, riguardano investimenti in R&S, impiego di personale altamente qualificato e disponibilità di un diritto di privativa industriale<sup>70</sup>.

Da questi cenni essenziali affiorano profili di continuità e discontinuità tra *start-up* e PMI innovativa. Due sono in particolare le differenze che emergono immediatamente, oltre all’assenza di limitazioni in punto di costituzione mediante fusione, scissione o cessione di azienda.

In primo luogo, mentre la *start-up* ha una vocazione transitoria e i benefici cui può accedere cessano dopo cinque anni, la PMI Innovativa ha potenzialmente una durata illimitata, sempre che mantenga per tutta la durata della sua vita i requisiti di innovazione<sup>71</sup>. In tal senso, e passando così al secondo rilievo, se la previsione sull’oggetto sociale presentava almeno due punti critici, non chiarendo se la valutazione sulla innovatività dei prodotti o servizi offerti andasse basata sull’attività dichiarata nello statuto o su quella effettivamente svolta né specificando i criteri alla stregua dei quali svolgere la valutazione<sup>72</sup>, il d.l. 3/2015 non contiene alcuna disposizione sul punto e si limita ad attribuire il predicato di innovatività sulla base del possesso di due dei tre requisiti obbligatori alternativi tra loro. Per quanto sia pur vero che per entrambe le fattispecie siano simili, manca però un allineamento tra i valori. Quelli previsti per le *start-up* sono più rigorosi ma alle PMI è richiesto di garantire due requisiti su tre, mentre per le *start-up* è sufficiente uno solo. Si tratta di disallineamenti non facilmente spiegabili.

<sup>70</sup> In particolare, la destinazione delle spese investite in ricerca e innovazione in misura pari o superiore al 3% della maggiore entità tra costo e valore totale della produzione; l’impiego di personale che abbia avuto una formazione di eccellenza certificata in misura pari ad almeno 1/5 della forza lavoro complessiva; la titolarità, anche quale depositaria o licenziataria, di almeno un diritto di privativa industriale. Per approfondimenti su questi requisiti e sui precedenti, v. S. MICOSI, *Guide per gli adempimenti societari in tema di PMI innovative e start up innovative*, op. cit., p. 171.

<sup>71</sup> Così M. CIAN, *Società start-up e PMI innovative*, op. cit., p. 970, per il quale il fattore tempo non gioca alcun ruolo ai fini dell’accesso ai benefici previsti per la PMI innovativa, rilevando esclusivamente la volontà da parte della società di conservare i requisiti di innovatività.

<sup>72</sup> Su tali problemi v. M. CIAN, *Le società start-up innovative. Problemi definitivi e tipologici*, op. cit., p. 412 e P. BENAZZO, *La s.r.l. start-up innovativa*, in *NLCC*, 2014, p. 109.



Provando così a trarre alcune considerazioni sistematiche da questo confronto, la PMI innovativa avrebbe dovuto essere l'auspicato sbocco della *start-up* innovativa, una volta trascorsi i 60 mesi di incubazione previsti dal d.l. 179/2012. Invece, l'introduzione di requisiti per certi tratti meno stringenti, cui si accompagna la sostanziale parificazione delle agevolazioni, diminuisce l'attrattività per la *start-up* in favore delle PMI innovative, se solo si considera che l'unica sostanziale differenza si misura sotto il profilo della disciplina sulla crisi di impresa, che sarà poi fortemente incisa dal d.l. 14/2019 tale da ridurre la portata dell'esonero previsto dal d.l. 179/2012 solo per la *start-up*, vieppiù se si ha come parametro di riferimento l'impresa agricola che comunque sarebbe assoggettata a una normativa speciale.

Sebbene la riforma del 2015 avesse l'obiettivo di agevolare ogni impresa dedicata all'innovazione, anche oltre il tempo della sua incubazione, sarebbe forse stata opportuna una maggiore diversificazione, eventualmente prevedendo ulteriori benefici a favore delle *start-up* che si trovano in una più delicata fase di genesi e che operano nella prospettiva di potersi trasformare, in un futuro, in PMI innovative, sostenendo di più chi sta intraprendendo un'attività di innovazione rispetto a chi, pur continuando a innovare, ha un'impresa già avviata. Tuttavia, sia guardando alle *start-up* sia alle PMI innovative, è proprio l'elemento dell'innovazione che presenta tutta una serie di ambiguità e una formulazione a maglie talmente larghe, tali da consentire l'accesso ai benefici anche per imprese la cui forza di innovare potrebbe non essere così significativa<sup>73</sup>.

Quest'ultimo rilievo, però, sembra aver un minore impatto per il comparto agricolo. Come visto nelle pagine precedenti, l'Unione Europea incentiva un largo utilizzo dell'innovazione, che promuove anche attraverso l'erogazione di sussidi, destinati a finanziare specifici progetti. In tal senso, l'impresa che ne beneficia ha in qualche modo già ottenuto un formale riconoscimento circa la natura del proprio progetto imprenditoriale che, in sede di controlli, potrà senz'altro far valere. Pur nella consapevolezza che l'argomento ha una rilevanza limitata quando la società deve iscriversi all'elenco delle *start-up* o delle PMI innovative, non fosse altro perché non ha probabilmente ancora partecipato a tali bandi, vale

<sup>73</sup> Ad esempio, secondo M. CIAN, *Società start-up e PMI innovative*, op. cit., p. 970, per accedere ai benefici di una PMI innovativa basterebbe costituire una s.r.l. che disponga della licenza per la registrazione e la diffusione di seminari, ricorrendo a dottori di ricerca per il confezionamento dei medesimi e investendo una somma adeguata nella ricerca di più efficienti formule di *business*. In tal caso, sarebbero integrati tutti i tre requisiti, ma non mancherebbero dubbi sulla reale portata innovativa dei servizi offerti.

rammentare che l'iscrizione negli elenchi speciali avviene automaticamente e sulla base di autodichiarazioni rilasciate dal legale rappresentante.

## 6. Gli effetti del riconoscimento, il regime delle agevolazioni.

A prescindere che una società agricola opti per la forma della *start-up* o per quella della PMI innovativa, già si è anticipata la sostanziale equiparazione delle agevolazioni cui entrambe possono accedere e le aree in cui intervengono.

Nel rammentare che le imprese agricole già godono di tutta una serie di benefici, sorge l'opportunità di ricostruire il rapporto tra due regimi incentivanti di carattere speciale. Sotto questo profilo, non può essere data una risposta universalmente univoca, ma è necessario differenziare, definendo i tratti essenziali delle misure più significative<sup>74</sup>.

Un primo gruppo riguarda le agevolazioni di natura societaria, distinguendo tra quelle cui possono accedere tutte le società e quelle riservate alle sole s.r.l. Per tutte le società innovative, è introdotta una disciplina di favore relativa alla riduzione del capitale per perdite. In deroga agli articoli 2446, 2447 c.c. per le s.p.a. e 2482-bis e 2482-ter c.c. per le s.r.l., se le perdite sono superiori ad un 1/3 del capitale sociale ma non intaccano il minimo legale, è prevista una estensione a dodici mesi dell'obbligo di ricapitalizzazione; quando invece la perdita compromette il minimo legale, è consentito il differimento della ricapitalizzazione alla chiusura dell'esercizio successivo, senza che possa operare la causa di scioglimento della società<sup>75</sup>. Al beneficio

<sup>74</sup> Il quadro delle agevolazioni è esteso e frammentato, non avrebbe senso ripercorrerle una per una, considerato anche che molte di queste riguardano l'accesso a specifici finanziamenti. L'ultimo pacchetto di agevolazioni è stato introdotto con il d.l. 19 Maggio 2020, n. 34, c.d. Decreto Rilancio, convertito in Legge 17 Luglio 2020 n. 17 che all'art. 38 dedica alcune misure alle *start-up*, le quali consistono in miglioramenti di soglia numerica rispetto ai benefici già previsti. Una sintesi aggiornata al 2022 delle diverse misure di favore è illustrata al seguente link, [https://www.mimit.gov.it/images/stories/documenti/Agevolazioni\\_startup\\_innovative\\_giugno\\_2022.pdf](https://www.mimit.gov.it/images/stories/documenti/Agevolazioni_startup_innovative_giugno_2022.pdf)

<sup>75</sup> Su questa facoltà, v. O. CAGNASSO, *Note in tema di start-up innovative, riduzione del capitale e stato di crisi (dalla "nuova" alla "nuovissima" s.r.l.)*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2014, p. 7, che legge l'agevolazione in stretta correlazione con l'esenzione dalle procedure fallimentari. Per una lettura critica, cfr. E. FREGONARA, *L'equity based crowdfunding e nuovo modello di finanziamento per le start-up innovative*, op. cit., 2294, secondo la quale il rinvio a nuovo e il differimento della ricapitalizzazione amplia considerevolmente il passivo e pregiudica le possibilità di ripresa, a danno dei finanziatori e investitori. Il fenomeno va così letto nell'ambito di un processo che sta portando a un progressivo indebolimento della funzione di garanzia supplementare svolta dal capitale sociale, su cui v. C.



sembra che possano accedere anche le imprese agricole, non constando norme speciali dedicate all’agricoltura che lo escludano o siano incompatibili.

Passando alle agevolazioni riconosciute alle sole s.r.l., *start-up* e PMI possono aprirsi al mercato del capitale di rischio, attraverso la creazione di categorie di quote da offrire sul mercato anche tramite portali *online*, il che le porta ad avvicinarsi sempre di più alle s.p.a.<sup>76</sup>. Ai sensi dell’art. 26, l’atto costitutivo può ammettere quote fornite di diritti diversi e determinare il contenuto delle varie categorie, fino a prevedere anche quote prive del diritto di voto, con diritti di voto non proporzionali alla partecipazione o, finanche, con diritti di voto limitati a taluni argomenti o subordinati al verificarsi di particolari condizioni. Rompendo così quel legame di proporzionalità tra diritti sociali e partecipazioni, tramite un ampio ricorso all’autonomia privata potrebbero così convivere all’interno della stessa s.r.l. due tipologie di partecipazioni, quelle non serializzate, aderenti al modello tracciato dal codice civile; quelle standardizzate, di investimento, che potrebbero essere oggetto di offerta al pubblico di prodotti finanziari<sup>77</sup>, ricorrendo anche a portali per la raccolta di capitali<sup>78</sup>. In altri termini, grazie alla possibilità di prevedere diverse tipologie di quote e la facoltà di

articolare la base sociale in almeno due categorie di soci, quelli promotori e gestori del progetto innovativo e i meri investitori che confidano nel successo del medesimo, si può conseguire il vantaggio di trasformare la *start-up* in un bacino di investimenti, senza paralizzarne il funzionamento limitando il coinvolgimento dei soci investitori<sup>79</sup>.

Il profilo è di assoluto rilievo, anche per l’impresa agricola, che può così attrarre capitali provenienti da terzi e richiamare l’interesse di diversi investitori, che finora le erano preclusi. In un contesto dettato dal diritto europeo in cui si assiste a una sempre maggiore e progressiva riduzione degli aiuti pubblici di cui l’agricoltura è stata finora destinataria, dove molte imprese lamentano l’attuale scarsità dei sussidi provenienti dalla PAC, cui si accompagnano le ulteriori difficoltà di accesso al sistema bancario nonostante la disciplina speciale prevista per il settore, l’art. 26 del d.l. 179/2012 introduce un ulteriore strumento di finanziamento, che guarda alla ricerca e alla sperimentazione di nuove formule di investimento di capitali, diversi da quelli tradizionali e che, finora, sono stati preclusi alle s.r.l.<sup>80</sup>. D’altronde, il settore agricolo si misura già con complesse strutture per disciplinare gli investimenti di fondi di *private equity* o *venture capital* con notevoli complessità<sup>81</sup>.

Altro aspetto rilevante e sempre connesso a tale profilo, è la possibilità di effettuare operazioni sulle proprie partecipazioni, qualora queste siano concluse in attuazione di piani di incentivazione che prevedano l’assegnazione di quote ai dipendenti, collaboratori o componenti dell’organo amministrativo, prestatori d’opera e servizi professionali<sup>82</sup>. Lungo la stessa direzione, l’atto costitutivo può prevedere che, a seguito dell’apporto da parte di soci o di terzi di opere o servizi, siano emessi strumenti finanziari

MONTAGNANI, *Disciplina della riduzione del capitale: impresa o legislatore in crisi*, in *Giur. Comm.*, 2013, I, p. 759.

<sup>76</sup> Osserva però M. CIAN, *Le start-up innovative a responsabilità limitata: partecipazioni, altri rapporti partecipativi e nuovi confini del tipo*, op. cit., p. 1180, che la struttura organizzativa e partecipativa propria di ogni s.r.l. non può finire per sovrapporsi a quella azionaria. Sul punto v. anche N. ABRIANI, *Quote, categorie di quote e strumenti di finanziari delle s.r.l. PMI: possibilità di razionalizzazione del sistema?*, in P. MONTALENTI – M. NOTARI (a cura di), *Società a responsabilità limitata, piccola e media impresa, mercati finanziari: un mondo nuovo?*, Milano, 2020, p. 79.

<sup>77</sup> Così M. CIAN, *Società start-up e PMI innovative*, op. cit., p. 984 e, lungo la stessa linea, anche E. FREGONARA, *Imprese innovative e nuove fonti di finanziamento - l’equity based crowdfunding: un nuovo modello di finanziamento per le start up innovative*, op. cit., p. 2295. Entrambi gli autori si interrogano su quali limiti incontri l’autonomia privata, ritenendo che debba essere garantita l’uguaglianza dei diritti nell’ambito di ciascuna categoria di quote standardizzate, il divieto del patto leonino e di incorporare in titoli azionari le partecipazioni sociali. Si pongono invece maggiori problemi per ciò che riguarda la maggiorazione dei dividendi e la postergazione delle perdite.

<sup>78</sup> Il meccanismo che si prevede è quello dell’*equity based crowdfunding* che coinvolge la *start-up* offerente, un gruppo di finanziatori e il gestore di un portale che permette l’incontro tra questi due soggetti, proponendo agli investitori strumenti finanziari rappresentativi del capitale sociale, per approfondimenti su questo fenomeno e le sue implicazioni v. il volume di E. FREGONARA, *La start-up innovativa*, op. cit., passim, nonché, per un aggiornamento successivo all’entrata in vigore del d.l. 3/2015, EAD., *Imprese innovative e nuove fonti di finanziamento - l’equity based crowdfunding: un nuovo modello di finanziamento per le start up innovative*, op. cit., p. 2287.

<sup>79</sup> In tal senso E. FREGONARA, *Imprese innovative e nuove fonti di finanziamento - l’equity based crowdfunding: un nuovo modello di finanziamento per le start up innovative*, op. cit., p. 2295.

<sup>80</sup> Parrebbe così da revocare in dubbio la scelta di limitare questa facoltà alle sole imprese innovative ma, allo stesso tempo, è anche opportuno verificare l’uso che queste ne vorranno fare e le criticità che si potrebbero generare prima di consentire un ricorso generalizzato.

<sup>81</sup> V. N. LUCIFERO, *L’accesso al credito da parte delle imprese agricole tra intervento pubblico e iniziative private*, in F. DI MARZIO-S. LANDINI (a cura di), *Il finanziamento dell’impresa agricola*, Milano, 2019, p. 303.

<sup>82</sup> Per E. FREGONARA, *Imprese innovative e nuove fonti di finanziamento - l’equity based crowdfunding: un nuovo modello di finanziamento per le start up innovative*, op. cit., p. 2296 si tratta di operazioni pericolose, da ammettersi solo nell’ottica di aiutare il finanziamento indiretto e sostenere la crescita della società, che dunque dovrebbero essere effettuate, mutuando quanto previsto per le s.p.a., non solo nei limiti degli utili distribuibili e delle riserve disponibili ma anche introducendo limitazioni più rigorose.





forniti di strumenti patrimoniali, o anche amministrativi, con la sola esclusione del diritto di voto (c.d. *work for equity*). Considerata l'esigenza di tutte le imprese appena costituite di limitare i costi di gestione, questi strumenti che possono incorporare specifici diritti patrimoniali costituiscono quindi un'opportunità ulteriore, che spetterà alle imprese agricole decidere se sfruttare o meno, in un contesto in cui il lavoro in agricoltura ha sempre beneficiato di una disciplina di favore, legata anche alla stagionalità dei cicli produttivi<sup>83</sup>.

Passando al tema delle agevolazioni tributarie, e per quanto riguarda le imposte sul reddito e sul patrimonio, sembra doversi ritenere che la disciplina speciale dettata per le imprese agricole sia di maggior favore, dovendo rilevare che né il d.l. 179/2012 né il d.l. 3/2015 contengono previsioni che disciplinino questi ambiti<sup>84</sup>. Senz'altro, le imprese agricole possono poi accedere all'esonero dal pagamento dell'imposta di bollo per l'iscrizione al registro delle imprese.

Sono anche previste agevolazioni a favore dei soggetti che prestano la loro attività o investono in *start-up* e PMI innovative. Tra queste, rileva l'irrilevanza fiscale e contributiva della assegnazione di strumenti finanziari ai propri amministratori, dipendenti o collaboratori<sup>85</sup>, chiarendo che le azioni, le quote e gli strumenti finanziari partecipativi, emessi a fronte dell'apporto di opere e servizi, non concorrono a formare il reddito complessivo del soggetto che effettua l'apporto. Parimenti, è ricono-

sciuta a favore dei soggetti IRES e IRPEF che investono nelle PMI o nelle *start-up* innovative una deduzione e una detrazione correlata all'investimento, purché questo sia mantenuto per almeno due anni. Come è evidente, sono agevolazioni neutre, che non pongono problemi di coordinamento perché vanno a beneficio di chi crede in quel progetto. Certo che, sebbene non dedicate alla società, creano comunque benefici indiretti nella prospettiva in cui favoriscono la partecipazione diretta al rischio, considerazione questa che può essere estesa anche a vantaggio di chi si orienta verso un'impresa agricola.

Sempre tra le agevolazioni vale anche sottolineare l'accesso semplificato al Fondo centrale di garanzia nonché il sostegno al processo di internazionalizzazione da parte dell'Agenzia ICE. Il Fondo centrale di garanzia potrebbe operare a supporto dei servizi di accesso al credito offerti da ISMEA<sup>86</sup>, nella misura in cui offre alle *start-up* una garanzia a titolo gratuito e senza valutazione dei dati contabili del bilancio, che copre fino all'80% dell'ammontare del credito ottenuto fino a un massimo di € 5 milioni. La copertura elevata costituisce un incentivo alla concessione di mutui a favore di imprese che, per il rischio che sono chiamate a gestire, difficilmente potrebbero incontrare la fiducia del sistema bancario<sup>87</sup>. Meno interessante, invece, parrebbe il servizio offerto dall'Agenzia ICE, la quale assicura uno sconto del 30% sui servizi di assistenza erogati e la promozione dei servizi di internazionalizzazione. Per quanto di rilievo, la disciplina dedicata all'agricoltura si sviluppa attraverso un articolato *corpus* di leggi speciali di matrice europea, nazionale e regionale, molto complessa e su cui sono richieste adeguate competenze ed esperienza, per cui spesso le imprese, per ricevere assistenza, si rivolgono di norma alle associazioni di categoria e ad

<sup>83</sup> In questa prospettiva, è da valutare se possano interessare all'impresa agricola anche quelle previsioni che consentono di stipulare contratti a tempo determinato della durata da 6 a 36 mesi, rinnovabili più volte, con la precisazione che, una volta decorsi i 36 mesi, è concesso un rinnovo di ulteriori 12, alla scadenza del quale il contratto si converte in automatico in tempo indeterminato. A tutela dei lavoratori, qualora si accerti che la *start-up* difetti dei requisiti di legge, è prevista la conversione automatica del contratto a tempo determinato in tempo indeterminato. È altresì introdotta la possibilità di accompagnare allo stipendio fisso anche una parte variabile, collegata ad una eterogeneità di parametri quali la redditività dell'impresa o la produttività del lavoratore.

<sup>84</sup> Sul regime tributario cui è sottoposta l'impresa agricola, si rinvia per una ricostruzione aggiornata al volume di F. DI MARZIO – R. GIORDANO (a cura di), *Impresa agricola e fisco*, Milano, 2022. Sugli incentivi fiscali per le *start-up*, cfr. E.M. BAGAROTTO, *Considerazioni critiche sul regime fiscale delle start-up innovative*, in *Dir. prat. trib.*, p. 535, secondo il quale il legislatore avrebbe concentrato i vantaggi fiscali su soggetti diversi dalla *start-up*, mentre sarebbe stato più ragionevole intervenire sulle aliquote di ammortamento dei beni strumentali alla diffusione del progetto innovativo e sul relativo regime di deduzione degli interessi passivi e tassazione delle plusvalenze reinvestite nell'acquisto di tali beni. In argomento, v. anche F. GAVIOLI, *Rafforzate le agevolazioni per start-up e PMI innovative*, in *Pratica fisc. e prof.*, 2017, 3, p. 65.

<sup>85</sup> A condizione che non siano poi riacquistati dalla società emittente o da una controllata o controllante.

<sup>86</sup> Parallelamente ai finanziamenti di ISMEA, va ricordato anche il programma Smart&Start Italia, finanziato da Invitalia. Si tratta di un incentivo nato con l'obiettivo di sostenere la nascita e lo sviluppo di *start-up* innovative mediante l'erogazione di un finanziamento a tasso zero per progetti di sviluppo imprenditoriale con un programma di spesa di importo compreso tra 100mila e 1,5 milioni di euro. Il finanziamento copre, senza alcuna garanzia, fino all'80% delle spese ammissibili; questa percentuale può salire al 90% se la *start-up* è costituita interamente da donne e/o da giovani sotto i 35 anni, oppure se tra i soci è presente un esperto col titolo di dottore di ricerca italiano (o equivalente) che lavora all'estero e vuole rientrare in Italia. Le *start-up* con sede in Abruzzo, Basilicata, Calabria, Campania, Molise, Puglia, Sardegna e Sicilia possono godere di un contributo a fondo perduto pari al 30% del mutuo e restituire così il 70% del finanziamento ricevuto. Il finanziamento va restituito in 10 anni a partire dal 12° mese successivo all'ultima quota di finanziamento.

<sup>87</sup> Così E. FREGONARA, *Imprese innovative e nuove fonti di finanziamento - l'equity based crowdfunding: un nuovo modello di finanziamento per le start up innovative*, op. cit., p. 2303.



organismi appositi che si occupano di internazionalizzazione.

### 7. (segue). La crisi di impresa.

686 Da ultimo, è opportuno prendere in considerazione la normativa sulla crisi di impresa. Il d.lg. 14/2019, entrato in pieno vigore a partire dal 15 luglio 2022, ha parificato la posizione dell'impresa agricola a quella della *start-up* innovativa, ed entrambe sono sottoposte alla disciplina sul sovraindebitamento, mentre nulla dispone con riferimento alla PMI innovativa che segue dunque la disciplina generale<sup>88</sup>.

Punto da cui prendere le mosse è l'art. 2, I co., lett. c), c.c.i.i. che definisce sovraindebitamento lo stato di crisi o di insolvenza in cui si trovano, tra i vari soggetti ivi indicati, anche le imprese agricole e le *start-up* innovative, le quali possono dunque accedere al c.d. concordato minore e alla liquidazione controllata.

Mentre il concordato minore è una procedura che può essere attivata solo dal debitore, l'apertura della procedura di liquidazione controllata oggi può essere chiesta anche da un creditore, laddove ricorrano determinati presupposti<sup>89</sup>. La novità non deve essere trascurata, se solo si considera che le procedure previste dalla l. 3/2012, cui rinvia(va) il d.l. 179/2012, sono azionabili solo su richiesta dell'imprenditore in crisi<sup>90</sup>. Oggi, invece, il c.c.i.i. attribuisce l'iniziativa liquidatoria anche ai creditori, riducendo di fatto quel regime di favore che prima era riconosciuto alle sole *start-up*, con una considerazione che *mutatis mutandis* può essere estesa anche alle imprese agricole<sup>91</sup>. D'altra parte,

<sup>88</sup> Per quanto ai sensi dell'art. 31, del d.l. 179/2012 "la *start-up* innovativa non è soggetta a procedure concorsuali diverse da quelle previste dal capo II della legge 27 gennaio 2012, n. 3", il c.c.i.i. ha radicalmente innovato il settore ed è questa oggi la disciplina da prendere in considerazione. Va comunque rilevato che la L. 3/2015 non rinvia a tale articolo del d.l. 179/2012, dovendosi così concludere che la PMI innovativa è sottoposta alla procedura ordinaria.

<sup>89</sup> Cioè in presenza di un vero e proprio stato di insolvenza e purché l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dall'istruttoria non sia inferiore ad € 50.000,00, così art. 268, II co., c.c.i.i.

<sup>90</sup> Secondo O. CAGNASSO, *Start-up e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 2023, II, p. 461, l'esenzione dal fallimento prevista dall'art. 31 del d.l. 179/2012 era funzionale a tutelare la *start-up* di fronte al rischio di non essere in grado di realizzare il prodotto o il servizio innovativo, senza peraltro sapere se questo potrà avere un successo sul mercato, lasciando alla scelta del debitore decidere se ricorrere o meno alle procedure di esdebitazione di cui alla l. 3/2012.

<sup>91</sup> Vale infatti segnalare che le differenze tra liquidazione controllata e giudiziale sono limitate, ad eccezione dell'esclusione dell'azione revocatoria in caso di liquidazione controllata.

l'esenzione da procedure liquidatorie concorsuali non significa sottrarre l'impresa alle azioni individuali dei singoli creditori, che già prima avrebbero potuto far valere le loro pretese nell'ambito di un processo esecutivo. Tuttavia, mentre le procedure esecutive operano nell'esclusiva ottica della liquidazione dei beni atomisticamente considerati, massimizzando esclusivamente l'interesse del creditore precedente e portando con sé un rischio di cannibalizzazione dell'impresa con conseguente possibile cessazione dell'attività per il venire meno di beni aziendali strategici, le procedure concorsuali, almeno in linea teorica, cercano di contemperare anche altri interessi che possono spaziare dal ruolo che svolge un'impresa a presidio del territorio al contributo che questa può offrire all'economia per l'innovazione promossa<sup>92</sup>.

È poi da ritenersi che tanto la *start-up* quanto l'impresa agricola possono accedere al piano attestato di risanamento, non tanto per i benefici che può portare in termini di esenzione dall'azione revocatoria, cui le società in esame sarebbero comunque sottratte, quanto perché potrebbe essere uno strumento di tutela per gli amministratori, ove coinvolti in azioni per far accertare la loro responsabilità civile o penale<sup>93</sup>. Proseguendo poi nella ricognizione, per la loro ampia formulazione potrebbero venire in rilievo sia gli accordi di ristrutturazione dei debiti quanto le convenzioni di moratoria<sup>94</sup>.

Infine, il d.lgs. 118/2021, da interpretare in continuità con l'art. 2086, II co., c.c. che impone all'imprenditore, sia esso agricolo o commerciale, il dovere di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale, ha introdotto la composizione negoziata, azionabile quando appare ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'attività, con l'aggiunta che, laddove non sia possibile raggiungere l'accordo con i creditori, il debitore potrebbe ricorrere al concordato minore, la liquidazione controllata ma anche il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio.

D'altra parte, stante anche il rischio più elevato che una *start-up* è chiamata a gestire, si rende necessario tutelare l'affidamento del terzo.

<sup>92</sup> Segnala questo aspetto S. CARMIGNANI, *Sul fallimento dell'imprenditore ittico*, in *Fall.*, 2012, p. 1183.

<sup>93</sup> Così O. CAGNASSO, *Start-up e procedure concorsuali*, op. cit., p. 461.

<sup>94</sup> Per una descrizione di tutti gli strumenti qui richiamati si rinvia, per un approccio iniziale, alla principale manualistica, A. JORIO, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2023; S. PACCHI-S. AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, II ed., Bologna, 2022; G. D'ATTORRE, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, II, Torino, 2022.



Tramite questo ampio ventaglio di strumenti, il c.c.i.i. e il d.lg. 118/2021 hanno definitivamente consacrato quell'idea, già da tempo espressa in dottrina<sup>95</sup>, per cui il fenomeno della crisi non è più letto in termini di punizione né è necessariamente attribuibile a responsabilità individuali, ben potendo concorrere anche fattori congiunturali.

Provando però ad essere più concreti, si potrebbe sollevare il dubbio se questo ventaglio di strumenti realizzi quello che è l'interesse di una *start-up* e le esigenze di tutela del ceto creditorio. Oltre al rilievo che il patrimonio di una *start-up* non è sempre facilmente espropriabile perché spesso caratterizzato da valori immateriali quali la composizione del team, il *know-how* e la rete in cui è inserita, sull'altro versante vi è anche l'interesse dei *founders* a non perdere la propria reputazione, garantendo loro processi di liquidazione rapidi (*fail-fast*) e una conseguente ripartenza con una nuova iniziativa (*fresh-start*).

Il profilo, tuttavia, sembra avere poca rilevanza se si prende come riferimento l'impresa agricola, la quale può accedere al regime speciale per tutta la durata della sua vita, e non solo per il primo quinquennio<sup>96</sup>. Analoghe considerazioni si possono fare anche con riferimento all'impresa agricola che assume la qualifica di PMI innovativa, dovendosi ritenere che prevalga la disciplina speciale prevista per la prima rispetto a quella generale cui è invece sottoposta la seconda, pur restando ancora irrisolto il dubbio se la disciplina prevista dal c.c.i.i. sia realmente in grado di soddisfare le particolari esigenze che distinguono l'attività agricola da quella commerciale<sup>97</sup>.

<sup>95</sup> Su tutti, v. G.B. PORTALE, *Dalla «pietra del vituperio» alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, in F. DI MARZIO-F. MACARIO (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi di impresa*, Milano, 2010, p. 3

<sup>96</sup> Sul rapporto tra la vita della *start-up* e gli strumenti di composizione della crisi cui può accedere, v. da ultimo M. SPIOTTA, *Sulla non fallibilità delle start-up*, op. cit., p. 141.

<sup>97</sup> Senza ripercorrere le linee del dibattito, è ormai da ritenersi superata l'idea che leggeva nell'esonazione dal fallimento prevista dall'art. 2221 c.c. un "privilegio mostruoso e incomprensibile" (L. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, Padova, 1957, 226), dovendosi piuttosto ritenere che questa sia progressivamente divenuta una "irragionevole penalizzazione" (A. GERMANÒ, *Ancora sul fallimento dell'imprenditore agricolo (con riferimento all'imprenditore ittico e all'acquacoltore secondo il nuovo d.lgs. 9 gennaio 2012, n. 4)*, in *Dir. giur. agr. alim. amb.*, 2012, p. 328). L'art. 2221 c.c., e l'art. 1 dell'allora vigente r.d. 267/1942, erano stati introdotti in un contesto in cui l'agricoltura non postulava né attività di intermediazione né articolati rapporti con possibili fornitori, e l'esonazione era giustificata sul presupposto che l'insolvenza non avrebbe arrecato un danno significativo all'economia nazionale, una minore esigenza di tutela del credito e una inferiore rilevanza sociale dell'impresa agricola rispetto a quella commerciale. Questi argomenti sono oggi tutti venuti meno e, anzi, l'esposizione del debitore alle singole azioni esecutive individuali rischia di de-

## 8. Profili rimediali. Cenni.

L'accesso alle agevolazioni sopra descritte è subordinato all'iscrizione della società alla sezione speciale del registro delle imprese e al mantenimento dei requisiti, rammentando che l'iscrizione ha natura dichiarativa, si basa su autodichiarazioni rilasciate dal legale rappresentante, avviene automaticamente e il registro può negarla solo laddove riscontri una palese mancanza dei requisiti previsti dalla disciplina.

Riprendendo così l'interrogativo di chi si era chiesto se, oltre al requisito formale dell'iscrizione alla sezione speciale del registro delle imprese, fosse anche necessario che l'attività svolta fosse effet-

terminare una serie di effetti negativi che potrebbero impedire la prosecuzione dell'attività, con conseguenze che dovrebbe sopportare anche l'intera collettività, per l'impatto che ha l'attività agricola sul tessuto economico-sociale rurale. Pertanto, quel cambio di impostazione ideologica che ha portato alla trasformazione del diritto fallimentare in diritto della crisi, richiede di coinvolgere anche l'impresa agricola, senza che però possano passare in secondo piano le ragioni di specialità (A. SCIAUDONE, *La crisi di impresa*, in L. COSTATO-F. ALBISINNI (a cura di), *Trattato breve di Diritto agrario italiano e dell'Unione europea*, op. cit., p. 563). In questo mutamento di prospettiva, poteva essere letto con favore l'art. 23, comma 43 della legge n. 111/2011, a mente del quale, "in attesa di una revisione complessiva della disciplina dell'imprenditore agricolo in crisi e del coordinamento delle disposizioni in materia, gli imprenditori agricoli in stato di crisi o di insolvenza possono accedere alle procedure di cui agli art. 182 bis e 182 ter". Con l'inciso iniziale il legislatore sembrava aver finalmente compreso l'esigenza di prevedere strumenti di soluzione della crisi appositamente dedicati per l'imprenditore agricolo, che fossero differenti da quelli previsti per quello commerciale. Successivamente, la L. 19 ottobre 2017, n. 155, *Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*, ha invitato il governo a rivedere l'intera disciplina concorsuale. Tra i vari criteri che avrebbero dovuto vincolare le decisioni del legislatore delegato, vi era anche quello di prevedere un modello processuale uniforme per accertare lo stato di crisi e di insolvenza, cui sottoporre ogni categoria di debitore "sia esso persona fisica o giuridica, ente collettivo, consumatore, professionista o imprenditore esercente un'attività commerciale, agricola o artigianale". La norma poi proseguiva e specificava che, svolto questo accertamento, sarebbe stato necessario disciplinare "distintamente i diversi esiti possibili, con riguardo all'apertura di procedure di regolazione concordata o coattiva, conservativa o liquidatoria, tenendo conto delle relative peculiarità soggettive e oggettive" (art. 2, lett. e). La genericità della previsione ha lasciato ampi spazi al legislatore delegato, il quale, a discapito delle aspettative riposte nelle dichiarazioni del 2011, non ha invece dedicato all'impresa agricola una disciplina speciale ma si è limitato a estendere alcuni istituti previsti per talune particolari imprese commerciali, creando un raggruppamento unitario ma forse troppo eterogeneo, quanto meno con riguardo all'impresa agricola, oltre impatti del c.c.i.i. per l'impresa agricola, oltre agli Autori già citati, cfr. anche A. JANNARELLI, *La parabola della "specialità" dell'impresa agricola dopo il d.lgs. sulle crisi di impresa: considerazioni critiche*, in *Riv. dir. agr.*, 2019, I, p. 197 e S. CARMIGNANI, *Attività agricola e crisi di impresa*, in *Dir. agroalim.*, 2021, p. 463.



tivamente innovativa, non ritenendo sufficiente la mera dichiarazione di intenti contenuta nello statuto e nella previsione sull’oggetto sociale, una sentenza della Cassazione di luglio 2022 ha accolto la tesi ormai prevalente in dottrina<sup>98</sup> e ritenuto che sia compito del giudice verificare nel concreto la sussistenza dei requisiti di legge<sup>99</sup>, riproponendo in motivazione considerazioni analoghe a quelle già da tempo espresse per l’impresa agricola<sup>100</sup>.

A questo punto, l’interrogativo che si pone non riguarda tanto l’accesso alle procedure concorsuali, nella misura in cui la perdita della qualifica di *start-up* o PMI innovativa non farebbe comunque venire meno la natura di impresa agricola e la conseguente sottoposizione alla disciplina speciale.

Il problema va semmai analizzato con riferimento agli altri benefici cui ha avuto accesso l’impresa e che, laddove non sia effettivamente dotata di una reale capacità innovativa ma lo sia solo staturamente<sup>101</sup>, debbono essere messi in discussione.

Al netto di una responsabilità degli amministratori per le autocertificazioni rilasciate, ci sono alcuni benefici che senza difficoltà potrebbero essere revocati con efficacia retroattiva, quali ad esempio le agevolazioni tributarie di cui la società ha goduto. Relativamente all’attuazione delle misure di protezione del capitale sociale, sembra doversi optare per una soluzione -tutta da costruire a livello interpretativo- che guardi alla conservazione dell’attività di impresa nelle rinnovate vesti di una società che ha dismesso l’abito della innovazione, garantendo che siano rispettate le prescrizioni sulla riduzione del capitale per perdite, eventualmente ipotizzando una rimessione in termini per assumere le conseguenti delibere e portarle a esecuzione.

Parimenti controverso è il tema che attiene all’emissione di quote standardizzate o agli strumenti finanziari emessi dalla s.r.l., come anche il trasferimento delle quote intestate a intermediari, il cui destino all’esito della riqualificazione della società si muove nell’incertezza, pur non potendo passare sottotraccia l’esigenza di costruire soluzioni che tutelino il legittimo affidamento dei terzi che

hanno investito o collaborato nel progetto<sup>102</sup>. A conforto della sopravvivenza, sembra anche rilevare l’art. 31, IV co., d.l. 179/2012 ove si prevede che le clausole inserite nell’atto costitutivo che disciplinano tali quote conservino la loro efficacia anche una volta decorsi i cinque anni di vita della *start-up*, ovviamente con esclusivo riferimento alle quote già sottoscritte e agli strumenti emessi, impedendo che ne possano essere emessi di nuovi<sup>103</sup>.

## 9. Conclusioni.

La riforma dell’art. 2135 c.c. restituisce una nozione di imprenditore agricolo che, nel dare una risposta alle esigenze di quel presente riconducibile al 2001, proietta al contempo l’agricoltura verso il futuro, consentendo che la cura e lo sviluppo del ciclo biologico possa avvenire secondo diverse modalità, dove l’innovazione potrà giocare un ruolo strategico.

L’art. 2135 c.c. consente così all’impresa agricola di darsi un programma e dotarsi di un sistema di *governance* che sia coerente con i requisiti previsti dal d.l. 179/2012 per le start-up innovative, e ciò non tanto perché la previsione sull’oggetto sociale che vincola l’attività della società allo sviluppo, produzione e commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico ha maglie piuttosto elastiche, quanto perché l’innovazione ha caratterizzato l’intera storia dell’agricoltura, rivoluzionando anche quelle che sono considerate modalità più tradizionali, per avere un maggior controllo sui processi produttivi e così contribuendo a una migliore gestione di quel particolare rischio di impresa che caratterizza solo l’attività primaria. D’altra parte, la nuova PAC, nel declinare le finalità di cui all’art. 39 TFUE, chiarisce che l’innovazione è un obiettivo trasversale, che gli Stati membri nei loro piani strategici sono invitati a incentivare tramite l’introduzione di misure dal carattere promozionale.

Pertanto, unitamente alle misure europee di carattere economico per sostenere determinati programmi di innovazione aziendale, la disciplina nazionale sulle start-up e le PMI innovative offre poi un ulteriore supporto, proponendo una serie di in-

<sup>98</sup> In argomento, v. O. CAGNASSO, *Start-up e procedure concorsuali*, op. cit., p. 457; M. SPIOTTA, *Sulla non fallibilità delle start-up*, op. cit., p. 141; F. SIGNORELLI, *Start-up innovative: procedure da sovraindebitamento e Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza*, in *Nuovo dir. soc.*, 2022, p. 1605; G.M. MICELI, *Poteri di controllo del registro delle imprese*, op. cit., p. 124.

<sup>99</sup> Cass., 7 luglio 2022, n. 32491

<sup>100</sup> V. da ultimo A. SCIAUDONE, *La crisi di impresa*, op. cit., p. 563; S. CARMIGNANI, *Le società agricole*, op. cit., p. 453.

<sup>101</sup> L’espressione è mutuata da O. CAGNASSO, *Start-up e procedure concorsuali*, op. cit., p. 459.

<sup>102</sup> M. CIAN, *Società start-up innovative e PMI innovative*, op. cit., p. 979 opta per la sopravvivenza di tali strumenti.

<sup>103</sup> Tema diverso sarebbe il caso in cui la start-up si dovesse convertire in PMI innovativa, nel qual caso l’emissione potrebbe continuare ad avvenire, ma non ci troveremmo nell’ambito di una vicenda patologica della start-up ma in una conversione fisiologica, in argomento v. E. FREGONARA, *Imprese innovative e nuove fonti di finanziamento - l’equity based crowdfunding: un nuovo modello di finanziamento per le start up innovative*, op. cit., p. 2295.





terventi per agevolare la *governance* e che dovrebbero aiutare a perseguire quegli obiettivi di innovazione che la società si è data. D'altronde è innegabile, anche in considerazione di quanto osservato, che agricoltura e innovazione rappresentino un connubio dettato dalla matrice dell'attività di impresa da sempre segnata a ricercare strumenti o metodologie per innovare e migliorare i processi produttivi, diminuire i costi e anche fronteggiare le criticità che l'ambiente o il mercato presentano. In questi termini, la tesi sopra esposta vuole rimarcare il concetto chiave che l'esclusività dell'oggetto sociale è sì riferita alle attività dell'art. 2135 c.c., ma tra queste, possono ben essere comprese la valorizzazione del prodotto o del processo produttivo attraverso l'innovazione, e quindi pure nel contesto delle attività connesse.

Tutto ciò va declinato sulla base delle peculiarità che caratterizzano il mondo dell'agricoltura, dove l'innovazione è con frequenza legata alla prosecuzione di una precedente attività familiare. In un contesto in cui le *start-up* hanno però un alto tasso di mortalità, gli imprenditori potrebbero allora opporre una certa diffidenza, sia per una resistenza culturale che ha sempre caratterizzato il settore, sia per non esporre alle pretese dei creditori importanti asset aziendali, che fanno parte del patrimonio familiare tramandato di generazione in generazione, senza dimenticare quel fondamentale ruolo che gioca l'impresa agricola quale custode del territorio che, in caso di estinzione della attività, cesserebbe di svolgere, con inevitabili conseguenze di carattere collettivo.

Per superare questa diffidenza e le conseguenze negative che si potrebbero registrare a livello collettivo, non è da escludersi che l'impresa innovativa, sia essa *start-up* o PMI innovativa, possa essere uno *spin-off* di una precedente attività tradizionale, eventualmente avvalendosi anche dell'affitto d'azienda, da costruire nel rispetto dei requisiti normativi, ma con l'effetto favorevole che un eventuale insuccesso avrà una portata circoscritta.

Sotto questo profilo, il tema della forma sembra allora assumere una minore rilevanza. Se la distinzione tra *start-up* e PMI si misura, in ultima analisi, sull'applicazione di una differente disciplina in materia di crisi di impresa, e il c.c.i.i. ha ridimensionato le agevolazioni previste in origine per la sola *start-up*, resta fermo che la natura di impresa agricola non è messa in discussione. Per quanto le scelte contenute nel c.c.i.i. non siano esenti da criticità, per la P.M.I. innovativa agricola non potrebbe comunque trovare applicazione quanto previsto per l'impresa commerciale.

Tra i vantaggi che offre la qualifica di *start-up* o PMI innovativa vi è anche potersi affacciare a un

nuovo mercato di finanziamenti, dandosi una *governance* che possa far uscire la società dalla sua posizione di tradizionale isolamento, per renderla un'impresa organizzata e strutturata, pronta ad accogliere nuovi capitali, da investire in attività di ricerca e sviluppo. Il vantaggio, a ben vedere, non è solo dell'impresa ma, nell'ambito del programma tracciato dalla strategia *from farm to fork*, può contribuire a ridurre le distanze con il consumatore, il quale anche lui potrebbe avere l'interesse a investire in un determinato progetto. L'orizzonte di riferimento è e resta quello di una maggiore sostenibilità, non fosse altro perché è lo stesso legislatore europeo, tanto nelle fonti primarie quanto in quelle derivate, in particolare nella PAC, a orientare l'innovazione verso questa direzione.

Come visto, tutto ciò si colloca in perfetto dialogo con la riformulazione dell'art. 2135 c.c., cui si accompagnano le agevolazioni introdotte dal d.l. 179/2012, richiamate anche dal d.lg. 3/2015. Unitariamente lette, le citate previsioni potrebbero rendere l'agricoltura nazionale maggiormente competitiva nel mercato europeo, la cui concorrenzialità è oggi sempre di più orientata a perseguire obiettivi di carattere collettivo, in conformità e aderenza a quell'orizzonte finalistico tracciato dall'art. 39 TFUE ma anche 3 TUE.

A questo punto, è allora importante che sia davvero veicolata l'innovazione, che non potrà essere solo statutaria ma dovrà essere reale ed effettiva. Solo in questo modo i vantaggi di cui ha potuto godere la società, e che sono passati anche attraverso il ricorso a finanziamenti da parte di privati, potranno essere giustificati. Nel contribuire a sostenere un percorso di ricerca e sviluppo, le agevolazioni potranno produrre benefici di cui godrà senz'altro l'impresa agricola, la quale magari ha anche potuto meglio gestire quel rischio biologico che caratterizza la sua attività; al contempo, le stesse agevolazioni possono essere lette come il corrispettivo per ripagare l'impresa per quell'innovazione che ha portato avanti e che è andata a vantaggio dell'interesse comune, influenzando le preferenze dei consumatori e stimolando al contempo la conversione di altri imprenditori verso scelte sempre più sostenibili.





# Commenti





## DIFFAMAZIONE E DISCORSO D'ODIO IN INTERNET

### Note a margine di Cass., [ord.] 16.5.2023, n. 13411

Di Claudia Confortini

| 693

**SOMMARIO:** *1. Libertà d'espressione e social network. - 2. Il ruolo dei cd. Tech Giant nel governo del discorso pubblico online alla luce del quadro regolatorio europeo. - 2.1. Il regime della responsabilità per contenuti illeciti. - 3. Moderazione dei contenuti tra contratto e legge. - 4. Verso una leadership europea nel governo del digitale?.*

*ABSTRACT.* Una recente pronuncia di legittimità (Cass., [ord.] 16.5.2023, n. 13411), nel precisare i limiti del legittimo esercizio del diritto di critica (politica) all'interno di una piattaforma digitale come Twitter (oggi "X"), offre l'occasione per riflettere su problemi che circondano la tutela, nell'ambiente digitale, di diritti fondamentali della persona come la libertà di espressione, la privacy e il diritto a non esser discriminati. Il contributo si sofferma, in particolare, sul ruolo delle maggiori società di tecnologia dell'informazione (cd. Big Tech) nel governo del discorso pubblico online alla luce del quadro regolatorio europeo come modificato dal cd. Digital Services Act (Reg. UE 2022/2065).

*A recent decision (Cass., [ord.] 16.5.2023, no. 13411), in specifying the limits of the legitimate exercise of the right to (political) criticism within a digital platform such as Twitter (now "X"), offers an opportunity to reflect on issues surrounding the protection, in the digital environment, of fundamental personal rights such as freedom of expression, privacy and the right not to be discriminated. The paper focuses, in particular, on the role of major information technology companies (so-called Big Tech) in governing online public speech in light of the European regulatory framework as amended by the so-called Digital Services Act (EU Reg. 2022/2065).*



## 1. Libertà d'espressione e social network.

Un caso di recente portato all'attenzione della Corte di cassazione offre l'occasione per riflettere su problemi che circondano la tutela, nell'ambiente digitale, di diritti fondamentali della persona come, in *primis*, quello di manifestare liberamente il proprio pensiero, informarsi e informare, radicato nell'art. 21 Cost., ma anche il diritto alla *privacy* e a non essere discriminati.

Si dà l'opportunità, in particolare, di analizzare il ruolo che le maggiori società di tecnologia dell'informazione (cd. *Big Tech*) e in specie, i gestori di piattaforme *social* come Meta, Instagram, Tik-Tok o "X" rivestono nel governo del discorso pubblico *online*, alla luce del quadro regolatorio europeo come modificato dal cd. *Digital Services Act*<sup>1</sup>, in un contesto caratterizzato dall'avvenuta migrazione da un Internet delle reti a un Internet delle piattaforme e dalla progressiva crescita di un'economia basata sui dati (cd. "*data driven economy*"<sup>2</sup>).

L'impiego di Internet oggi consente di estrarre, memorizzare, diffondere ed elaborare una mole d'informazioni e dati<sup>3</sup> enorme, influenzando gli stessi paradigmi della conoscenza, sempre meno umana e senziente e sempre più automatizzata e predittiva<sup>4</sup> nonché originando nuove forme di vulnerabilità, legate alla stessa condizione umana al cospetto della potenza dirompente della tecnica<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Il Reg. UE 2022/2065 si applica a decorrere dal 17.2.2024, fatta salva la sua applicazione anticipata nei confronti dei fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi.

<sup>2</sup> Cfr. *European Commission, European Data Market study (SMART 2013/0063)*, IDC, 2016; *Updated European Data Market (EDM) study (SMART 2016/0063)*, 2020; *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, "Costruire un'economia dei dati europea"*, COM/2017/09 final.

<sup>3</sup> Se si guarda alle definizioni legali del diritto europeo, si vede come le parole "informazioni" e "dati" siano spesso impiegate come sinonimi. Una definizione univoca del termine "dati" manca. Eppure, una concettualizzazione da parte dei giuristi sarebbe quanto mai proficua proprio per creare categorie generali (cd. "*future proof*") capaci, di fronte al rischio di obsolescenza normativa, di resistere alle innovazioni tecnologiche. Cfr. S. ORLANDO, *Data vs Capta: intorno alla definizione di dati*, in *Nuovo dir. civ.*, 2022, 4, 19 ss.

<sup>4</sup> Cfr. V. ZENO ZENCOVICH e G. GIANNONE CODIGLIONE, *Ten Legal Perspectives on the 'Big Data Revolution'*, in *Concorrenza e Mercato*, 2016, 23 (Numero speciale *Big Data e concorrenza*, a cura di F. DI PORTO), 29 ss. Sui rischi della «conoscenza artificialmente derivata» v. S. ORLANDO, *Data vs Capta: intorno alla definizione di dati*, cit., 41 ss.

<sup>5</sup> Anche nel dibattito tra giuristi, si è progressivamente diffusa l'idea che la rivoluzione di Internet e l'impiego massivo di sistemi d'intelligenza artificiale sempre più sofisticati abbiano reso la persona umana molto più vulnerabile. Cfr., nella varietà di accenti e prospettive, L. GATT e I.A. GAGGIANO, *Consumers*

Nell'ordinanza che ha dato spunto alle considerazioni affidate a queste pagine (Cass., [ord.] 16.5.2023, n. 13411), i giudici di legittimità, precisando i limiti del legittimo esercizio del diritto di critica politica all'interno di un *social network* come Twitter (oggi "X", una piattaforma *online*<sup>6</sup> d'informazione e *microblogging* con circa 550 milioni di utenti), chiariscono come i peculiari caratteri del mezzo tecnologico adoperato non valgano a giustificare condotte diffamatorie: ciò che è vietato *offline* è vietato *online*.

Il provvedimento, di là dal contenuto specifico, è d'interesse perché sollecita una riflessione sulla necessità di moderare i contenuti nelle piattaforme *online* assicurando l'equo temperamento di contrapposti interessi e insieme sulla difficoltà d'istituire un buon governo di Internet nell'«economia delle piattaforme»<sup>7</sup> ossia in uno

---

*and digital environments as a structural vulnerability relationship*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2022, 2, 8 ss.; M. PÉREZ, ESCOLAR e F. CANET, *Research on vulnerable people and digital inclusion: toward a consolidated taxonomical framework*, in *Univers. Access Inf. Soc.*, 2022, 1059 ss.; A. MOLLO, *La vulnerabilità tecnologica. Neurorights ed esigenze di tutela: profili etici e giuridici*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2021, 1, 199 ss.; B. RABAI, *The role of technology and innovation in digital and social inclusion. The case of disability in a public perspective*, in *Rivista di diritto dei media*, 2022, 1, 199 ss.; P. PASSAGLIA, *La problematica definizione dell'accesso a Internet e le sue ricadute su esclusioni sociali e potenziali discriminazioni*, in *Rivista di diritto dei media*, 2021, 3, 1 ss. In chiave interdisciplinare, invece, possono vedersi B. S. TURNER, *Vulnerability and human rights*, University Park, 2006; O. GIOLO e B. PASTORE (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma (Carocci), 2018. Con particolare riguardo alla vulnerabilità del *data subject*, per una interpretazione del GDPR che riposi sulla consapevolezza dell'esistenza di nuove forme di vulnerabilità nell'età digitale si segnala G. MALGIERI, *Vulnerability and Data Protection Law*, Oxford, 2023, *passim*.

<sup>6</sup> Per una definizione legislativa della locuzione "piattaforma online" si rinvia all'art. 3, lett. i, Reg. UE 2022/2065 sui servizi digitali, che fa riferimento a «un servizio di memorizzazione di informazioni che, su richiesta di un destinatario del servizio, memorizza e diffonde informazioni al pubblico [...]». La categoria, peraltro, al proprio interno non è unitaria: a es., «I cd. *aggregators*, a partire dai motori di ricerca generalisti, hanno caratteristiche autoctone e creano problemi 'locali', in quanto assai diversi da quelli che connotano le *transaction platforms*, come Amazon and the like». Cfr. R. PARDOLESI, *Piattaforme digitali, poteri privati e concorrenza*, in *Dir. pubb.*, 2021, 5, 943-944; G. RESTA, *Digital Platforms and the Law: Contested Issues*, in *Media Laws*, 2018, 1, 232 ss., che auspicava l'accoglimento di una nozione ampia e comprensiva di piattaforma digitale e una regolazione trasversale ai vari settori di attività delle piattaforme *online* (social media, motori di ricerca, sistemi di pagamento ecc.); E. MURATI, *What are digital platforms? An overview of definitions, typologies, economics, and legal challenges arising from the platform economy in Eu*, *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2021, 1, 19 ss.

<sup>7</sup> «Una delle tante definizioni della società attuale è quella di "società delle piattaforme". Pur con tutti i limiti propri di ogni generalizzazione, tra le tante proposte questa è quella che co-



scenario contraddistinto dall'egemonia, in campo non solo commerciale, ma anche sociale e politico, delle (poche) multinazionali che gestiscono infrastrutture tecnologiche d'importanza nevralgica.

*In limine*, forse è bene precisare che un esame esaustivo nel merito della vicenda devoluta all'esame della Suprema Corte non è possibile dal momento che il provvedimento non riporta per intero i contenuti dei *tweet* oggetto del giudizio.

Nelle linee essenziali, a ogni modo, i fatti di causa possono riassumersi in questi termini: la Consob chiama in giudizio davanti al Tribunale di Roma un ex parlamentare chiedendo la sua condanna al risarcimento dei danni sofferti per aver egli messo in atto una campagna denigratoria attraverso comunicati stampa e messaggi su Twitter tesi a ingenerare nell'opinione pubblica il dubbio che l'Autorità avesse agito col fine di difendere gli interessi dei soggetti vigilati, in collusione con taluni operatori del mercato finanziario colpevoli di gravi illeciti.

Il Tribunale di Roma accoglie la domanda e, accertata la natura diffamatoria di alcune delle dichiarazioni incriminate, condanna il convenuto al risarcimento di danni liquidati nella cifra di 15.000,00 euro.

La sentenza viene impugnata, ma la Corte d'appello di Roma conferma la statuizione di primo grado.

L'appellante ricorre per cassazione, lamentando l'omessa considerazione del contesto entro cui le dichiarazioni erano state rese. I giudici di merito, a dire del ricorrente, avrebbero dovuto tenere conto delle caratteristiche della piattaforma sulla quale le dichiarazioni sono state pubblicate e delle modalità (concise e telegrafiche) con le quali le affermazioni circolano sulla stessa.

Nell'articolare i motivi di ricorso, il ricorrente deduce, altresì, che i giudici di merito avrebbero errato nel non considerare il *tweet* scriminato dall'esercizio del diritto di critica politica, dal momento che egli era stato un senatore della Repubblica fino a poco tempo prima.

A detta del ricorrente, le frasi pubblicate su Twitter avrebbero dovuto considerarsi libera manifestazione di un pensiero critico, espresso in relazione alla sua individuale attività istituzionale. In ogni caso, egli ha aggiunto, non si sarebbero potute reputare lesive dell'onore o dell'immagine del resistente.

---

glie, più di ogni altra, un dato caratterizzante il contesto attuale: la centralità del potere assunto dalle piattaforme, in un ambito che non si limita più soltanto al mercato ma investe, più in generale, i diritti civili, sociali e politici». P. STANZIONE, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *I "poteri privati" delle piattaforme*, Torino, 2022, 1.

A questo proposito, i giudici di cassazione non mancano di precisare che l'accertamento della lesività delle dichiarazioni come quello della sussistenza della esimente dell'esercizio di critica politica costituiscono apprezzamenti riservati al giudice di merito insindacabili in sede di legittimità, se sorretti da argomentata motivazione. Il controllo affidato alla Corte di cassazione, in questi casi, si limita alla verifica dell'avvenuto esame, da parte del giudice del merito, della sussistenza dei requisiti della continenza, della veridicità dei fatti narrati e dell'interesse pubblico alla diffusione delle notizie<sup>8</sup>.

In punto di diritto, poi, il collegio ribadisce, in linea con un orientamento consolidato<sup>9</sup>, che contrariamente a quanto assunto dal ricorrente, il legittimo esercizio del diritto di critica – anche in ambito largamente politico – sebbene comprenda il ricorso a toni aspri e di disapprovazione più pungenti e incisivi rispetto a quelli comunemente adoperati nei rapporti tra privati, resta nondimeno condizionato dal limite della continenza intesa come correttezza formale dell'esposizione e non eccedenza dai limiti di quanto strettamente necessario per il pubblico interesse.

Nella formulazione di qualunque giudizio critico, si possono utilizzare espressioni anche lesive della reputazione altrui, purché siano strumentalmente collegate alla manifestazione di un dissenso ragionato<sup>10</sup> dall'opinione o comportamento preso di mira, e non si risolvano, invece, in un'aggressione gratuita e distruttiva dell'onore e della reputazione del soggetto interessato<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Nel senso che l'accertamento della capacità diffamatoria delle espressioni in contestazione è estraneo al giudizio di legittimità v. Cass., 9.6.2022, n. 18631, in *Giust. civ. Mass.*, 2022; Cass., 28.2.2019, n. 5811, in *Giust. Civ. Mass.*, 2019 e *Guida al diritto*, 2019, 40.

<sup>9</sup> Cfr. Cass., 12.4.2022, n. 11767, in *Giust. civ. Mass.*, 2022 e *Diritto & Giustizia*, 2022, 13 aprile; Cass., 27.5.2019, n. 14370, per cui «il limite immanente all'esercizio del diritto di critica politica è, pertanto, costituito dal fatto che la questione trattata sia di interesse pubblico e che comunque non si trascenda in gratuiti attacchi personali»; Cass., 20.1.2015, n. 841, in *Giust. civ. Mass.*, 2015.

<sup>10</sup> L'opinione negativa deve essere adeguatamente motivata. Cfr. A. RICCI, *La reputazione: dal concetto alle declinazioni*, Torino, 2018, 220.

<sup>11</sup> In questo senso cfr. Cass. pen., 10.7.2023, n. 29621, per cui la critica non può trascendere in attacchi personali finalizzati ad aggredire moralmente l'altro. Il dissenso nei confronti dell'avversario politico può essere anche aspro ma non può sfociare in un attacco personale lesivo della dignità morale di questi: «l'espressione "Che schifo di persona! Mi viene da vomitare", utilizzata dal cittadino in riferimento al sindaco, costituisce un argomento rivolto contro la persona e che non rispetta il limite della continenza, sia perché costituisce un'offesa alla persona e non al suo operato politico», per l'appunto, «sia perché è formulata con l'utilizzo di termini apertamente dispregiativi e volgari». E «non si scorge alcuna funzionalità della frase rispetto alla manifestazione di un'opinione sull'operato politico della

Il limite della continenza delle singole espressioni impiegate non può valutarsi in termini meno rigorosi in caso di critica politica: le esternazioni di un parlamentare non sono *legibus solutae*<sup>12</sup>.

Inoltre – chiarisce la Suprema Corte – nel valutare il carattere diffamatorio delle dichiarazioni, la circostanza che esse siano rese tramite un *tweet* è irrilevante giacché a esse deve guardarsi in maniera atomistica, avulsa dal mezzo che le ha veicolate.

Il post in Twitter non si sottrae al necessario rispetto della continenza espressiva e non concretizza una manifestazione del pensiero irresponsabile solo perché veicolata tramite un peculiare mezzo, contraddistinto da forme espressive brevi e per questo, tendenzialmente, assertive e immotivate.

Ciò che è vietato *offline* è vietato *online*. Anzi, proprio in caso di uso dei servizi di una piattaforma come Twitter o di altre equivalenti, vale il limite della continenza: il giudizio che si posta e condivide non può andar disgiunto dal contenuto e dalla forma espressiva.

La stessa satira – che pur costituisce una modalità corrosiva e spesso impietosa del diritto di critica, al punto da esser sottratta, nel paradosso della narrazione, anche all'obbligo di riferire fatti veri – resta soggetta al limite della continenza e della funzionalità delle espressioni o delle immagini rispetto allo scopo di denuncia sociale o politica perseguito<sup>13</sup>.

Né la circostanza che un messaggio sia divulgato tra i *follower* toglie alle dichiarazioni il carattere di pubblicità (in questo senso, in linea di continuità, la cassazione si è pronunciata anche in altra, recente sentenza<sup>14</sup>): il fatto che sul *social-network* i messaggi vengano trasmessi privatamente soltanto a determinati seguaci non ha valore esimente. Si tratta,

persona offesa, quanto una contumelia tesa a far confluire sulla persona, e non già sul politico, il pubblico disprezzo dei lettori del post» pubblicato su 'Facebook'.

<sup>12</sup> Cfr. C. Cost., 1.12.2022, n. 241, in *Guida al diritto*, 2022, 47; C. Cost., 23.3.2018, n. 59, in *Foro it.*, 2018, 5, I, 1463 ss.: «La prerogativa parlamentare di cui all'art. 68, primo comma, Cost., infatti, non può essere estesa "sino a ricomprendere gli insulti – di cui è comunque discutibile la qualificazione come opinioni – solo perché collegati con le "battaglie" condotte da esponenti parlamentari" (sentenza n. 137 del 2001; analogamente sentenza n. 257 del 2002)».

<sup>13</sup> Cfr. Cass. (ord.), 20.3.2018, n. 6919, in *Resp. Civ. Prev.*, 2018, 2, 631.

<sup>14</sup> Cfr. Cass., 26.5.2023, n. 14836, in *Giust. civ. Mass.*, 2023, per cui: «La manifestazione del proprio pensiero sui social network, anche se inizialmente indirizzata ad una cerchia limitata di persone (gli "amici" su facebook) deve comunque avvenire nel rispetto del criterio formale della continenza e, ove sia accertato che abbia contenuti lesivi dell'altrui dignità, può integrare gli estremi della molestia discriminatoria se rivolta verso un determinato gruppo etnico, in quanto è potenzialmente capace di raggiungere un numero indeterminato, o comunque quantitativamente apprezzabile di persone».

infatti, pur sempre di messaggi, affermazioni e giudizi rivolti a un numero indiscriminato (e sempre più rilevante) di persone, sicché in quella cerchia essi sono e restano comunque "pubblici" per definizione.

«In conclusione» scrivono i giudici nell'ordinanza *de quo* «è infondato affermare – come invece assume il ricorrente – che nell'attuale contesto sociale l'utilizzo di un social-network, e segnatamente di twitter, consentendo di esprimere e condividere brevi ma incisivi messaggi di testo, imponga una valutazione dei medesimi in modo meno rigoroso quanto al necessario rispetto dei noti limiti che circondano l'esercizio del diritto di critica. Va di contro affermato l'opposto principio: l'uso di una piattaforma come twitter, o altre equivalenti, implica l'osservanza del limite intrinseco del giudizio che si posta in condivisione, il quale, come ogni giudizio, non può andar disgiunto dal contenuto che lo contraddistingue e dalla forma espressiva».

Il contenuto della decisione che si è sinteticamente riassunta appare condivisibile dal momento che non è seriamente immaginabile di riservare ai privati una *safe harbour* sol che essi scelgano di affidare le proprie dichiarazioni a un social come Twitter ("X"): *online* come *offline* della libertà di espressione è ammesso e tutelato l'esercizio, ma è vietato e sanzionato l'abuso<sup>15</sup>.

Non si possono invocare diritti costituzionali — come la libertà di espressione — al fine di farne un utilizzo incostituzionale. Lo stesso art. 17 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo vieta di avvalersi di una libertà come quella di manifestare il proprio pensiero liberamente, protetta dal precedente art. 10, per mettere in pericolo altri diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione stessa<sup>16</sup>.

Già a metà del secolo scorso, del resto, Karl Popper ammoniva: una tolleranza indiscriminata porterebbe a esser travolti e dominati dalle frange intolleranti della collettività. Sicché l'intolleranza nei confronti dell'intolleranza stessa è necessaria, se si vogliono preservare i caratteri fondanti di una società aperta. In nome della tolleranza, scriveva Popper in *La società aperta e i suoi nemici*, dovremmo

<sup>15</sup> Oramai «il mondo digitale *online* trabocca nel mondo analogico *offline*, con il quale si sta mescolando [...]. In misura crescente conduciamo le nostre vite *onlife*». Cfr. L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017, 47.

<sup>16</sup> In base all'art. 17 CEDU: «Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione».



proclamare «il diritto di non tollerare gli intolleranti»<sup>17</sup>.

Nessuna società democratica può accogliere il principio della tolleranza in termini assoluti e illimitati, se non al costo di mettere a repentaglio i capisaldi alla base della propria sopravvivenza.

Si rende, allora, opportuno mettere in atto meccanismi di autodifesa o protezione, come hanno fatto le democrazie europee, memori dell'esperienza dei regimi totalitari: le cd. democrazie "protette" respingono le ideologie estremiste che inneggiano all'odio e alla violenza e tengono fuori dall'arco costituzionale le forze politiche che le incarnano.

Persino negli USA – dove pure il Primo Emendamento della Costituzione impone al potere statuale di astenersi dal turbare l'esercizio della libertà di espressione («*Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech, or of the press*») e l'idea ancora oggi culturalmente dominante<sup>18</sup> è che «*the remedy for speech that is false is speech that is true*»<sup>19</sup>: nel «*free marketplace of ideas*»<sup>20</sup>, la *content regulation* (a livello giudiziario o legislativo) non porterebbe benefici superiori rispetto all'incondizionato dispiegarsi della libertà di espressione<sup>21</sup> – uno Stato può, in base alla cd. «*clear and present danger doctrine*»<sup>22</sup>, vietare discorsi che

incitano alla violenza o a violare la legge se tale propaganda sia diretta a incitare o determinare un'imminente<sup>23</sup> condotta illecita e sia probabile che inciti o determini tale condotta. Minacce o istigazioni alla violenza, dunque, non potrebbero beneficiare della copertura costituzionale, ove siano dirette a causare un imminente pregiudizio per la tenuta democratica del sistema e sia probabile che lo provochino come nel caso, per esempio, della diffusione di comunicati da parte di organizzazioni terroristiche o della divulgazione a opera di Governi stranieri di *fake news* capaci d'interferire col fisiologico funzionamento di processi democratici quali le elezioni politiche.

## 2. Il ruolo dei cd. *Tech Giant* nel governo del discorso pubblico online alla luce del quadro regolatorio europeo.

Se per la sopravvivenza stessa di una società democratica è necessario respingere ideologie estremiste che inneggino all'odio o alla violenza e moderare il discorso pubblico (*offline* come *online*), assicurando un equo temperamento tra diritti fondamentali, è di tutta evidenza come l'attuazione di diritti della persona quali la libertà d'espressione e d'informazione, che implica libertà e pluralismo dei media, il diritto alla vita privata e alla protezione dei dati, il diritto alla non discriminazione o quello all'onore e la stessa salvaguardia di valori democratici essenziali, oggi, dipendano, sempre più, dalle condotte dei gestori delle più grandi piattaforme digitali<sup>24</sup>.

Esemplare, in questo senso, è la vicenda che ha visto protagonista, negli Usa, Donald Trump: dopo l'assalto dei suoi sostenitori al Congresso, avvenuto il 6 gennaio 2021, Twitter, effettuando un bilanciamento tra libertà d'espressione e interesse alla pubblica sicurezza, ha deciso di disattivare permanen-

*ected to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action».*

<sup>23</sup> «*no danger flowing from speech can be deemed clear and present, unless the incidence of the evil apprehended is so imminent that it may befall before there is opportunity for full discussion. If there be time to expose through discussion the falsehood and fallacies, to avert the evil by the processes of education, the remedy to be applied is more speech, not enforced silence».* Cfr. *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 377 (1927) (Brandeis, J., *concurring*).

<sup>24</sup> Cfr. l'imprevedibile analisi di J.M. BALKIN, *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation*, *U.C. Davis L. Rev.*, 2018, 1149 ss. e già ID., *Old-School/New-School Speech Regulation*, *Harv. L. Rev.*, 127 (8), 2014, 2296 ss.; ID., *To Reform Social Media, Reform Informational Capitalism*, in L.C. BOLLINGER e G.R. STONE (a cura di), *Social Media, Freedom of Speech and the Future of our Democracy*, New York, 2022, 233 ss.

<sup>17</sup> «Se estendiamo l'illimitata tolleranza anche a coloro che sono intolleranti, se non siamo disposti a difendere una società tollerante contro l'attacco degli intolleranti, allora i tolleranti saranno distrutti e la tolleranza con essi. [...] dovremmo quindi proclamare, in nome della tolleranza, il diritto di non tollerare gli intolleranti. Dovremmo insomma proclamare che ogni movimento che predica l'intolleranza si pone fuori legge e dovremmo considerare come crimini l'incitamento all'intolleranza e alla persecuzione, allo stesso modo che consideriamo un crimine l'incitamento all'assassinio, al rapto o al ripristino del commercio degli schiavi». K. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici, vol. I: Platone totalitario*, Roma, 2004.

<sup>18</sup> Un'idea maturata sul terreno offerto dalle teorie liberiste di J. MILTON, *Aeropagitica. A speech of Mr. John Milton for the liberty of unlicensed printing to the Parliament of England*, London, 1644 (il testo, pubblicato in Italia, per la prima volta, nel 1933 dalla casa editrice Gius. Laterza & figli nella traduzione di Salvatore Breglia, è stato di recente riedito, con prefazione di Claudio Signorile, su *Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione*, 2021, 2, 15 ss.) e J.S. MILL, in *On Liberty*, Gertrude Himmelfarb ed., 1985.

<sup>19</sup> *U.S. v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012).

<sup>20</sup> S. INGBER, *The Marketplace of Ideas: A Legitimizing Myth*, in *Duke Law Journal*, 1984, 1, 2 ss.

<sup>21</sup> In chiave critica, v. R. SUNSTEIN, *Does the Clear and Present Danger Test Survive Cost-Benefit Analysis?*, *Cornell L. Rev.*, 2020, 104, 1775 ss. In arg., nella letteratura italiana, cfr. O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, *Media Laws*, 2018, 1, 55; V. G. PITRUZZELLA e O. POLLICINO, *Disinformation and hate speech*, Bocconi University Press, 2020, VI, 168.

<sup>22</sup> Cfr. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 447 (1969): «*[T]he constitutional guarantees of free speech and free press do not permit a State to forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is di-*

temente l'*account* dell'ex Presidente per il rischio di ulteriori incitamenti alla violenza.

È indubbio che spazi di comunicazione telematica come *social network* e *blog* siano oramai luoghi di esercizio del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, incardinato nell'art. 21 della Costituzione italiana, nell'art. 10 della Convenzione EDU e nell'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali UE<sup>25</sup>.

I *social network*, in particolare, sono capaci di porre in relazione un numero indiscriminato di persone; consentono di comunicare in modo immediato e interattivo e tuttavia, destano preoccupazione per il potenziale impatto negativo che può derivare dalla diffusione, sulla piattaforma, di contenuti illeciti (es. materiale pedopornografico, istigazioni a delinquere ecc..) o anche semplicemente da una progettazione dei servizi asservita a modelli di *business* che mirano a massimizzare il profitto col ricorso a sofisticate tecniche di *neuromarketing*<sup>26</sup>; la formulazione di offerte d'acquisto e messaggi pubblicitari sempre più personalizzati<sup>27</sup> attraverso pratiche di

«*microtargeting*» e «*price differentiation*»<sup>28</sup> (di per sé, non vietate)<sup>29</sup>.

Mediante la profilazione<sup>30</sup>, il *web* è in grado di conoscere con esattezza i bisogni umani e scommettere sui comportamenti futuri degli utenti, minimizzando il rischio d'impresa e massimizzando automazione e profitti per un'efficienza economica massima<sup>31</sup>.

Questo modello di *business* è fonte di molteplici rischi per la persona: *in primis*, di manipolazione, esclusione e discriminazione<sup>32</sup>. Ne va degli stessi equilibri democratici e di giustizia sociale: non si può seriamente pensare di affidarli al singolo contratto o alla singola operazione economica<sup>33</sup>.

La rivoluzione di Internet e l'impiego massivo di sistemi d'intelligenza artificiale sempre più sofisticati hanno reso l'essere umano molto più vulnerabile. A nessuno sfugge più come le società di tecnologia dell'informazione cd. *over the top* esercitino uno strapotere in ambito non solo commerciale, ma anche politico, proprio perché dispongono d'infrastrutture tecnologiche, indifferenti ai confini nazionali<sup>34</sup>, le quali offrono un ambiente vastissimo in cui scambiare informazioni e opinioni, ma anche

<sup>25</sup> Cfr. Cass. pen., S.U., 29.1.2015, n. 31022, in *Cass. Pen.*, 2015, 10, 3437 ss., con nota di L. PAOLONI, *Le Sezioni unite si pronunciano per l'applicabilità alle testate telematiche delle garanzie costituzionali sul sequestro della stampa: ubi commoda, ibi et incommoda?*; *Giur. Cost.*, 2015, 3, 1055 ss., con nota di L. DIOTALLEVI, *La Corte di cassazione sancisce l'«equiparazione» tra giornali cartacei e telematici ai fini dell'applicazione della disciplina in materia di sequestro preventivo: un nuovo caso di «scivolamento» dalla «nomofilia» alla «nomopoesi»?*; *Dir. inform.*, 2015, 6, 1041 ss., con nota di G. CORRIAS LUCENTE, *Le testate telematiche registrate sono sottratte al sequestro preventivo. Qualche dubbio sulla «giurisprudenza legislativa»*; *Resp. civ. prev.*, 2015, 6, 2002 ss.; *Guida dir.*, 2015, 38, 82 ss. con nota di C. MELZI D'ERIL e E. VIGEVANI, *Il sequestro di una pagina web può essere disposto imponendo al service provider di renderla inaccessibile*. La S.C. ha ivi chiarito come questi nuovi mezzi, informatici e telematici, di manifestazione del pensiero (forum, blog, newsletter, pagine Facebook...) non possano essere ricompresi nel concetto di «stampa», sebbene interpretato in modo evolutivo e costituzionalmente orientato, lì dove invece il termine «stampa» inteso in senso ampio comprende i giornali telematici che affollano l'ambiente virtuale.

<sup>26</sup> In arg., si segnala il recente e ampio contributo di S. GUIDA, *Affrontare il potere della neurotecnologia: il neuromarketing tra azzardo morale, impatti sulla personalità dell'utente e tutela dei neurodiritti*, *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2023, 1, 1 ss.

<sup>27</sup> Cfr., a es., R.M. WEISS e A.K. MEHROTRA, *Online Dynamic Pricing: Efficiency, Equity and the Future of E-Commerce*, in *Virginia Journal of Law & Technology*, 2011, 6, 11; O. LYNKEY, H.W. MICKLITZ e P. ROTT, *Personalised Pricing and Personalised Commercial Practices*, in N. HELBERGER et al., *EU Consumer Protection 2.0: Structural asymmetries in consumer markets*, 2021, disponibile al link [https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/beuc-x-2021-018\\_eu\\_consumer\\_protection\\_2.0.pdf](https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/beuc-x-2021-018_eu_consumer_protection_2.0.pdf), 92 ss.

<sup>28</sup> Cfr. OECD, *Personalised Pricing in the Digital Era. Background Note by the Secretariat*, 28 November 2018, consultabile al link [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)13/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)13/en/pdf).

<sup>29</sup> Cfr. R. MONTINARO, *I sistemi di raccomandazione nelle interazioni tra professionisti e consumatori: il punto di vista del diritto dei consumi (e non solo)*, in *Questa rivista*, 2022, 3, 73.

<sup>30</sup> In base all'art. 4.4 GDPR per «profilazione» s'intende: «qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere 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». In dottrina, cfr. R. MESSINETTI, *Trattamento dei dati per finalità di profilazione e decisioni automatizzate*, in N. ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Padova, 2019, 167 ss.

<sup>31</sup> M. FERRARIS, *Documanità*, Bari-Roma, 2021, 62.

<sup>32</sup> Sui rischi, in particolare, di discriminazione e compromissione dell'autodeterminazione della persona legati all'impiego, nelle comunicazioni commerciali ai consumatori, di algoritmi che orientano la scelta di contenuti informativi disponibili online, sulla base della previsione degli interessi e delle preferenze degli utenti, impiegando una mole notevole di dati (cd. *recommender* o *recommendation systems*) cfr. R. MONTINARO, *I sistemi di raccomandazione nelle interazioni tra professionisti e consumatori: il punto di vista del diritto dei consumi (e non solo)*, cit., 375 ss.

<sup>33</sup> Sul concetto di operazione economica la letteratura è assai estesa. Ci si limita a segnalare il recente contributo di E. GABRIELLI, voce «Operazione economica», in G. D'AMICO (diretto da), *I tematici*, I-2021, *Il contratto*, Enc. dir., Milano, 2021, 729 ss.

<sup>34</sup> Con riferimento alle piattaforme online, si parla di «*private transnational legal orders*». Cfr. F. BASSAN, *Digital Platforms and Global Law*, Cheltenham, 2021, 84 ss.



estrapolare, memorizzare e aggregare una enorme quantità di dati e frammenti di dati riguardanti gli utenti (*i.e.* il petrolio della moderna algocrazia<sup>35</sup>): informazioni destinate a esser sottoposte a trattamenti automatizzati col rischio di seri pregiudizi per la dignità e la stessa identità umana. Proprio come il petrolio ha molti impieghi produttivi, ma è anche causa d'inquinamento così un'economia basata sulla estrazione<sup>36</sup>, memorizzazione ed elaborazione di enormi quantità di dati (*Big Data*)<sup>37</sup> può portare grandi benefici all'umanità, ma è al contempo foriera di serie minacce per la *privacy*, legate a possibili (e invero frequenti) perdite di dati (cd. *data spill*), ma soprattutto alla privazione della riservatezza quale mezzo di realizzazione della personalità di ciascun individuo (cd. *glass house effect*)<sup>38</sup>.

Le cd. *Big Tech*, individuate con l'acronimo G.A.F.A.M.<sup>39</sup>, sono centri di straordinaria concentrazione di potere, conoscenza e ricchezza, estranei a qualsivoglia circuito democratico<sup>40</sup>.

Di fatto, si tratta di soggetti privati<sup>41</sup> con poteri para-statali<sup>42</sup>, in passato esercitati per mano di autorità pubbliche, giudiziarie o amministrative<sup>43</sup>.

<sup>35</sup> Faceva menzione dei rischi legati alla "dittatura dell'algoritmo" S. RODÒTA, in *Il mondo della rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari, 2014; più di recente, v. E. CALZOLAIO (a cura di), *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*, Padova, 2020, *passim*.

<sup>36</sup> Si parla, a proposito, di *data mining*. Cfr. U.M. FAYYAD-G. PIATETSKY-SHAPIRO -P. SMYTH, *From data mining to knowledge discovery: an overview*, in U.M. FAYYAD (Ed.), *Advances in Knowledge Discovery and Data Mining*, Menlo Park, CA, 1996.

<sup>37</sup> V. ZENO ZENCOVICH, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *Media Laws*, 2018, 2, 32 ss.

<sup>38</sup> Cfr. *Personal Data: The "New Oil" of the 21st Century, Panel Discussion of the World Economic Forum on Europe & Central Asia* (June 9, 2011), reperibile al link <http://www.weforum.org/sessions/summary/personal-data-new-oil-21st-century>; D.D. HIRSCH, *The Glass House Effect: Big Data, The New Oil, and the Power of Analogy*, *Me. L. Rev.*, 2014, 66, 373 s.

<sup>39</sup> Google, Apple, Facebook, Amazon e Microsoft.

<sup>40</sup> Per un'analisi dei tratti della cd. *surveillance economy* e dei rischi collegati a un capitalismo che sta minacciando la sovranità del popolo, espropriando dei suoi diritti fondamentali v. S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism. The fight for a human future at the new frontier of power*, Public Affairs, New York, 2019. Critica, invece, l'idea che il *web* sia espressione di un capitalismo di sorveglianza M. FERRARIS, *Documanità*, cit., 32 ss.

<sup>41</sup> Sul possibile inquadramento teorico delle piattaforme *online* quali formazioni sociali *ex art. 2 Cost.* o luoghi aperti al pubblico anche alla luce dell'esperienza statunitense v. M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, *Riv. it. inform. e dir.*, 2019, 1, 43 ss.

<sup>42</sup> Giuridicamente, possono concepirsi come enti: si tratta di imprese che, nell'esercizio dell'autonomia privata, usano un potere normativo nei confronti degli utenti (professionisti e consumatori) come qualsiasi altra impresa. Tuttavia «sono an-

Le «*community*» che i giganti della tecnologia dell'informazione virtualmente ospitano sulle proprie piattaforme *online*, entro una prospettiva istituzionalista<sup>44</sup>, appaiono come ordinamenti autonomi, con proprie regole e sanzioni, propri organi di giustizia interna e meccanismi di *enforcement*<sup>45</sup>.

Le società di tecnologia dell'informazione cd. *over the top* (come Facebook, "X" o YouTube), mosse dall'intento di creare un ambiente digitale che rifletta le aspettative degli utenti, a tutto vantaggio del margine di profitto, sono le prime a ergersi come promotrici di valori di non discriminazione, tolleranza e rispetto nonché della libertà di espressione nel mondo *online*, rivendicando per sé, quali forme di organizzazione della società civile, un ruolo fondamentale nel governo di Internet<sup>46</sup> e specialmente, nella moderazione dei contenuti<sup>47</sup>. Così, nell'esercizio della libertà d'impresa – radicata, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, nell'art. 41 della Cost. – e della propria autonomia contrattuale, si riservano sia il potere di stabilire (*ex ante*) in termini generali e astratti, attraverso le condizioni generali di contratto, quali contenuti ospitare e quali escludere dallo spazio condiviso della piattaforma, poiché d'incitamento all'odio, razzisti ecc. sia il potere di decidere (*ex post*) nel caso concreto, all'esito di procedure interne di con-

cor più temibili sia per la loro posizione sul mercato, che le fa assimilare agli oligopolisti, sia per la loro attività nel mondo della comunicazione, che le fa assimilare a veri e propri Stati»: G. ALPA, *Sul potere contrattuale delle piattaforme digitali*, *Contr. impr.*, 2022, 3, 727. Pur analizzando le dinamiche di «sovraposizione tra sfera pubblica per la manifestazione del pensiero e dimensione privata del rapporto tra utenti e social network» reputa «preferibile resistere fermamente a ogni velleità di qualificazione in senso pubblicistico dei social network» M. BASSINI, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati"*. *Spunti di comparazione*, *Riv. it. inform. e dir.*, 2021, 2, 43 ss.

<sup>43</sup> M. BASSINI, *Fundamental rights and private enforcement in the digital age*, in *European Law Journal*, 2019, 25 (2), 186.

<sup>44</sup> Il riferimento è ovviamente a S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, [prima ed. 1917-1918], Macerata, 2018; W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, [prima ed. 1929], Macerata, 2018.

<sup>45</sup> Nella diffusione delle *community* che si formano all'interno delle piattaforme digitali, la teoria istituzionalista dell'organizzazione trova un nuovo banco di prova. Cfr. A. QUARTA, *L'espulsione del socio dal partito tra risoluzione e sanzione: nuovi profili civilistici della disattivazione dell'account*, in P. SIRENA e A. ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma, 2018, 90.

<sup>46</sup> Lo si evince anche da una lettura del codice di condotta per lottare contro le forme illecite di incitamento all'odio *online* adottato dalla Commissione Europea nel 2016.

<sup>47</sup> Ove si discorre di moderazione dei contenuti si vuole alludere all'insieme di quei meccanismi di regolazione che, nella combinazione tra autonomia privata ed eteronomia, strutturano la partecipazione a una comunità su una piattaforma *online*, col fine di prevenire e contrastare abusi. Cfr. J. GRIMMELMANN, *The Virtues of Moderation*, in *Yale Journal of Law and Technology*, 2015, 17, 42 ss.



*tent moderation*, quali contenuti rimuovere perché giudicati contrari alle condizioni d'uso del servizio. Di fatto, il gestore di una piattaforma ha il potere di *regolare* i termini della prestazione del servizio, predisponendo le condizioni generali del contratto con l'utente; *controllare* l'applicazione degli stessi, affidandosi a *team* di revisori e soprattutto, a sistemi d'intelligenza artificiale; *arbitrare* eventuali controversie che possano scaturire nell'esecuzione del contratto (si pensi al ruolo dell'*Oversight Board* di Facebook: un comitato, dalla composizione variegata, deputato a esaminare i ricorsi degli utenti su decisioni riguardanti i contenuti).

Generare e preservare la fiducia degli utenti nella sicurezza di un ambiente digitale "controllato", che presenti pochi rischi e meccanismi di funzionamento prevedibili<sup>48</sup> è, infatti, interesse primario del gestore di una piattaforma *online*, che all'uopo si ammanta della prerogativa di bilanciare interessi potenzialmente in conflitto, avocando a sé poteri autoritativi para-statali: nelle vesti di *autorità private*<sup>49</sup>, i cd. *Tech Giant* sono in condizione sia di dettare *unilateralmente* i termini d'uso del servizio sia di applicarli *autoritativamente*, bilanciando nelle proprie decisioni diritti e libertà fondamentali<sup>50</sup>.

Sino a ora, i gestori di piattaforme *online* hanno esercitato i propri poteri decisionali in veste di autorità private *di fatto* ossia in virtù – non di peculiari prerogative giuridiche, bensì – di «comuni posizioni giuridiche di libertà e di autonomia ugualmente spettanti ai privati»<sup>51</sup>: facendo leva sulle condizioni generali d'uso della piattaforma. A seguito dell'entrata in vigore del regolamento sui servizi digitali, tuttavia, sembrano aver assunto – come si vedrà – la veste di autorità *di diritto*<sup>52</sup>.

Formalmente, è indubbio che gli individui soggiacciono alle decisioni del gestore del servizio per aver accettato i termini e le condizioni d'uso; sostanzialmente, però, l'autonomia contrattuale

dell'aderente è assai evanescente<sup>53</sup>, per la presenza di monopoli naturali e asimmetrie informative.

Nella prospettiva dell'analisi economica del diritto, è chiaro come, ove i costi legati all'acquisizione d'informazioni siano superiori ai vantaggi che possano trarsi, l'aderente preferisca "chiudere gli occhi" e accettare le condizioni contrattuali, conformandosi al comportamento di gruppo. Ciò, peraltro, è tanto più verosimile che accada lì dove non sia richiesta una controprestazione in denaro per il servizio offerto e la contropartita consista nella "cattura" di dati dell'utente, come è accaduto fino a ora nel modello di *business* adottato dalle multinazionali che gestiscono le maggiori piattaforme digitali<sup>54</sup>.

In questo quadro, la domanda da porsi è se e in quale misura le tecnologie digitali favoriscano l'esercizio arbitrario di poteri che possano compromettere quell'autonomia individuale che è alla base dello stato di diritto<sup>55</sup> e come si possano contenere simili, indesiderabili effetti dell'impiego delle tecnologie digitali.

Come accennato, deve anche considerarsi che il *vulnus* potenzialmente conseguente alle decisioni del gestore di una piattaforma non riguarda soltanto i diritti del singolo utente, ma anche interessi generali, dati il ruolo e la forza che le piattaforme *online* hanno sul piano economico e sociale<sup>56</sup>.

Oscurando l'*account* dell'esponente di un partito politico, per esempio, Facebook può impedirne la partecipazione dibattito pubblico, incidendo su un

<sup>53</sup> Come la «*deep mediatization*», nella società delle piattaforme digitali, limiti (con l'autonomia negoziale) l'autodeterminazione individuale è ben messo in luce, dal punto di vista della scienza della comunicazione, nell'analisi di A. HEPP, *Deep Mediatization*, London and New York (Routledge), 2020, 194 ss., spec. 197.

<sup>54</sup> Cfr. R. PARDOLESI, in *Piattaforme digitali, poteri privati e concorrenza*, cit., 950 ss. A proposito del riconoscimento normativo del "valore monetario" dei dati raccolti in conformità del GDPR e della loro funzione di "remunerazione" della fornitura di servizi di comunicazione elettronica cfr. S. ORLANDO, *Il coordinamento tra la direttiva 2019/770 e il GDPR. L'interessato-consumatore*, in *Questa rivista*, 2023, 2, 222 ss.; V. RICCIUTO, *Lo scambio dei dati con i contenuti e i servizi digitali: una nuova modalità di contrarre?*, *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2023, 1, 23 ss.; ID., *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*, cit., 95 ss.

<sup>55</sup> O. POLLICINO, *Costituzionalismo, privacy e neurodiritti*, *Rivista di diritto dei media*, 2021, 2, 12.

<sup>56</sup> «la dimensione digitale, propiziando un "extreme return to scale", amplificando a dismisura le esternalità di rete e creando *ex novo* il "potere dei dati", ha innescato minacce fondamentalmente diverse da quelle con cui ci si è misurati nel passato», R. PARDOLESI, *Piattaforme digitali, poteri privati e concorrenza*, cit., 942.

<sup>48</sup> Cfr. T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLEL, *The Legal Anatomy of Electronic Platforms*, in *Ital. Law Journ.*, 2017, 162 ss.

<sup>49</sup> Ci riferisce qui alle "autorità private" per indicare quei casi nei quali un privato ha il «potere di imporre giuridicamente ad altri le proprie decisioni». Cfr. C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 4 ss. Per una lettura dell'opera di Cesare Massimo Bianca che tiene conto dei mutamenti introdotti dall'avvento di Internet e identifica tra le autorità private proprio gli ISP v. S. MARTINELLI, *L'autorità privata del provider*, in P. SIRENA e A. ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, cit., 555 ss.

<sup>50</sup> G.E. VIGEVANI, *Piattaforme digitali private, potere pubblico e libertà di espressione*, *Dir. cost.*, 2023, 1, 41 ss.

<sup>51</sup> C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., 56.

<sup>52</sup> Sulla distinzione tra autorità private di diritto e di fatto cfr. C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., 4 ss.





valore democratico fondamentale come il pluralismo del pensiero<sup>57</sup>.

Si comprende allora come, in questo contesto, si sia molto discusso di efficacia orizzontale dei diritti fondamentali nell'età digitale<sup>58</sup>.

La potenza della tecnologia impiegata – capace di replicare e diffondere un contenuto su una scala di grandezza in passato inimmaginabile (*viralità*), assicurando un servizio caratterizzato da *ubiquità* – fa della piattaforma *online* un potenziale mezzo di

gravi pregiudizi sia individuali sia collettivi<sup>59</sup>. E ad accrescere i rischi per la tutela dei diritti fondamentali, dalla libertà di pensiero all'autodeterminazione è proprio la circostanza che le più grandi piattaforme digitali occupino posizioni oligopolistiche o di monopolio sul mercato<sup>60</sup>.

Nell'ambito dell'*e-commerce*, la disattivazione di un *account* su una piattaforma come *eBay* rappresenta, a esempio, una condotta potenzialmente lesiva dell'immagine, del posizionamento sul mercato nonché della sopravvivenza stessa dell'impresa che ivi operi<sup>61</sup>.

Il passaggio da un Internet delle reti a un Internet delle piattaforme ha comportato una migrazione da un ambiente decentralizzato in cui la libertà sembrava essere norma, a un'economia centralizzata e chiusa, controllata da pochi attori privati, ove la libertà appare molto più precaria e l'autonomia privata delle multinazionali dell'*information technology* aspira a farsi potere ordinativo tendenzialmente au-

<sup>57</sup> Sono fin troppo note le vicende giudiziarie che hanno coinvolto Casa Pound. Cfr., sull'istanza *ex art. 700 c.p.c.*, Trib. Roma, (ord.) 12.12.2019, n. 59264, in *Danno resp.*, 2020, 487 con nota di A. QUARTA, *Disattivazione della pagina Facebook. Il caso CasaPound tra diritto dei contratti e bilanciamento dei diritti*; in *Dir. inf.*, 2020, 104 ss., con nota di B. MAZZOLAI, *La censura su piattaforme digitali private: il caso Casa Pound c. Facebook*; in *Dir. Internet*, 2020, 63 ss., con nota di A. VENANZONI, *Pluralismo politico e dibattito pubblico alla prova dei social network*; in sede di reclamo, Trib. Roma, 29.4.2020, in *Foro it.*, 2020, 2889 ss. e poi, Trib. Roma, 5.12.2022, n. 17909, in *Dejure*, in cui si passano in rassegna fonti di diritto interno e internazionale, a partire dalla cd. legge Mancini e dalla cd. legge Scelba, dalle quali derivano limiti alla libertà di manifestazione del pensiero nel bilanciamento con altri diritti fondamentali. Sul caso, si segnalano G.M. RICCIO, *La giurisprudenza su Facebook/CasaPound e l'esigenza di eteroregolazione del contratto con il social network*, in P. STANZIONE (a cura di), *I "poteri privati" delle piattaforme*, cit., 339 ss. e G.E. VIGEVANI, *Dal "caso Casapound" del 2019 alla "sentenza Casapound" del 2022: piattaforme digitali, libertà d'espressione e odio on line nella giurisprudenza italiana*, in *Media Laws*, 2023, 2, 142 ss. Protagonista di altra nota vicenda giudiziaria è stato, poco dopo, il movimento politico di estrema destra "Forza Nuova" (v. Trib. Roma, 23.2.2020, in *Dir. inf.*, 2020, 552, con nota di B. MAZZOLAI, *Hate speech e comportamenti d'odio in rete: il caso Forza Nuova c. Facebook*). Nello stesso filone giurisprudenziale, s'inseriscono: Trib. Trieste, 27.11.2020, n. 2032, in *Giur. it.*, 2021, 2089 ss., con nota di S. MARTINELLI, *La chiusura dell'account Facebook di un'associazione: quale tutela?*; in *Riv. dir. Internet*, 2021, 1, 1 ss., col commento di P. MAZZA, *L'esperibilità del rimedio ex art.700 c.p.c. a seguito della disattivazione dell'account su Facebook: l'ultimo episodio della saga chiude (ma non del tutto) le porte alla concessione della tutela d'urgenza*; Trib. Siena, 19. 1.2020, in *Dir. Internet*, versione *online*, 21.1.2020, col commento di G. CASSANO, *Gira la ruota per CasaPound, a Siena prevale il regime privatistico del rapporto, ed il profilo rimane disattivato*. Ancor più eclatante è il caso che ha visto protagonista, negli Usa, Donald Trump. Dopo l'assalto dei suoi sostenitori al Congresso, il 6 gennaio 2021, Twitter, l'8 gennaio 2021, ha permanentemente disattivato l'account dell'ex Presidente per il rischio di ulteriori incitamenti alla violenza.

<sup>58</sup> S. GARDBAUM, *The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights*, *Michigan Law Review*, 2003, 102, 387 ss.; G. TEUBNER, *Horizontal Effects of Constitutional Rights in the Internet: A Legal Case on the Digital Constitution Italian Law Journal*, 2017, 3(1), 193. In Italia, v. A. GENTILI, *Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1, 183 ss.; A. ZOPPINI, *Il diritto privato e le "libertà fondamentali" (Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 3, 712 ss.

<sup>59</sup> P. STANZIONE, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *I "poteri privati" delle piattaforme*, cit., 9.

<sup>60</sup> Abbandonare una piattaforma *online* è spesso più difficile e costoso del previsto. L'evidenza empirica, inoltre, sembra denotare che: «*there is no competition between social media platforms themselves, as Post suggests, because they are complementary, not substitute, goods*». Cfr. K. KLONICK, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, *Harv. L. Rev.*, 2018, 131, 1630. V. anche F. PASQUALE, *Privacy, Antitrust, and Power*, in *George Mason Law Review*, 2013, 20 (4), spec. 1015 ss.; L.M. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, *Yale Law Journal*, 2017, 126, 710 ss.

<sup>61</sup> Cfr. Trib. Messina, 7.7.2010, in *Giur. merito*, 2011, 7-8, 1807 ss. (s.m.) con nota di P. PERRI, *Sospensione dell'account del venditore dalla piattaforma eBay a seguito di feedback negativi: profili civilistici e informatico-giuridici*, *Dir. inf.*, 2011, 118 ss., con nota di I.P. CIMINO, *Sospensione di account di vendita nel marketplace di eBay, tutela del contratto e della libertà di impresa nel commercio elettronico*, ove i giudici scrivono chiaramente: «la presenza sulla piattaforma di eBay appare indispensabile ai fini della sopravvivenza» (p. 119); Trib. Catanzaro, 30.4.2012, in *Dir. inf.*, 2012, 1174 s., con nota di G. ARANGUENA, *Sospensione di un account su eBay: il contratto telematico B2B tra accettazione point and click e tutela dell'accesso al mercato del commercio elettronico*, spec. 1180, ove si afferma come: «l'esclusione a tempo indeterminato da eBay non si traduca semplicemente in una mera perdita di clienti, ma abbia un'incidenza molto più pesante che può arrivare sostanzialmente ad escludere l'impresa dal mercato stesso». Da segnalare è l'art. 33, l. 5.8.2022, n. 118, cd. Legge annuale per il mercato e la concorrenza, che ai sensi dell'art. 47, l. 23.7.2009, n. 99 ha modificato l'art. 9, l. 18.6.1998, n. 192 come segue: «si presume la dipendenza economica nel caso in cui un'impresa utilizzi i servizi di intermediazione forniti da una piattaforma digitale che ha un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori, anche in termini di effetti di rete o di disponibilità di dati». In arg. v. M. MAUGERI, *Ddl Concorrenza e piattaforme digitali*, in *www.personaemercato.it*, 2022; M. LIBERTINI, *La presunzione di dipendenza economica nei mercati digitali. Un commento all'art. 33 della l. 5 agosto 2022, n. 118*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2023, 1, 9 ss.

tosufficiente e refrattario a interventi del legislatore<sup>62</sup>.

Il monopolio delle piattaforme si è consolidato via via sulla base di idee anarco-libertarie e in un clima d'incondizionata fiducia nelle reti decentralizzate, lo stesso che ha alimentato le prime utopie di Internet degli anni 90 del secolo scorso<sup>63</sup>, una tecnologia pensata, per impiegare una nota metafora, come l'agorà di Atene, ossia come una immensa piazza virtuale, nella quale poter ricreare le condizioni di una democrazia diretta<sup>64</sup>.

Internet è stata a lungo guardata in modo utopistico: come uno spazio anarchico; un luogo, liberamente accessibile, d'interazione sociale e libertà creativa; un territorio autonomo e indipendente, immune da pressioni esterne.

Questo anarco-libertarismo ha portato a un'avversione rispetto alla regolamentazione<sup>65</sup>: a predicare l'autonomia del *cyberspace* e la sua capacità di regolarsi da sé.

Se non che una simile impostazione è stata oggetto di aspre critiche, anche nel panorama statunitense<sup>66</sup>.

In Europa, fortunatamente, già dai primi anni del nuovo millennio si è abbandonato un atteggiamento conservatore in favore di uno riformista, mutando paradigma nelle politiche digitali e nelle scelte di *governance* di Internet.

Uno dei segnali di cambiamento più importanti, nella direzione di un governo «personalista» dell'innovazione tecnologica, in ambito europeo, è stato rappresentato dall'adozione del Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 «relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati» (Reg.

UE 2016/679, cd. «GDPR», acronimo dall'inglese *General Data Protection Regulation*)<sup>67</sup>.

Successivamente, a simboleggiare un'altra, decisiva svolta è stata l'approvazione, da parte del Parlamento Europeo, nel 2022, del cd. pacchetto sui servizi digitali, comprensivo di un regolamento sui servizi digitali (Reg. UE 2022/2065, cd. *Digital Services Act*, di seguito, per brevità DSA)<sup>68</sup> e di un regolamento sui mercati digitali (Reg. UE 2022/1925, cd. *Digital Markets Act*, breviter, DMA)<sup>69</sup>, recanti norme di armonizzazione massima destinate ad affiancarsi a quelle preesistenti in materia di *e-commerce*, protezione dei dati, tutela dei consumatori<sup>70</sup>, proprietà intellettuale, *antitrust*.

Per quanto concerne, specificamente, la moderazione dei contenuti, al fine di assicurare agli utenti della rete un ambiente digitale «pulito e sicuro», nel quale i diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE (*i.e.*, CDFUE) siano tutelati debitamente, il legislatore europeo ha scelto di combinare *private* e *public governance* del discorso pubblico *online*, consolidando la *cooperazione* e la *cooptazione* tra poteri pubblici e privati. Le tecniche di regolazione del discorso pubblico «tradizionali», basate su prescrizioni indirizzate ai singoli individui e su strumenti di *deterrenza* come ingiunzioni, sanzioni penali o risarcimento del danno (diretti a provocare un effetto cd. *chilling* sulle condotte degli utenti) non sono certo venute meno. Semplicemente, si è scelto di percorrere un ulteriore, parallelo binario: il potere statale, attraverso la minaccia di conseguenze risarcitorie unita alla promessa d'immunità per il caso d'ottemperanza, induce i privati gestori delle infrastrutture tecnologiche a collaborare e a vigilare sui contenuti, filtrandoli o bloccandoli *ex ante*, in un'ottica di *prevenzione* e di controllo «silenzioso».

Nel «nuovo corso» della regolazione, le tecniche di moderazione dei contenuti sono quasi invisibili agli utenti, a tutto vantaggio di un modello di *business* – fondato sulla raccolta massiva, ma per lo più silenziosa di dati – che trae profitto dal cd. *chill out*

<sup>62</sup> Sui percorsi dell'autonomia privata negli ultimi decenni v. S. MAZZAMUTO e L. NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2016, *passim* e spec. P. FEMIA, *Autonomia e autolegislazione*, *ivi*, 11 ss. Nella letteratura statunitense si segnala M. COHEN e A. SUNDARARAJAN, *Self-Regulation and Innovation in the Peer-to-Peer Sharing Economy*, in *Un. Chicago Law Review Dialogue*, 2015, 82, 116 ss.

<sup>63</sup> Cfr. E. BIETTI, *A Genealogy of digital platform regulation*, *Geo. L. Tech. Rev.*, 2023, 7, 1.

<sup>64</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 380.

<sup>65</sup> L. LESSIG, *Code 2.0: Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, 2006; J. REIDENBERG, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology*, *Texas Law Review*, 1997, 76, 553.

<sup>66</sup> Cfr. J. GOLDSMITH, *Against Cyberanarchy*, *The University of Chicago Law Review*, 1998, 65, 1199; D.R. JOHNSON e D. POST, *Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace*, *Stanford Law Review*, 1996, 48(5), 1367; D. POST, *Against "Against Cyberanarchy"*, *Berkeley Technology Law Journal*, 2002, 17(4), 1365.

<sup>67</sup> Cfr. G. FINOCCHIARO, *La sovranità digitale*, in *Diritto pubblico*, 2022, 3, 817 ss.

<sup>68</sup> Il Reg. UE 2022/2065 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 27.10.2022 ed è entrato in vigore il 16.11.2022.

<sup>69</sup> Il Reg. UE 2022/1925 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 12.10.2022 ed è entrato in vigore il 1.11.2022.

<sup>70</sup> Per un inquadramento dello «sfrangiato» rapporto tra due plessi di discipline come quella a tutela della *privacy* e quella a protezione del consumatore, apparentemente «recalcitranti a tentativi di razionalizzazione sistematica» v. S. PAGLIANTINI, *L'interferenza ascosa tra GDPR e diritto dei consumatori: appunti per una tassonomia*, *Giur. it.*, 2023, 10, 2212 ss.

*effect*: è chiaro che l'internauta lascerà più tracce ove si senta inosservato<sup>71</sup>.

Richiamando il principio di sussidiarietà, espresso nel nostro ordinamento all'art. 118 Cost., si è parlato anche di una *co-regolazione*<sup>72</sup> quale unica soluzione capace di contemperare le ragioni dell'economia (sottese alla delega di potere alle piattaforme *online*) con quelle di giustizia legate alla tutela dei diritti fondamentali degli individui *offline* come *online*<sup>73</sup>.

Se si pensa alla quantità delle decisioni in tema di *content moderation* assunte ogni mese da una multinazionale come Facebook, è agevole convincersi dell'impossibilità di accogliere una diversa opzione, che devolva, in via primaria o esclusiva, alla giurisdizione domestica la composizione dei potenziali conflitti sul controllo dei contenuti nelle piattaforme *online*: la mole del possibile contenzioso non può non incidere, strutturalmente, sulle scelte di politica legislativa in materia e sull'impianto della regolazione. Già nel noto caso *Google Spain*, del resto, la Corte di giustizia aveva deciso di affidare alle piattaforme *online* (dunque, a un attore privato) il compito di operare un bilanciamento fra interesse pubblico alla conoscenza e divulgazione di una informazione e interesse individuale alla rimozione di notizie private e personali<sup>74</sup>.

È la stessa potenza della tecnologia impiegata (come detto, un contenuto può presto diffondersi in modo "virale") a esigere la messa a punto di misure di *governance* di Internet prontamente attivabili<sup>75</sup>.

Codici di condotta, autodisciplina e *soft law* si sono rivelati sin qui strumenti utili, ma non sufficienti per assicurare una adeguata tutela dei diritti degli utenti *online* e un buon governo del mercato unico dei servizi digitali, apparso incapace di *regolarsi da sé*<sup>76</sup>.

<sup>71</sup> Cfr. J. BALKIN, *Old School/New School Speech Regulation*, cit., 2296 ss., spec. 2311.

<sup>72</sup> R. CARLEO, *Piattaforme digitali e contratto*, *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2022, 1, 80 ss.

<sup>73</sup> M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms*, cit., 45; C.T. MARSDEN, *Internet Co-Regulation: European Law, Regulatory Governance and Legitimacy in Cyberspace*, Cambridge, 2011.

<sup>74</sup> Cfr. S. SICA e V. D'ANTONIO, *La procedura di deindicizzazione*, in G. RESTA e V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma (RomaTre Press), 2015, 147 ss.; G.M. RICCIO, *Diritto all'oblio e responsabilità dei motori di ricerca*, *ibidem*, 199 ss.

<sup>75</sup> Cfr. W. SCHULZ, *Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online - the Case of the German NetzDG*, *HIIG Discussion Paper Series*, 2018, 3.

<sup>76</sup> Per L. FLORIDI, *The End of an Era: from Self-Regulation to Hard Law for the Digital Industry*, in *Philos. Technol.*, 2021, 34, 621, le carenze della *self-regulation* sono state poste in luce modo eclatante dallo scandalo Facebook-Cambridge Analytica nel 2018 e lo stesso *Oversight Board* di Facebook, istituito nel 2020, rappresenta un anacronismo: «a belated reaction to the

Così, scelta la via della cooptazione degli attori privati, si è adottato lo strumento unificatore del regolamento per introdurre una disciplina trasversale e organica, non rivoluzionaria, ma di sicura (e forse risolutiva) importanza<sup>77</sup>, modulata alla luce della oramai matura consapevolezza che specialmente le piattaforme e i motori di ricerca *online* di dimensioni molto grandi possono essere utilizzati in modo da influenzare fortemente non soltanto il commercio *online*, a danno, *in primis*, dei consumatori, ma anche la sicurezza pubblica, la formazione dell'opinione pubblica e la definizione del dibattito civico: i rischi riguardano sia lo svolgimento dei processi democratici ed elettorali sia il benessere fisico e mentale delle persone nonché la stessa dignità umana<sup>78</sup>.

### 2.1. Il regime della responsabilità per contenuti illeciti.

Il regolamento sui servizi digitali ha introdotto una disciplina di carattere generale uniforme ed equilibrata, che innova, ma non implica mutamenti radicali. Le nuove norme, infatti, in certa misura, si pongono in linea di continuità con previsioni di diritto europeo già vigenti; in parte, riflettono il contenuto di provvedimenti legislativi precedentemente adottati in ambito nazionale e anzi, sono frutto proprio della volontà politica di superare la frammentazione normativa preesistente in ambito europeo. Il riferimento è a leggi come la cd. *Loi Avia*<sup>79</sup> francese di contrasto ai contenuti d'odio in Internet, la legge tedesca per il miglioramento dell'applicazione delle norme sulle reti sociali (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz*) cd. *NetzDG*, entrata in vigore il 1° ottobre 2017 e pienamente efficace dal gennaio del 2018<sup>80</sup> o la legge federale austriaca sulle misure di protezione degli utenti sulle piattaforme di comunicazione (*Kommunikationsplattformen-Gesetz*), promulgata il 23 dicembre 2020 ed entrata in vigore il 1° gennaio

*end of an era during which self-regulation failed to make a significant difference».*

<sup>77</sup> Cfr. P. STANZIONE, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *I "poteri privati" delle piattaforme*, cit., 11.

<sup>78</sup> Cfr. spec. i cons. 79, 82 e 83 del Reg. UE 2022/2065 (cd. *Digital Services Act*).

<sup>79</sup> La «Loi n° 2020-766 du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur internet», detta «Loi Avia» dal nome della deputata relatrice Laetitia Avia, è stata giudicata in molte parti contraria alla Costituzione francese dal Consiglio costituzionale, con decisione del 18 giugno 2020 (Décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020) ed è stata promulgata dal presidente Macron il 24.6.2020, epurata delle disposizioni censurate.

<sup>80</sup> In Germania, i lavori preparatori che hanno dato luce al cd. *Network Enforcement Act* hanno ricevuto forte impulso anche per il timore che *fake news* e *hate speech* potessero influenzare le elezioni del Bundestag nell'autunno del 2017.



2021, di recente giudicata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nella causa C-376/22 *Google Ireland e a.*, incompatibile col diritto europeo perché non conforme al principio del controllo nello Stato membro d'origine<sup>81</sup>.

| 704

Il nuovo regolamento sui servizi digitali è stato adottato proprio con l'obiettivo di dettare una disciplina uniforme per favorire lo sviluppo di servizi digitali innovativi nel mercato interno e si è inserito all'interno di un quadro di fonti articolato, in cui la base normativa è offerta appunto dalla direttiva sull'*e-commerce* (dir. 2000/31/CE dell'8.6.2000, recepita in Italia con il d.lgs. 9.4.2003, n. 70), come integrata dalla dir. 2018/1808/UE (di modifica e aggiornamento della dir. 2010/13/UE del 10.3.2010 sui servizi di media audiovisivi) con l'imposizione di maggiori obblighi a una categoria di piattaforme *online*: le piattaforme di condivisione video<sup>82</sup>.

In parte, come accennato, il regolamento sui servizi digitali è assonante col disposto della direttiva sul commercio elettronico. Ricalca, a esempio, il contenuto dell'art. 14 (che, con le dovute differenze, rappresenta l'equivalente europeo della *section 230* del *Communications Decency Act* statunitense<sup>83</sup>) laddove esclude la sussistenza in capo ai fornitori del servizio (cd. *Internet Service Provider*, di seguito, *breviter*, *ISP*) di un generale obbligo di sorveglianza sui contenuti condivisi in piattaforma: in base all'art. 8 del DSA<sup>84</sup>, il *provider* continua a non

avere l'obbligo di accertare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite, incorrendo in responsabilità soltanto ove – venuto a conoscenza del contenuto illecito – non si attivi prontamente per rimuoverlo<sup>85</sup>.

La moderazione dei contenuti, in altre parole, resta reattiva (non proattiva): l'obbligo di rimozione è soltanto successivo.

Mantenendo il filtro a valle anziché a monte, si è preferito evitare d'ingessare il mercato, raggiungendo un compromesso tra l'esigenza di non disincentivare gli operatori di mercato a prestare servizi d'intermediazione e l'intento di assicurare il rispetto, *online* come *offline*, dei diritti fondamentali<sup>86</sup>.

La soluzione è da accogliere con favore poiché capace di coniugare le istanze di tutela della libertà d'impresa col bisogno di garantire la libertà d'espressione e d'informazione e diritti inviolabili della persona come quello all'onore.

La posizione a livello europeo di un generale obbligo di sorveglianza attiva non soltanto avrebbe accresciuto il rischio di arbitrarie compressioni delle libertà fondamentali degli utenti (cd. "*over removal*" o "*collateral censorship*")<sup>87</sup>: avrebbe compor-

---

che tali prestatori trasmettono o memorizzano, né di accertare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illegali).

<sup>85</sup> A venire in rilievo è qui l'art. 6, § 1, DSA, per cui l'intermediario che memorizza informazioni e le rende fruibili non è responsabile delle informazioni memorizzate su richiesta dell'utente (destinatario del servizio, nella terminologia del DSA) a meno che a) sia effettivamente a conoscenza di contenuti illeciti o b) non appena ne venga a conoscenza ometta di attivarli per rimuoverli. Come si dirà, peraltro, il *provider* deve mettere a punto un meccanismo per consentire la segnalazione dei contenuti illeciti (v. art. 16 DSA), di modo che sia chiaro a quali condizioni il prestatore debba considerarsi venuto a conoscenza del contenuto (v. cons. 50 ss. DSA, art. 16, § 3 DSA. Cfr. spec. cons. 53, per cui si dovrebbe ritenere che la segnalazione dia luogo a una conoscenza o a una consapevolezza effettiva dell'illegalità ove contenga informazioni sufficienti per consentire a un prestatore diligente di servizi di memorizzazione d'informazioni d'individuare la manifesta illegalità del contenuto senza dover condurre un esame giuridico dettagliato).

<sup>86</sup> Ai fini del discorso che si sta svolgendo, interessano soprattutto le misure inerenti ai rischi di diffusione di contenuti illeciti e amplificazione della disinformazione, ossia le misure consistenti ne: «b) l'adeguamento delle condizioni generali e la loro applicazione; c) l'adeguamento delle procedure di moderazione dei contenuti, compresa la velocità e la qualità del trattamento delle segnalazioni concernenti tipi specifici di contenuti illeciti e, se del caso, la rapida rimozione dei contenuti oggetto della notifica o la disabilitazione dell'accesso agli stessi, in particolare in relazione all'incitamento illegale all'odio e alla violenza online, nonché l'adeguamento di tutti i processi decisionali pertinenti e delle risorse dedicate alla moderazione dei contenuti (...)» (art. 35 DSA).

<sup>87</sup> Cfr. J. BALKIN, *Free Speech and Hostile Environments*, *Columbia Law Review*, 1999, 99(8), 2295: «*Although to my knowledge no court has yet recognized collateral censorship as a distinct doctrinal category, it appears to be a fairly common phenomenon. For example, editors and publishers, driven by*

<sup>81</sup> I giudici lussemburghesi hanno statuito la contrarietà della legge nazionale austriaca cd. «KoPl-G» all'art. 3, § 4, dir. 2000/31/CE, chiarendo che, nel contrasto alla diffusione di contenuti illeciti su Internet, uno Stato membro non può imporre al fornitore di una piattaforma di comunicazione stabilito in un altro Stato membro obblighi generali e astratti; il diritto dell'Unione assicura la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione attraverso il principio del controllo nello Stato membro di origine del servizio interessato e assoggettare i gestori delle piattaforme a normative diverse nel territorio dell'UE lederebbe la libera prestazione dei servizi e quindi, il buon funzionamento del mercato interno.

<sup>82</sup> Norme speciali riguardano poi la lotta al terrorismo, all'abuso e allo sfruttamento sessuale dei minori o la tutela del diritto d'autore nel mercato unico digitale. Cfr. la dir. 2011/93/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13.12.2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile; il reg. UE 2021/784 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29.4.2021, relativo al contrasto della diffusione di contenuti terroristici *online*; la dir. 2019/790/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17.4.2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale.

<sup>83</sup> Su cui, v. la recente decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Reynaldo Gonzalez et al., v. Google LLC* 598 U.S. (2023). «*Section 230 immunity and, to a lesser extent, § 512 safe harbors have been among the most important protections of free expression in the United States in the digital age*». Cfr. BALKIN, *Old-School/New-School Speech Regulation*, cit., 2313.

<sup>84</sup> Che prevede: «Ai prestatori di servizi intermediari non è imposto alcun obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni





tato il concreto pericolo di una “*over surveillance*” e di trattamenti invasivi della *privacy* degli utenti<sup>88</sup>.

Al regolamento sui servizi digitali dev’esser, peraltro, riconosciuto il duplice pregio di aver precisato quando il *provider*<sup>89</sup> debba considerarsi “*on notice*” (ossia a conoscenza del contenuto illecito) e di aver stabilito espressamente che la conoscenza dei contenuti illeciti non è implicita nel fatto, assai ricorrente nella prassi, che il *provider* svolga di propria iniziativa indagini volontarie per identificare e rimuovere contenuti illeciti ovvero utilizzi tecnologici algoritmiche a questo scopo (art. 7 DSA): il senso della nuova disciplina non si coglierebbe a pieno se trascurasse di considerare che l’art. 16 DSA impone alle piattaforme di predisporre meccanismi per consentire a qualsiasi persona o ente di notificare loro la presenza di informazioni che asseritamente costituiscano contenuti illeciti.

Ma il DSA ha avuto meriti ulteriori; in specie, quello di aver sancito un dovere di diligenza in capo ai cd. *ISP*, specificandolo attraverso l’enucleazione di una serie di obblighi sia materiali sia di rito: i *provider* devono, a seguito di una segnalazione, decidere in modo tempestivo, diligente, non arbitrario e obiettivo (art. 16, § 5.6); motivare chiaramente e puntualmente eventuali restrizioni (art. 17) (come, a es., l’oscuramento di d’informazioni; la sospensione o la chiusura dell’*account* del destinatario del servizio) imposte allorché le informazioni fornite dal destinatario del servizio costituiscano contenuti illeciti o siano incompatibili con le proprie condizioni generali; predisporre un sistema interno di gestione dei reclami (art. 20); notificare preventivamente la sospensione nella fornitura dei servizi dovuta a reiterate pubblicazioni di contenuti illeciti (art. 23)<sup>90</sup>.

*fear of defamation suits, may refuse to run stories by their reporters. Internet service providers, fearing that they may be held liable for contributory infringement of copyrighted materials, may attempt to ban messages from parties suspected of disseminating such materials»; ID., Old-School/New-School Speech Regulation, cit., 2309.*

<sup>88</sup> Cfr. F. PIRAINO, *La responsabilità dei prestatori di servizi di condivisione di contenuti “online”*, *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 1, 154.

<sup>89</sup> Gli “*intermediary services providers*” sono definiti dal legislatore europeo come coloro i quali offrono *network infrastructure* (i.e., *Internet access providers*) la categoria include: *intermediary services, hosting services* (i.e., *cloud*), *online platforms* (i.e., *social media platforms*) e *very large online platforms*, quattro categorie destinatarie della disciplina del DSA.

<sup>90</sup> Il service *provider* ha anche l’obbligo, tra gli altri, ove riceva un ordine di contrastare uno o più specifici contenuti illeciti, emesso da un’autorità giudiziaria o amministrativa nazionale competenti, sulla base del diritto dell’Unione o del diritto nazionale applicabili in conformità con il diritto dell’Unione, d’informare senza indebito ritardo l’autorità che ha emesso l’ordine, o qualsiasi altra autorità specificata nell’ordine, del seguito dato all’ordine, specificando se e quando gli sia stato dato seguito.

Previsioni speciali sono poi dettate per i gestori di piattaforme *online* e di motori di ricerca di dimensioni molto grandi<sup>91</sup>. In particolare, a venire in rilievo sono i cons. 79 ss. e gli artt. 34 e 35 DSA, che, innovando rispetto alla disciplina previgente, impongono ai suddetti soggetti obblighi supplementari di analisi, valutazione e attenuazione di eventuali rischi sistemici come quelli associati alla diffusione di contenuti illeciti, a forme illecite d’incitamento all’odio, agli effetti reali o prevedibili del servizio sull’esercizio dei diritti fondamentali tutelati dalla Carta, primi fra tutti la dignità umana, la libertà di espressione e d’informazione, il pluralismo dei media, il diritto alla vita privata, la protezione dei dati, i diritti dei minori e il diritto alla non discriminazione.

*In summa*: per quanto concerne la *liability* (ossia il regime della responsabilità) dell’*ISP*, è chiaro come il nuovo regolamento non abbia del tutto scardinato il sistema del cd. *Safe Harbour* (negli anni, a dire il vero, temperato dalla giurisprudenza con la creazione della figura dell’intermediario *hosting* attivo<sup>92</sup>, verosimilmente destinata a tramontare

La Corte di Giustizia UE, nel caso *Eva Glawishnig – Piesczek c. Facebook Ireland* C-18/18 del 3.10.2019, aveva già avuto modo di rilevare che, sebbene l’art. 14 della dir. 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 8.6.2000 esentasse da responsabilità le società di servizi e di informazione, nel caso in cui esse non fossero a conoscenza della attività illecita o agissero immediatamente per rimuovere il contenuto, ciò non precludesse ai giudici degli Stati membri di esigere di porre fine alle violazioni, ordinando la rimozione dei contenuti. La questione pregiudiziale era stata sollevata dalla Corte Suprema austriaca, chiamata a occuparsi del caso di una deputata del Parlamento nazionale, vittima di diffamazione su Facebook. Il provvedimento che aveva ordinato la rimozione del contenuto era stato confermato in tutti i gradi di giudizio *ex art. 1330* del codice civile austriaco. Tuttavia, la Corte Suprema aveva ritenuto che potesse ravvisarsi un contrasto con la dir. 2000/31/CE, poiché il provvedimento aveva interessato un prestatore di servizi di *hosting* quale un *social network*; così aveva sollevato questione pregiudiziale. Per un commento alla sentenza cfr. G. DE GREGORIO, *Google v. CNIL e Glawishnig – Piesczek c. Facebook Ireland: content and data in algorithmic society*, in *Media Laws*, 2020, 1 e P. CAVALIERE, *Glawishnig – Piesczek c. Facebook on the expanding scope of Internet service providers’ Monitoring Obligation*, in *European Data Protection Law Review*, 2020, 4.

<sup>91</sup> V. Capo III, sez. 5, reg. UE 2022/2065. F. PIRAINO, *La responsabilità dei prestatori di servizi di condivisione di contenuti “online”*, cit., 155, discorre di «obblighi a geometria variabile a seconda del ruolo e della dimensione degli operatori». Si è parlato anche di doveri «a pervasività crescente e progressiva in rapporto alla natura dei servizi prestati e alle dimensioni del fornitore». Cfr. R. SABIA, *L’enforcement pubblico del Digital Services Act tra Stati membri e Commissione europea: implementazione, monitoraggio e sanzioni*, in *Media Laws*, 2023, 2, 90. Inoltre, i gestori di piattaforme *online* e motori di ricerca di maggiori dimensioni devono sottoporsi a proprie spese, almeno una volta l’anno, a *audit* indipendenti (art. 37 DSA).

<sup>92</sup> Secondo la quale l’intermediario è passibile di responsabilità per i contenuti illeciti immessi nella rete da parte di terzi quan-

alla luce del succitato art. 7 DSA, rubricato «Indagini volontarie promosse di propria iniziativa e rispetto degli obblighi normativi»<sup>93</sup>). L'impianto generale della responsabilità del *provider* resta imperniato sulla tecnica delle cause di esonero (cd. *exceptions*) importata dal *Digital Millennium Copyright Act* statunitense del 1998<sup>94</sup>, per cui il fornitore è esente da responsabilità ove (la sua attività sia fra quelle considerate neutrali<sup>95</sup> ed esso) non sia a conoscenza di un contenuto illecito: restano intatti i due pilastri della disciplina previgente, *i.e.*: *i*) l'esonero da responsabilità del prestatore del servizio di memorizzazione d'informazioni ove difetti l'effettiva conoscenza della natura illecita delle attività o dei contenuti illeciti e, per quanto attiene a domande risarcitorie, ove manchi la consapevolezza di fatti o circostanze che rendano manifesta l'illiceità dell'attività o dei contenuti; nonché nel caso in cui, non appena divenga cosciente di tali attività o contenuti illeciti o consapevole di tali fatti o circostanze, il prestatore agisca immediatamente per rimuovere i contenuti illeciti o per disabilitare l'accesso agli stessi, secondo il modello del *notice and take down* (art. 6 DSA); *ii*) l'assenza di un obbligo di sorveglianza sulle informazioni immesse

do, anziché essere in una posizione neutrale, abbia partecipato alla gestione degli stessi. Cfr., nella più recente giur. di legittimità, Cass., 13.12.2021, n. 39763; in *Resp. civ. prev.*, 2022, 4, 1185; *Foro it.*, 2022, 9, I, 2832; in ambito europeo, Corte giustizia UE, 22.6.2021, n. 682 in *Resp. civ. prev.*, 2021, 6, 1838. Nella giur. di merito, *ex aliis*, si segnalano Trib. Roma, 22.1.2021, in *AIDA*, 2021, 1, 786; Trib., Milano, 19.10.2020, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2021, 2, 271; Trib. Milano, 9.9.2011, n. 10893, in *Riv. dir. ind.*, 2011, 6, II, 364 ss. In dottrina, v. R. BOCCHINI, *La responsabilità di Facebook per la mancata rimozione di contenuti illeciti*, in *Giur. it.*, 2017, 3, 639; E. TOSI, *L'evoluzione della responsabilità civile dell'Internet Service Provider passivo e attivo*, in *Il Diritto industriale*, 2019, 6, 590 ss.

<sup>93</sup> «La disposizione estende l'esenzione di responsabilità anche all'ipotesi in cui i prestatori svolgano di propria iniziativa, e non per effetto di un obbligo, attività volte a individuare e a rimuovere contenuti illeciti. Si è voluto forse evitare che il *provider* venga considerato attivo, secondo i canoni della figura giurisprudenziale sopra descritta, per il solo fatto di agire mosso da una propria volontaria iniziativa». F. PIRAINO, *op. cit.*, 156.

<sup>94</sup> La *section 512 (g)* del cd. *DMCA* offre un *safe harbor* soltanto sul presupposto che si adotti un meccanismo di *notice-and-takedown*. Questa previsione costituisce un incentivo alla rimozione di contenuti che avrebbero la copertura costituzionale offerta dal *First Amendment*. In arg. v. J. BALKIN, *Old School/New School Speech Regulation*, cit., 2314.

<sup>95</sup> La giurisprudenza, non senza oscillazioni, anche in passato si era mostrata incline a reputare che l'immunità concessa agli intermediari dalla direttiva sull'*e-commerce* valesse in quanto l'intermediario fosse neutrale rispetto ai contenuti immessi nella rete da parte di terzi: ove partecipi nella gestione degli stessi (cd. *hosting* attivo) è passibile di responsabilità.

dagli utenti e di accertamento attivo di fatti illeciti (art. 8 DSA)<sup>96</sup>.

Si dà, tuttavia, che a norme in materia di responsabilità (cd. *liability*) dell'*ISP* il legislatore europeo abbia affiancato norme che impongono ai gestori delle più grandi piattaforme d'impegnarsi per rendere il loro operato trasparente, tracciabile, controllabile e giudicabile (cd. *accountability*)<sup>97</sup>, in un'ottica di controllo e gestione dei rischi sistemici, non soltanto di deterrenza e riparazione dei danni<sup>98</sup>.

Vieppiù: alla previsione di puntuali obblighi, materiali e procedurali, in capo ai gestori delle piattaforme ha fatto da *pendant* l'istituzione di un regime di *public enforcement*<sup>99</sup> dall'architettura reticolare, fondato sulla cooperazione sia transnazionale sia interistituzionale tra organismi nazionali (i coordinatori dei servizi digitali) e autorità europee (il

<sup>96</sup> Come già detto, tutti i *service provider* hanno, poi, l'obbligo di: consentire la segnalazione dei contenuti illeciti e di esaminarli (art. 16 DSA); motivare la decisione al destinatario; predisporre un sistema di reclamo interno alla piattaforma medesima (art. 20 DSA); notificare preventivamente la sospensione della fornitura dei servizi dovuta a reiterate pubblicazioni di contenuti illeciti (art. 23 DSA). Cfr. Cons. 54 DSA, che chiarisce la strumentalità di questo onere «tenuto conto delle conseguenze negative che tali decisioni possono comportare per il destinatario, anche per quanto concerne l'esercizio del suo diritto fondamentale alla libertà di espressione» (v. anche cons. 58-59 sul diritto di contestazione accompagnato dall'obbligo di predisposizione di mezzi di reclamo da parte del fornitore e la procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie).

<sup>97</sup> «Il significato della parola "accountability" presenta una difficoltà di traduzione in lingua italiana giacché contiene in sé contestualmente vari significati, quali quelli di libertà, responsabilità, prova e rendicontazione». Cfr. R. CARLEO, *Piattaforme digitali e contratto*, cit., 76 ss., il quale ivi evidenzia come l'affermazione di questo principio nella legislazione europea (inizialmente, in materia di tutela della *privacy*) abbia segnato l'adozione di una nuova tecnica normativa in grado di espandere l'efficacia della disciplina della protezione dei dati personali nello spazio senza confini della rete, ben al di là del territorio europeo.

<sup>98</sup> G. GIORDANO, *La responsabilità degli intermediari digitali nell'architettura del "Digital Services Act": è necessario che tutto cambi affinché tutto rimanga com'è?*, *Comp. dir. civ.*, 2023, 1, 193 ss.

<sup>99</sup> Per assicurare il rispetto degli obblighi sanciti dal nuovo regolamento è istituito un sistema di *enforcement* pubblico, cui sono dedicate le previsioni del Capo IV del DSA: se gli *ISP* violano gli obblighi del regolamento sui servizi digitali sono passibili di misure inibitorie (cons. 142) e sanzionatorie (cons. 117) da parte delle autorità competenti. Ad assumere un ruolo di centrale *governance*, entro una vera e propria "rete" di autorità e organismi con poteri d'indagine e ispettivi, d'ingiunzione e sanzionatori, è la Commissione europea, la quale esercita le sue funzioni di vigilanza e monitora l'osservanza degli obblighi stabiliti nel DSA in collaborazione, a livello nazionale, con i coordinatori dei servizi digitali. Mentre a un livello "intermedio", con una funzione di raccordo (e poteri di *referral*) si colloca il Comitato europeo per i servizi digitali (tutte le decisioni prese dalla Commissione a norma del DSA sono soggette al controllo della Corte di giustizia dell'Unione europea conformemente al trattato).

Comitato europeo per i servizi digitali e la Commissione europea)<sup>100</sup>.

Si è scelto di *funzionalizzare* il contratto tra ISP e utente per allinearli col raggiungimento di precisi obiettivi politici<sup>101</sup>.

Il legislatore europeo ha fortemente limitato la libertà d’iniziativa economica e l’autonomia privata delle *Big Tech*: ne ha temperato il potere contrattuale, in certa misura, *burocratizzandolo*<sup>102</sup> in modo da renderne l’esercizio funzionale ad assicurare un ambiente digitale pulito e sicuro, nel quale i diritti fondamentali della Carta siano tutelati debitamente<sup>103</sup>.

Il contratto, s’intende, resta pur sempre espressione di un potere privato e tuttavia, è fortemente inciso da una regolazione europea che ne integra il contenuto, in vista della costituzione di un ordine giuridico del mercato<sup>104</sup>, presidiato dall’ordine politico, in cui la tutela della libera concorrenza si coniughi con la protezione dei diritti fondamentali della persona, *offline* come *online*.

### 3. La moderazione dei contenuti tra contratto e legge.

Alla luce delle considerazioni svolte è chiaro come, nel quadro giuridico europeo, se *per contratto*, ossia in base alle condizioni d’uso accettate dall’utente, il gestore di una piattaforma quale Twitter (oggi “X”) ha il *diritto* di rimuovere i contenuti illeciti, *per legge* (europea) ha anche l’*obbligo* di farlo, ove abbia acquisito effettiva conoscenza di essi.

La combinazione di fonti eteronome e autonomia privata nella disciplina della moderazione dei

contenuti caricati sulle piattaforme *online* appare evidente anche dal punto di vista dell’utente. Premesso che, com’è noto, l’area dei contegni “censurabili” dal gestore della piattaforma sulla scorta delle condizioni contrattuali non coincide con quella dei comportamenti illeciti e, in buona misura, la complessità della questione risiede proprio nella sottile distinzione tra *hate crimes* e *hate speech*<sup>105</sup>, si dà che: nell’ipotesi di pubblicazione di contenuti illeciti (perché, a es. integranti il reato di diffamazione), l’utente incorra – oltre che nelle conseguenze previste dalle condizioni contrattuali – negli effetti (*in primis*, di tipo risarcitorio) che dalla sua condotta derivino sulla base delle *leggi* (nazionali) civili e penali applicabili; nel caso di pubblicazione di contenuti (non illeciti, ma) semplicemente “vietati” dalle *Condizioni* o dagli *Standard della Community*, egli violi il *regolamento contrattuale*, andando incontro alle sole conseguenze da questo previste.

Per il caso di pubblicazione di contenuti asseritamente illeciti o comunque “inappropriati” secondo la *policy* interna, il gestore della piattaforma, infatti, è solito riservarsi espressamente il potere di rimuovere il contenuto, sospendere il servizio o interromperlo definitivamente<sup>106</sup>.

Come debbano inquadrarsi simili previsioni, sul piano civilistico, è ancora dubbio.

Per l’ipotesi di rimozione di contenuti asseritamente illeciti o sospensione di un *account* per reiterata violazione degli *Standard della Community*, si è immaginato di fare riferimento all’art. 1460 c.c.<sup>107</sup> Tuttavia, il ragionamento ci sembra da svolgere, piuttosto, sul piano dell’oggetto del contratto almeno quante volte il gestore della piattaforma dichiara espressamente di offrire spazio in piattaforma per alcuni contenuti, con esclusione di altri.

Se si prende, a esempio, una società come Meta Platforms Ireland Limited, si vede come, nelle condizioni d’uso, specifichi l’oggetto della propria pre-

<sup>100</sup> Per un’analisi dell’architettura dell’*enforcement* pubblico disegnata dal reg. UE 2022/2065 sia consentito il rinvio a R. SABIA, *L’enforcement pubblico del Digital Services Act tra Stati membri e Commissione europea: implementazione, monitoraggio e sanzioni*, cit., 88 s.

<sup>101</sup> Non si discorre, qui, di una funzionalizzazione in chiave dirigitica come quella che aveva caratterizzato gli interventi regolatori della seconda metà del secolo scorso. Cfr. M. GRONDONA, *Poteri dei privati, fonti e trasformazioni del diritto: alla ricerca di un nuovo ordine concettuale*, in P. SIRENA e A. ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, cit., 14.

<sup>102</sup> C’è chi parla addirittura di un «processo di “amministrativizzazione” del potere privato delle grandi piattaforme digitali in funzione della tutela dei diritti di libertà, che dunque si risolve in una pubblicizzazione (non sostanziale, ma) funzionale». Cfr. E. CREMONA, in *Le piattaforme digitali come public utilities: perché non applicare alcuni principi di servizio pubblico?*, *Giur. Cost.*, 2023, 1, 467 ss.

<sup>103</sup> Cfr. considerando 75 e 76 del reg. UE 2022/2065.

<sup>104</sup> Sul mercato come *locus artificialis* costituito dal diritto è d’obbligo il riferimento a N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, *passim*.

<sup>105</sup> P. STANZIONE, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *I “poteri privati” delle piattaforme*, cit., 7. Critico rispetto all’importazione nel linguaggio giuridico di locuzioni come “*illegal hate speech*” V. ZENO ZENCOVICH, *The EU Regulation of Speech. A Critical View*, *Media Laws*, 2023, 1, 12: l’idea di normare l’odio è velleitaria tanto quanto quella di normare il suo opposto, ossia l’amore.

<sup>106</sup> Nel senso che la clausola con cui il gestore di una piattaforma di *social networking*, in un contratto con il consumatore-utente, si riserva il potere di adottare misure come la rimozione di un contenuto e la sospensione dell’*account* dell’utente a fronte della pubblicazione da parte di questi di *post* veicolanti disinformazione in materia di vaccinazioni anti-Covid-19, non comportando un eccessivo squilibrio tra diritti e obblighi del consumatore, non può ritenersi vessatoria v. Trib. Varese, (ord.), 2.8.2022, n. 1181, in *Giur. it.*, 2023, 7, 1542 ss., con nota di A. AMIDEI, *Il vaglio di validità delle clausole contrattuali di content moderation online*.

<sup>107</sup> A. AMIDEI, *Il vaglio di validità delle clausole contrattuali di content moderation online*, cit., 1549.



stazione chiarendo di non dare spazio a «contenuti che incitano alla violenza o a comportamenti criminali (come i contenuti che promuovono, sostengono o elogiano organizzazioni pericolose), che compromettano la sicurezza delle persone (come il bullismo e le intimidazioni, il suicidio e l'autolesionismo e lo sfruttamento sessuale di minori o adulti), che siano deplorabili (come l'incitamento all'odio), che siano non autentici (come lo spam, la disinformazione o i profili falsi) o che violino la proprietà intellettuale di qualcun altro». Vieppiù: il predisponente s'impegna espressamente a promuovere l'integrità dei servizi, la lotta ai comportamenti dannosi e la sicurezza della *community*, adottando misure idonee come avvisi all'utente, rimozione di contenuti o limitazione dell'accesso a determinate funzioni, disabilitazione dell'*account*, coinvolgimento delle forze dell'ordine. In questo quadro, eventuali restrizioni all'uso del servizio offerto parrebbero da inquadrare nel perimetro della prestazione cui è tenuto il gestore della piattaforma.

Quanto invece alla clausola attributiva del diritto di disattivazione dell'*account* dell'utente a fronte di reiterate violazioni delle Condizioni d'uso e degli *Standard della Community*, sembrerebbe corretto discorrere di un patto di recesso (in autotutela) più che di una clausola risolutiva espressa<sup>108</sup>. Sempre

<sup>108</sup> Cfr. Trib. Trieste, 27.11.2020, n. 2032, cit. Per la tesi del recesso cfr. anche Trib. Catanzaro, 30.4.2012, cit. Nel senso che la violazione degli *Standard della community* «che sono sostanzialmente regole di convivenza civile, può ben dunque essere valutata alla stregua di un inadempimento contrattuale che, ove esistente, abilita la controparte a sospendere la propria prestazione, rimuovendo o bloccando i contenuti che violino tali disposizioni contrattuali» v., successivamente, App. L'Aquila, 9.11.2021, n. 1659, in *Diritto & Giustizia*, 2022, 15 febbraio e in *Ridare.it*, 2022 con nota di I. ALAGNA, ove i giudici sostengono, con ampia argomentazione, che: «L'adesione dell'utente comporta quindi il sorgere di obbligazioni corrispettive, che, semplificando, dal lato dell'utente vanno individuate nella concessione a (*omissis*) della facoltà d'uso dei dati personali [...] e, dal lato del gestore, nella messa a disposizione di strumenti che consentono agli utenti di connettersi fra di loro, creare *community* e far crescere aziende». In dottrina, per un inquadramento civilistico dei rapporti tra l'utente e la piattaforma si rinvia alle analisi di C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014, 55 ss., e ID., *Gli accordi tra i siti di social networks e gli utenti*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 104 ss. V. anche A. DE FRANCESCHI, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Napoli, 2017, 77 ss.; ID., *La vendita di beni con elementi digitali*, Napoli, 2019, 15 ss. e ID., *Il «pagamento» mediante dati personali*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO e R. D'ORAZIO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 1381 ss.; C. CAMARDI, *Contratti digitali e mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista*, in *Jus civile*, 2021, 870 ss.; C. IRTI, *Consenso negoziato e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021; V. RICCIUTO e C. SOLINAS, *Forniture di servizi digitali e «pagamento» con la prestazione dei dati personali*, Padova, 2022; S. THOBANI, *L'esclusione da Facebook tra lesione della libertà di espressione e diniego di accesso al mercato*, in *Questa rivista*, 2021, (no-

che, entro una visione contrattualista, si voglia ragionare di una misura rimediale, fondata sopra un preciso presupposto giustificativo, diretta a provocare lo scioglimento unilaterale del vincolo più che di un provvedimento con funzione afflittiva, volto a determinare l'esclusione di un membro dalla *community*<sup>109</sup>.

A favore dell'opzione ricostruttiva che individua nella disattivazione dell'*account* per reiterate violazione delle regole della *community* una forma di recesso cd. «d'impugnazione»<sup>110</sup> militano diversi argomenti.

ta a Trib. Trieste, 27.11.2020, n. 2032), 428 s. Sulla questione della natura giuridica dei *social network* v. S. PIVA, *Facebook è un servizio pubblico? La controversia su CasaPound risolve la questione dell'inquadramento giuridico dei social network*, in *Dirittifondamenti.it*, 2020, 1203.

In relazione al contratto di *hosting* tra eBay e un venditore, nel senso che «la sospensione dell'*account*, operata peraltro a tempo indeterminato, può certamente essere equiparata, alla luce degli effetti prodotti dalla stessa, alla risoluzione per inadempimento [...] pertanto, affinché si possa procedere alla sospensione dell'*account*, è necessario l'accertamento del presupposto di un grave inadempimento del debitore, sotto il profilo della gravità della violazione o del numero delle condotte non conformi alle regole contrattuali [...] l'attribuzione all'hoster di un potere di decidere, anche in assenza di qualsiasi valutazione circa la gravità dell'inadempimento, la risoluzione del contratto e la sospensione dell'*account*, attribuirebbe in realtà allo stesso un potere di recedere unilateralmente dal rapporto, clausola da considerarsi certamente vessatoria» v. Trib. Messina, 7.7.2010, cit.

In dottrina, per la tesi della clausola risolutiva espressa cfr. G. SCORZA, *La sospensione e il blocco degli account nei servizi della società dell'informazione*, in *Corr. merito*, 2011, 1, 46.

<sup>109</sup> L'oscuramento d'informazioni, la sospensione o la chiusura dell'*account* del destinatario del servizio per V.W. VIRGA, *Inadempimento di contratto e sanzioni private nei social network*, in *AIDA*, 2011, 226 rappresentano altrettante pene private per la violazione del regolamento contrattuale. Anche in Trib. Roma, 12.12.2019, cit., si legge: «In caso di violazione delle regole pattizie da parte dell'utente, il suddetto regolamento contrattuale prevede l'irrogazione di misure qualificabili *latu sensu* quali sanzionatorie rappresentate (in ordine di crescente gravità) dalla rimozione di contenuti, dalla sospensione dall'utilizzo del Servizio Facebook e nei casi più gravi viene prevista la disabilitazione dell'*account* (sia temporanea che definitiva)».

<sup>110</sup> Già prima dell'entrata in vigore del codice del 1942, la dottrina aveva distinto il «recesso ordinario», avente la funzione di dare un termine ai contratti di durata che ne siano privi dal «recesso straordinario» quale atto capace di alterare il regolamento contrattuale a fronte di patologie del rapporto (cfr. G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Individuazione della fattispecie*, Milano, 1962, 205 ss.). Successivamente, è invalso introdurre, nell'ambito della categoria del recesso «straordinario», una ulteriore distinzione a seconda che il potere di sciogliere unilateralmente il vincolo sia espressione della supremazia di una parte; strumento d'impugnazione del contratto a fronte di un vizio originario o sopravvenuto ovvero espressione della facoltà per la parte di pentirsi della regola contrattuale (cfr. G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, 13 s.; G. GABRIELLI e F. PADOVINI, voce *Recesso*, *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1998, 29 s.; M.





*In primis*, sembra possibile osservare come, qui, pare di essere dinnanzi a fatti o comportamenti di una parte che, pur rivestendo sicura rilevanza giuridica avuto riguardo all'interesse dell'altra parte alla prosecuzione del rapporto, non rappresentano la mancata esecuzione di una prestazione che si ponga in rapporto sinallagmatico con la erogazione del servizio (a es., di condivisione di messaggi, foto e video, di socializzazione ecc...) <sup>111</sup>. Questa avviene piuttosto in cambio di dati dell'utente <sup>112</sup>.

In secondo luogo, per la tesi del recesso come strumento di reazione, sembra far propendere la considerazione che alla disattivazione dell'*account* si giunge all'esito di un *iter* che implica valutazioni discrezionali non senza un coinvolgimento dell'utente stesso: difetta, dunque, l'automaticità propria del meccanismo della clausola risolutiva espressa <sup>113</sup>.

Si aggiunga che una clausola formulata in modo non specifico, bensì con generico riferimento a gravi o reiterate violazioni delle "Condizioni d'uso" o degli "Standard della community" sarebbe di stile e dunque, da considerare come non apposta <sup>114</sup> (diversa e specifica è invece, per fare un altro esempio, la formulazione della clausola, contenuta nelle condizioni dell'*Accordo per l'utente* di eBay, con la quale il gestore della piattaforma si riserva, ai sensi dell'art. 1456 c.c., il diritto di terminare i propri servizi ove l'utente abbia ricevuto un numero totale di Feedback negativi e/o neutri tale da comprometterne l'affidabilità).

D'altra parte, neppure si può trascurare come la giurisprudenza, non solo domestica, ravvisando

l'esistenza (non sempre pacifica) di un rapporto di lavoro subordinato, abbia in molti casi qualificato la disattivazione dell'*account* nei termini di un licenziamento. Il più eclatante di questi casi riguarda Uber e i suoi *driver* <sup>115</sup>.

<sup>115</sup> Cfr. A. QUARTA, *L'espulsione del socio dal partito tra risoluzione e sanzione: nuovi profili civilistici della disattivazione dell'account*, cit., 86. Nel Regno Unito, già nel 2015, i giudici si erano espressi nel senso che i *driver* di Uber devono essere considerati lavoratori dipendenti (*Aslam vs Uber BV, Employment Tribunals*: caso n. 2202550/2015) come ha poi confermato la Suprema Corte (*Uber BV and others vs Aslam and others*: caso 0029/2019). In Francia, v. Cour de Cassation, Chambre sociale, 4.3.2020, n. 374, in *Lab. & Law Iss.*, 2020, 1, 11, con nota di A. DONINI, *Secondo la Cassazione francese Uber è datore di lavoro*. In Italia, hanno fatto riferimento all'art. 2094 c.c. Trib. Torino 18.11.2021; Trib. Bologna, 14.4.2020, in *Rep. Foro it.*, 2020, Lavoro (rapporto di), n. 1319; *Foro it.*, 2020, I, 1770; *Dir. relazioni ind.*, 2020, 841 (m), con nota di Biasi; *Notiziario giurisprudenza lav.* 2020, 161; *Giur. it.*, 2020, 2193, con nota di Miraglia, *ADL* 2020, 1267, con nota di D'Ascola; *Riv. giur. lav.* 2020, II, 485 (m), con nota di Bologna; *Labor*, 2020, 766, con nota di Donini: «alla luce della recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale di tutela dei riders» scrivono i giudici bolognesi «non pare oggi potersi dubitare della necessità di estendere anche a tali lavoratori, a prescindere dal *nomen iuris* utilizzato dalle parti nel contratto di lavoro, l'intera disciplina della subordinazione»; Trib. Palermo, 24.11.2020, in *Arg. Dir. Lav.*, 2021, 1, 105 ss., su cui cfr. F. CARINCI, *Tribunale Palermo 24/11/2020. L'ultima parola sui riders: sono lavoratori subordinati*, in *Lav. Dir. Eur.*, 2021, 1, 1 ss.; A. PERULLI, *Il rider di Glovo: tra subordinazione, etero-organizzazione e libertà*, in *ADL*, 2021, 1, 37 ss.; P. TOSI, *Riders: qualificazione del rapporto e rappresentanza sindacale*, in *Guida lav.*, 2020, 48, 12; M. ARBIERI, *Il luminoso futuro di un concetto antico: la subordinazione nell'esemplare sentenza di Palermo sui riders*, in *Lab. & Law Iss.*, 2020, 2, 63 e ss.; G. CAVALLINI, *Libertà apparente del rider vs. poteri datoriali della piattaforma: il Tribunale di Palermo riapre l'opzione subordinazione*, in *Giustiziavivile.com*, 21 dicembre 2020. Aveva invece escluso la possibilità di qualificare il rapporto tra Foodora e i suoi *rider* come di lavoro subordinato Trib. Torino, 7.5.2018, n. 778 in *ADL*, 4-5, 2018, 1220 e ss., con nota di M. BIASI, *Il Tribunale di Torino e la qualificazione dei riders di Foodora*, cui adde P. ICHINO, *Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella gig-economy*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, II, 294 ss.; P. TULLINI, *Prime riflessioni dopo la sentenza di Torino sul caso Foodora*, in *Lav. Dir. Eur.*, 2018, 1, 1 ss.; V. FERRANTE, *Subordinazione ed autonomia: il gioco dell'oca*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, 4, 1196 ss.; E. GRAMANO, *Dalla eterodirezione alla eterorganizzazione e ritorno. Un commento alla sentenza Foodora*, in *Labor*, 2018, 609 ss.; E. DAGNINO, *Foodora, esclusa la subordinazione per i rider*, in *Guida lav.* 2018, 21, 12 ss.; G. A. RECCHIA, *Gig economy e dilemmi qualificatori: la prima sentenza italiana*, in *Lav. giur.*, 2018, 7, 726 ss.; C. SPINELLI, *La qualificazione giuridica del rapporto di lavoro dei fattorini di Foodora tra autonomia e subordinazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2018, II, 371 ss. (anche se Cass., 24.10.2020, n. 1663, in *Dir. rel. ind.*, 2020, 1, 145, con nota di A. MARESCA, *La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni organizzate*; cui adde M. BIASI, *Le (in)attese ricadute di un approccio rimediabile*

FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, *Comm. Schlesinger*, Milano, 2013, 367.

<sup>111</sup> Nel senso che la previsione contrattuale del diritto del gestore della piattaforma di disabilitare l'*account* configura una clausola di recesso e non una clausola risolutiva espressa perché si è «in presenza di fatti o comportamenti di una parte che, pur acquistando rilevanza giuridica rispetto all'interesse dell'altra parte alla prosecuzione del rapporto, non costituiscono tuttavia inadempimento vero e proprio» v. Trib. Trieste, 27.11.2020, n. 2032, cit. Per la tesi del recesso cfr. anche Trib. Catanzaro, 30.4.2012, cit.

<sup>112</sup> Trib. Trieste, 27.11.2020, n. 2032, cit. Cfr. l'art. 3, § 1, 2° co., dir. 2019/770/UE relativa a «determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali» che estende espressamente la sua disciplina «altresì nel caso in cui l'operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico...».

<sup>113</sup> Lo evidenzia S. THOBANI, *L'esclusione da Facebook tra lesione della libertà di espressione e diniego di accesso al mercato*, cit., 431.

<sup>114</sup> Si veda, in questo senso, Trib. Catanzaro, 30.4.2012, cit., che ribadisce, in proposito, come una clausola risolutiva espressa è validamente apposta allorché rechi «una indicazione specifica delle obbligazioni che devono essere adempiute a pena di risoluzione».

Di là dai problemi d'inquadramento sistematico di queste previsioni, v'è da sottolineare come, ove il gestore di una piattaforma sospenda o disattivi un *account* oppure rimuova un contenuto asseritamente illecito o comunque, "giudicato" in contrasto con le condizioni di contratto, l'utente (ferme le procedure di reclamo interne alla piattaforma) può pur sempre adire l'autorità giudiziaria competente, lamentando la violazione del contratto e chiedere il risarcimento del danno<sup>116</sup> oltre, in alcuni casi, alla riattivazione dell'*account*<sup>117</sup>.

*al lavoro tramite piattaforma digitale*, in *Giur. it.*, 2020, 7, 1809; M. PERSIANI, *Note sulla vicenda giudiziaria dei riders*, in *Lav. Dir. Eur.*, 2020, 1, 1 e ss.; F. CARINCI, *Il percorso giurisprudenziale sui rider*. Da Tribunale Torino 7 maggio 2018 a Tribunale Palermo 24 novembre 2020, *ADL*, 2021, 8 ss. si è pronunciata per l'esistenza di una collaborazione etero-organizzata ex art. 2, d.lgs. 15.6.2015, n. 81 con applicazione della disciplina lavoristica del lavoro subordinato).

<sup>116</sup> Secondo App. L'Aquila, 9.11.2021, n. 1659, cit.: «un'ingiustificata limitazione delle relazioni interpersonali e delle comunicazioni private dell'attore, conseguite a quattro illegittime azioni di rimozione di post e sospensioni temporanee del profilo dell'utente, rappresentano dunque comportamenti certamente idonei a produrre conseguenze dannose sia in termini di sofferenza interiore, che in termini di impedimento della possibilità di coltivare appunto quelle relazioni quotidiane costituenti manifestazione della personalità che avevano costituito la ragione stessa dell'adesione».

<sup>117</sup> Quanto ai rapporti tra rimedi, in giurisprudenza si sono registrate posizioni differenti. V'è, in altre parole, contrasto sul punto: se l'utente illegittimamente escluso dai servizi della piattaforma possa ottenere la ricostituzione del rapporto o soltanto il risarcimento del danno. Si segnala, in particolare, Trib. Trieste, 27.11.2020, n. 2032, cit., per cui, attesa la specialità della disciplina lavoristica, non può condividersi la valutazione operata, nel caso Casa Pound, dal collegio del reclamo del Tribunale di Roma (v. Trib. Roma, 29.4.2020, cit., che aveva richiamato il «paradigma del divieto di licenziamento del lavoratore per motivi politici»): «[l]e sole possibilità ripristinatorie, e quindi i soli casi di ricostituzioni reali del rapporto a fronte di un recesso nullo o illegittimo, sono quelle espressamente previste dalla legge, laddove la norma abbia inteso regolare in via speciale casi già socialmente caratterizzati da una posizione di debolezza (lavoratore, conduttore di immobili, etc.), mentre nei restanti casi il contraente non può che ottenere il risarcimento del danno». Neppure potrebbe darsi luogo a una nuova attivazione, in tempi assai ravvicinati, del rapporto contrattuale pacificamente sciolto poiché ciò costituirebbe «un aggiramento della chiara volontà legislativa di vietare la reviviscenza del rapporto a seguito del recesso contrattuale». Per l'orientamento contrario, in linea con la suddetta pronuncia del Trib. Roma, 29.4.2020, cit., cfr. Trib. Messina, 7.7.2010, cit., che in favore di una società operante su eBay aveva emesso in sede cautelare un ordine di riattivazione dell'*account*, specificando: «l'eventuale adozione di un provvedimento avente ad oggetto un obbligo infungibile attesa la coercibilità dello stesso a seguito della previsione della *astrantes* appare assolutamente legittima e non può essere considerata un attentato una libertà contrattuale di un soggetto giuridico atteso che tale libertà deve necessariamente venire meno di fronte a condotte illegittime e contrarie ai doveri contrattuali che lo stesso si è liberamente assunto; rilevato che l'autonomia contrattuale e la libertà di determinare contrattualmente le regole della condotta delle parti deve necessariamente soccombere

Che il gestore di una piattaforma *online* possa esercitare un potere "censorio" senza limiti è da escludere per almeno due ordini di considerazioni.

In primo luogo, il regolamento contrattuale è pur sempre passibile di un vaglio giurisdizionale alla luce dell'art. 1322, secondo comma, ma anche degli artt. 1418 e 1343; 1341 ss. c.c.<sup>118</sup> nonché degli artt. 33 ss. cod. cons., ove il rapporto sia tra professionista e consumatore<sup>119</sup>: se il problema concerne la definizione dei limiti di un legittimo esercizio del cd. potere di *private censorship*, al fine d'impedire arbitrarie compressioni della libertà di espressione e violazioni del diritto di non discriminazione, la soluzione muove dall'individuazione dei limiti all'autonomia contrattuale dei gestori delle piattaforme, *in primis*, rappresentati dal (buon costume e) dall'ordine pubblico<sup>120</sup>, la contrarietà al quale varrebbe a rendere la clausola "censoria" nulla per illiquidità.

In secondo luogo, la valutazione del contegno dell'utente "giudicato" in contrasto con norme di legge o semplicemente, inappropriato e riprovevole secondo le previsioni pattizie, compiuta dai moderatori all'interno della piattaforma, ferme le procedure di reclamo predisposte dall'*ISP*, resta suscettibile di

di fronte alla disciplina di legge». In dottrina, nel senso che «è precluso di ordinare la ricostituzione del rapporto, ormai irrimediabilmente sciolto, posto che l'ingiustificato recesso giustifica al più la condanna della controparte contrattuale al risarcimento del danno; dall'altro, in caso di mera sospensione ("congelamento") dell'*account*, effettuata in virtù di una patteggiamento che la consenta, inserendosi nel paradigma dell'*exceptio non adimpleti contractus*, il Giudice potrà disporre il rimedio ripristinatorio» si è espresso, di recente, A. AMIDEI, *Il vaglio di validità delle clausole contrattuali di content moderation online*, cit., 1550.

<sup>118</sup> Se e come debba esser soddisfatto il requisito della specifica approvazione per iscritto per le clausole di *content moderation* nei contratti stipulati in Internet e se sia sufficiente un *flag* sopra una apposita casella è questione ancora aperta. In arg. v. G. FINOCCHIARO, *Il perfezionamento del contratto on line: opportunità e criticità*, in *Dir. scambi internaz.*, 2018, 1/2, 194 ss.; G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Specifiche approvazione per iscritto delle clausole vessatorie e contrattazione "on line"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 3, 404 ss.; E. TOSI, *Diritto privato delle nuove tecnologie digitali*, Milano, 2021, 291 ss. In giur., cfr. Cass., 22.3.2006, n. 6314, in *Foro it.*, 2006, 7-8, 2035; Trib. Catanzaro, 30.4.2012, cit.

<sup>119</sup> In arg. v., di recente, A. AMIDEI, *Il vaglio di validità delle clausole contrattuali di content moderation online*, cit., 1548 ss., il quale si sofferma sulla «(indiretta) efficacia che i precetti costituzionali spiegano nel controllo giudiziale delle previsioni contrattuali» e, in particolare, sulla incidenza che l'art. 21 Cost. avrebbe nel vaglio della validità delle clausole di *content moderation*; U. RUFFOLO, *Piattaforme e content moderation nella dialettica tra libertà di espressione ed autonomia privata*, *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2023, 1, 12 ss.

<sup>120</sup> G. PERLINGIERI e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019.

un controllo *ex post* da parte dell'autorità giudiziaria competente<sup>121</sup>.

È indiscutibile che siano gli stessi utenti del servizio ad accettare, con la propria adesione al regolamento contrattuale, che il gestore della piattaforma vigili sulle condotte dei membri della *community* e assuma, sempre sulla base del contratto, determinazioni ove rilevi violazioni, esercitando in autotutela il diritto potestativo di disattivare l'*account* dell'utente a fronte della reiterata pubblicazione di contenuti "illeciti" o semplicemente "riprovevoli" poiché "offensivi", "razzisti" ecc. Purtuttavia, è altrettanto indubitabile che arbitro del confine tra il lecito e l'illecito, tra libertà di espressione e condotte istigative o apologetiche sia (e non possa che essere) il giudice<sup>122</sup>.

I poteri privati dei gestori di piattaforme *online* incontrano i confini segnati dalle norme sul contratto in generale e dalla disciplina consumeristica<sup>123</sup>; soprattutto (nonostante la previsione di procedure di reclamo interne alle piattaforme) spetta all'autorità giudiziaria competente il controllo, in definitiva, sia sulla validità dell'atto di autonomia privata (specie sotto il profilo della liceità della causa e dell'oggetto ovvero della violazione di norme imperative) sia sulla liceità del contegno esecutivo del contratto. Nell'ipotesi, in particolare, di disattivazione dell'*account* dell'utente, un giudice valuterà la legittimità del recesso, specialmente alla luce del canone della buona fede, da intendere anche come dovere di non perseguire intenti discriminatori. Salva l'eventualità di un ipotetico vaglio delle condotte dei gestori delle piattaforme nel prisma dell'art. 2043 c.c.<sup>124</sup>, sull'assunto che un unico comporta-

mento potrebbe essere suscettibile di doppia qualificazione ove lesivo sia di diritti derivanti dal contratto sia di diritti esterni all'oggetto della prestazione<sup>125</sup>. Altri direbbero che una lesione di questo tipo, piuttosto, potrebbe rappresentare un campo elettivo di applicazione dei c.d. obblighi di protezione<sup>126</sup>. La protezione dell'utente di una piattaforma *online* va oltre la protezione del contraente in quanto tale poiché attiene alla tutela di diritti garantiti a livello costituzionale (es., all'art. 21 e all'art. 3) e ascrivibili fra quelli fondamentali dell'uomo.

Certo è che nessuna autorità privata può considerarsi (né aspirare a essere) *legibus soluta*<sup>127</sup>.

Anzi, nell'età contemporanea si è assistito – parallelamente all'ascesa di poteri privati come quelli rappresentati dalle cd. *Big Tech* e all'accentuarsi del pluralismo dei centri di produzione di norme giuridiche – a un rafforzamento del ruolo della regolazione e dell'*enforcement* statuali. Lì dove la statualità è da declinarsi, per quel che qui interessa, in una dimensione sovranazionale, quella euro-unitaria. Il perimetro della regolazione europea si è progressivamente dilatato, comprendendo il campo dei mercati e dei servizi digitali, per garantire un ordine giuridico del mercato comune conforme ai principi di una società democratica, aperta e tollerante, basata sul rispetto dei diritti fondamentali della persona oltre che sul principio di libera circolazione dei capitali e delle merci.

#### 4. Verso una *leadership* europea nel governo del digitale?

Nel governo del discorso pubblico *online*, l'Europa sembra aver delineato un quadro regolatorio armonizzato, moderno e strutturato che, tenuto conto dell'avvenuta migrazione verso un Internet delle piattaforme, combina una regolazione (di tipo cd. *top-down*) tesa ad assicurare la trasparenza e la prevedibilità (l'*accountability*) dell'operato delle *Big Tech* con forme di vigilanza dall'alto (cd. *top-down*) e di controllo dal basso (cd. *bottom-up*). A questo riguardo giova, infatti, notare come il mec-

servizio è però necessario che venga allegato dal danneggiato un comportamento valutabile non quale mera inadempienza alle disposizioni che regolano il contratto di servizio, ma quale violazione delle regole sulla responsabilità per fatto illecito».

<sup>125</sup> Cass., 13.3.1980, n. 1696, in *Giur. it.*, 1980, I, I, 1460.

<sup>126</sup> Sulla categoria la letteratura è sterminata ma v. C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, vol. XXI, 1 ss.; ID., *Responsabilità civile*, Milano, 2018 e anche M. ORLANDI, *Responsabilità precontrattuale*, in G. D'AMICO (diretto da), *I tematici*, I-2021, *Il contratto*, *Enc. dir.*, Milano, 2021, 996 ss.

<sup>127</sup> Si discorre di autorità privata nel senso espresso da C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., 4 ss.

<sup>121</sup> Nel senso invece che l'*ISP* non possa operare autonomamente una valutazione circa la lesività dei contenuti e debba attendere un ordine dell'autorità competente prima di procedere alla rimozione degli stessi a meno che, ricevuta una diffida, si trovi innanzi a contenuti "univocamente lesivi" dei diritti di terzi cfr. App. Roma, 19.2.2018, n. 1065 e il commento di M. BELLEZZA, *Responsabilità ISP: chi decide se un contenuto è diffamatorio*, in *Rivista di diritto dei media*, 2018, 2, 377.

<sup>122</sup> P. STANZIONE, *ibidem*.

<sup>123</sup> Cfr. U. RUFFOLO, *Piattaforme e content moderation nella dialettica tra libertà di espressione ed autonomia privata*, cit., 11 ss., il quale osserva, in tema di *content moderation*, come «Il generale fenomeno potrebbe, invece, trovare sufficiente governo mediante la logica e la disciplina codicistica (integrata da quella consumeristica e dei contratti), nella quale confluiscono anche i limiti desumibili sia dalla efficacia "orizzontale" di norme costituzionali – in particolare dell'art. 21 Cost.».

<sup>124</sup> Cfr. Trib. Trieste, 27.11.2020, n. 2032, cit.: «Se quindi il contratto intercorso tra FACEBOOK ed i suoi utenti viene in considerazione oltre che come un atto, anche come un fatto giuridico, può allora comprendersi come all'inadempimento possano conseguire come effetto non solo la lesione della posizione contrattuale che innesca il relativo sistema rimediabile, ma anche - ed in chiave extracontrattuale - quella di diritti della persona direttamente tutelati dalla Costituzione. Affinché possa concretarsi una responsabilità extracontrattuale del gestore del



canismo delle segnalazioni valga a promuovere un controllo “diffuso”: con la previsione dell’obbligo di predisporre un sistema di *notice and action*, si è scelto d’incentivare, nella moderazione dei contenuti, accanto a una cooperazione, *in senso verticale*, tra Stati e *Internet Service Provider*, una collaborazione, *in senso orizzontale*, tra privati, onerando gli utenti di concorrere, in un’ottica partecipativa, alla salvaguardia di un ambiente digitale “pulito”.

Per quanto riguarda, in particolare, la responsabilità per i contenuti illeciti caricati in piattaforma, nei Paesi Membri, si ha una regolazione multilivello: il regime è a doppio binario dal momento che le leggi statali si indirizzano ai privati, utenti del servizio, limitandone la libertà di espressione *offline* come *online* per assicurare il bilanciamento di questo diritto con altri diritti fondamentali come quello alla reputazione e all’onore; parallelamente, la legge europea si rivolge ai fornitori di servizi su Internet<sup>128</sup>, sancendone la responsabilità (sussidiaria) per il caso d’inerzia colpevole (la responsabilità, come detto più volte, scaturisce allorché il *provider* sia negligente e, venuto a conoscenza di attività o contenuti illeciti, non agisca immediatamente per rimuovere i contenuti o per disabilitare l’accesso agli stessi).

Nuove forme di regolazione si affiancano agli strumenti della *regulation* tradizionale senza sostituirli nel controllo del discorso pubblico<sup>129</sup>.

La stessa combinazione di *private* e *public enforcement* rappresenta un importante tassello nell’articolato quadro della regolazione europea in materia di servizi digitali: l’utente che lamenta la violazione dei propri diritti nella *content moderation*, salve le procedure di reclamo interne alla piattaforma, può adire l’autorità giudiziaria competente, ma il gestore della piattaforma il quale abbia violato

<sup>128</sup> «Nation states, [...] have developed new techniques for speech regulation. In addition to targeting speakers directly, they now target the owners of private infrastructure, hoping to coerce or coopt them into regulating speech on the nation state’s behalf. ...In a dyadic model, there are two central actors: the power of the state threatens the individual’s right to speak. Instead, the digital age features a pluralist model of speech control. In the pluralist model individuals may be controlled, censored, and surveilled both by the nation state and by the owners of many different kinds of private infrastructure, who operate across national borders in multiple jurisdictions. In fact, the largest owners of private infrastructure are so powerful that we might even regard them as special-purpose sovereigns. They engage in perpetual struggles for control of digital networks with nation states, who, in turn, want to control and coopt these powerful players». J.M. BALKIN, *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation*, cit., 1153.

<sup>129</sup> «New-school regulations of digital networks and intermediaries are layered on top of old-school techniques, which do not go away in a digital world». Cfr. J. BALKIN, *Old School/New School Speech Regulation*, cit., 2306

gli obblighi in materia di moderazione dei contenuti posti dal regolamento europeo sui servizi digitali resta passibile di misure inibitorie (cons. 142 DSA) e sanzionatorie (cons. 117 DSA) da parte delle autorità pubbliche competenti, *in primis*, i coordinatori dei servizi digitali e la Commissione Europea<sup>130</sup>.

Mentre fuori dai confini europei v’è ancora opacità attorno alle modalità con le quali i gestori delle piattaforme agiscono nella moderazione dei contenuti<sup>131</sup>, palese risvolto di un “conflitto” per il riparto di poteri con gli stati nazionali, in Europa si è tracciato un indirizzo di politica legislativa chiaro, che colloca la persona in una posizione centrale, sulla scia dell’art. 9 del *Bill of Rights* del 1689 e dell’art. 11 della Dichiarazione universale dell’Uomo e del Cittadino del 1789<sup>132</sup>, nonostante il rischio che il mercato dei servizi digitali dell’UE possa risultare meno attrattivo.

L’Unione Europea ha offerto prova di essere capace di agire da *game changer* e di saper coniugare, attraverso la propria azione legislativa, elevati livelli di tutela dei diritti fondamentali con una pregnante regolazione dei servizi e dei mercati digitali, percorrendo una propria via per la *governance* di Internet, distante tanto dal modello neoliberale statunitense promosso dalle grandi *corporation*<sup>133</sup> quanto dal dirigismo e dalle derive sovraniste dei regimi autoritari<sup>134</sup>, nel segno di un governo antropocentrico della tecnica.

<sup>130</sup> Anche i coordinatori – oltre ad avere poteri d’indagine – sulla base dell’art. 52 DSA, hanno il potere di irrogare sanzioni pecuniarie (*fine*) e penalità di mora (*periodic penalty payment*) volte ad assicurare il rispetto di un ordine di cessazione delle violazioni o di uno degli ordini di indagine). *Funditus* R. SABIA, *L’enforcement pubblico del Digital Services Act tra Stati membri e Commissione europea: implementazione, monitoraggio e sanzioni*, cit., 88 ss.

<sup>131</sup> Si veda, per un’analisi riferita al contesto statunitense, K. KLONICK, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, *Harv. L. Rev.*, 2018, 131, 1598 ss.

<sup>132</sup> Il modello europeo ha il proprio cardine nell’art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e all’art. 10 della CEDU, per cui: «L’esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, all’integrità territoriale o alla pubblica sicurezza, alla difesa dell’ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione della reputazione o dei diritti altrui, per impedire la divulgazione di informazioni riservate o per garantire l’autorità e l’imparzialità del potere giudiziario». Soprattutto, l’art. 17 CEDU sanziona, come anzi detto, l’abuso dell’esercizio di un diritto umano riconosciuto dalla Convenzione.

<sup>133</sup> Cfr., in chiave critica, L.M. KHAN, *Amazon’s Antitrust Paradox*, cit., 710 ss.

<sup>134</sup> Cfr. SANTANIELLO, *Sovranità digitale e diritti fondamentali: un modello europeo di Internet governance*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2022, 1, 47 ss.





Restano, tuttavia, aperte alcune grandi sfide, a voler tacere, in questa sede, del problema del contrasto a disinformazione e *deepfake*<sup>135</sup>.

La prima è quella di garantire la *consistency* nelle decisioni delle piattaforme concernenti la moderazione dei contenuti *online*<sup>136</sup>.

A tal proposito, si deve considerare che – non solo il novero delle condotte illecite (per esempio, da considerare diffamatorie) varia al mutare della giurisdizione di riferimento<sup>137</sup> sicché un comportamento potrebbe costituire un reato, in un dato ordinamento; un comportamento lecito, altrove, ma – le piattaforme definiscono autonomamente e in modo non uniforme il concetto di comportamento vietato – poiché “improprio” (come l’“incitazione all’odio” o la “violenza esplicita”) oppure “offensivo” – e dunque, sanzionabile ai sensi dei propri termini e condizioni d’utilizzo. Senza dire della difficoltà di stabilire, in concreto, quando una condotta sia illecita, laddove sia in gioco la libertà di manifestazione del pensiero<sup>138</sup>.

A giustificare l’esercizio da parte del gestore della piattaforma di un potere di autotutela come quello di disattivare l’*account* dell’utente di un *social network*, del resto, come si è detto, può essere – non soltanto un comportamento contrario alla legge (certamente rilevante) come, per esempio, una condotta integrante il reato di l’apologia del fascismo, ma – anche un contegno non *illegal*<sup>139</sup>, ma giudicato riprovevole o dannoso (*harmful*) secondo la *policy* aziendale. Ed è soprattutto qui che si annida il pericolo d’irragionevoli discriminazioni, magari guidate dall’aprioristica inclinazione verso una o altra posizione ideologica, politica, filosofica o religiosa<sup>140</sup>.

<sup>135</sup> In arg. v., di recente, U. RUFFOLO, *Piattaforme e content moderation nella dialettica tra libertà di espressione ed autonomia privata*, cit., 17 ss.; A. OKAN ARIK, *Privacy invasion and disinformation: Navigating the challenges of information and communication Technologies*, EJPL, 2023, 1 ss., ma anche J. F. SANCHEZ BARRILAO, *La difesa della democrazia pluralista dinanzi alla paura e alla disinformazione*, *Rivista di diritto dei media*, 2021, 2, 44 ss.

<sup>136</sup> La *content moderation* è divenuta sempre più granulare specie grazie al passaggio dagli *standard* alle *rule*. Cfr. K. KLONICK, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, cit., 1631.

<sup>137</sup> A. TURILLAZZI, M. TADDEO, L. FLORIDI e F. CASOLARI, in *The Digital Services Act: An Analysis of Its Ethical, Legal, and Social implications*, *Law, Innovation and Technology*, 2023, 15 (1), 94 (consultabile su: <https://doi.org/10.1080/17579961.2023.2184136>).

<sup>138</sup> Cfr. S. THOBANI, *L’esclusione da Facebook tra lesione della libertà di espressione e diniego di accesso al mercato*, cit., 439.

<sup>139</sup> In questi termini v. App. L’Aquila, 9.11.2021, n. 1659, cit.

<sup>140</sup> Cfr. S. THOBANI, *L’esclusione da Facebook tra lesione della libertà di espressione e diniego di accesso al mercato*, cit., 427 ss., spec. 438: siccome monopolista di fatto, Facebook deve osservare la parità di trattamento, sicché «le condizioni di Facebook non potrebbero prevedere, tra chi usa espressioni pari-

Un pericolo mitigato dall’obbligo, che incombe su chi operi in regime di monopolio, di diritto o di fatto, di osservare la parità di trattamento, nel momento (*normativo*) della predisposizione delle condizioni generali di contratto come nel momento (*applicativo*) della moderazione dei contenuti caso per caso.

Non soltanto le *policy* dei gestori di piattaforme *online* possono esser differenti l’una dall’altra quanto alla definizione dei contenuti non ammessi (a es., perché violenti), ma di volta in volta i moderatori possono stabilire eccezioni anche sulla base di *rationales* di natura politica. Per non dire dei pericoli di una censura “asimmetrica” la quale finisca per privilegiare, all’atto dell’accoglimento dei reclami, i personaggi pubblici, dando luogo a ingiustificate discriminazioni o dei condizionamenti nella *content moderation* derivanti da valutazioni di carattere economico<sup>141</sup>.

La sfida più delicata tra tutte, peraltro, è quella di assicurare il carattere non discriminatorio delle decisioni delle *tech firm* contenendo il rischio, serio e attuale, della violazione del principio di uguaglianza sostanziale connesso all’impiego di sistemi di rilevamento automatizzato dei contenuti illeciti<sup>142</sup>.

Se è inimmaginabile che i gestori delle piattaforme e dei motori *online* di maggiori dimensioni possano affidarsi totalmente o principalmente alle risorse umane per la moderazione dei contenuti e l’unica soluzione transita per l’impiego di algoritmi, allora al problema di base si aggiunge un’ulteriore difficoltà (e forse, la cura è peggiore del male) atteso che l’intelligenza artificiale si basa su logiche inferenziali e non sull’analisi caso per caso, a discapito della diversità ossia di quel valore fondamentale che nutre di sé ed è consustanziale alla libertà di espressione<sup>143</sup>.

menti volgari, odiose o false, di escludere l’uno e non l’altro. Realisticamente, è chiaro che difficilmente tale discriminazione sarà prevista nelle condizioni di accesso al servizio, essendo piuttosto con più probabilità praticata di fatto. Sui criteri ai quali l’ISP dovrebbe improntare la propria azione “repressiva” v. M. CIANCIMINO, *La libertà di espressione nel mondo digitale: alcune coordinate civilistiche in tema di contenuti controversi sui social network*, *Dir. fam. pers.*, 2022, 1, II, 384 ss.

<sup>141</sup> Cfr. M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms*, cit., 37 ss., il quale riporta l’interessante esempio della sistematica rimozione da parte di Facebook dell’immagine di nudo della bambina vietnamita in fuga da un attacco al napalm americano (la c.d. *napalm girl*): dopo aver respinto precedenti reclami, Facebook ha accolto l’istanza (affatto analoga dal direttore di un giornale norvegese *Aftenposten*).

<sup>142</sup> Cfr. R. MONTINARO, *I sistemi di raccomandazione nelle interazioni tra professionisti e consumatori: il punto di vista del diritto dei consumi (e non solo)*, cit., spec. 376 ss.

<sup>143</sup> Su questi profili, v. le riflessioni critiche di V. ZENO ZENCOVICH, *The EU Regulation of Speech. A Critical View*, cit., 18.

V'è da auspicare che, quanto meno, gli algoritmi impiegati a questi fini siano addestrati con *set* di dati adeguatamente differenziati, in primo luogo, in relazione alla regione geografica.

È noto come l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale possa condurre a esiti (*output*) imprevedibili e non spiegabili a posteriori nonché a forme oscure di catalogazione e discriminazione tanto che si parla correntemente dell'algoritmo come di una scatola nera (cd. *black box*)<sup>144</sup>.

In questo contesto, tuttavia, deve rilevarsi come l'Unione Europea agisca (e sia percepita) come un potente attore, a livello globale, nel campo della «*digital regulation*»<sup>145</sup>. La stessa scelta di emanare un provvedimento come l'*Artificial Intelligence Act*<sup>146</sup> contribuisce ad alimentare il vento che soffia da Bruxelles<sup>147</sup>; dà ulteriore forma e sostanza all'azione legislativa dell'Unione Europea nel governo di Internet<sup>148</sup>, accrescendo la speranza che

possa compiersi un passo avanti verso l'affermazione di un suo ruolo di *leadership* nella definizione dell'ordine giuridico del mercato globale.

| 714

<sup>144</sup> F. PASQUALE, *The Black Box Society. The secret algorithms that control money and information*, Cambridge-London, 2015, 3 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, 5, 1209 ss., spec. 1212 ss.

<sup>145</sup> Per un ampio studio teso a dimostrare perché l'Unione Europea sia il più potente attore, a livello globale, nel campo della «*digital regulation*» v. T. CHRISTAKIS, 'European Digital Sovereignty': *Successfully Navigating Between the 'Brussels Effect' and Europe's Quest for Strategic Autonomy*, 7 dicembre 2020, consultabile al link: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3748098>.

<sup>146</sup> Una sintesi dei principali contenuti del testo risultante dall'accordo politico provvisorio raggiunto dal Consiglio e dal Parlamento europeo il 9.12.2023 è offerta dal *dossier* consultabile al link <https://documenti.camera.it/Leg19/Dossier/Pdf/AT026.Pdf>. Per un'analisi dell'impianto dell'*AI Act* e delle principali questioni che la regolamentazione proposta solleva può vedersi A. TARTARO, *Regulating by standards: current progress and main challenges in the standardisation of Artificial Intelligence in support of the AI Act*, *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2023, 1, 147 ss.; da altra prospettiva, v. L. FLORIDI, *The European Legislation on AI: a Brief Analysis of its Philosophical Approach*, in (34) *Philos. Technol.*, 2021, 215 ss., consultabile al link: <https://doi.org/10.1007/s13347-021-00460-9>, per il quale «*the ALA will place the EU in a position of "leadership by example" for the good governance of AI technologies*»; S. TOMMASI, *Digital Services Act e Artificial Intelligence Act: tentativi di futuro da armonizzare*, in *Questa rivista*, 2023, 2, 279 e ss.

<sup>147</sup> A. BRADFORD, *The Brussels Effect – How the European Union rules the world*, Oxford, 2020, *passim*.

<sup>148</sup> Cfr. L. FLORIDI, *The End of an Era: from Self-Regulation to Hard Law for the Digital Industry*, cit., 619 ss.: «*It is a regulatory movement likely to generate a vast Brussels effect, replacing soft-regulation, which never really took off, with legal compliance and penalties. [...] The time has come to acknowledge that, much as it might have been worth trying, self-regulation did not work. [...] Self-regulation needs to be replaced by the law; the sooner, the better. Dura lex, sed lex digitalis is why the EU is at the forefront in the debate on digital governance*». Resta fermo che «non ci sarà mai "il" legisla-

tore digitale». Cfr. G. FINOCCHIARO, *La sovranità digitale*, cit., 826.



## RIFLESSIONI A MARGINE DI UN RECENTE PROGETTO SULL'UTILIZZO DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE IN AMBITO GIURIDICO\*

Di Antonio Torrisi

| 715

**SOMMARIO:** *1. Cenni introduttivi. – 2. Tentativi riformatori per una giustizia “smart”. – 3. Il ricorso all’intelligenza artificiale e il rapporto con l’amministrazione della giustizia civile. – 3.A. Prime applicazioni in ambito giuridico – 3.B. Dalla teoria alla pratica. L’attuazione del progetto “Giustizia Smart: Strumenti e Modelli per ottimizzare il lavoro dei giudici” - Just Smart – 4. Funzione giurisdizionale e persona umana.*

*ABSTRACT.* Nel dibattito dottrinale degli ultimi anni, a seguito dell’avvento (prima) e della diffusione (poi) dell’intelligenza artificiale, è stata rivolta una sempre maggiore attenzione alla possibile applicazione degli algoritmi predittivi e/o delle decisioni robotiche per il complessivo miglioramento del “sistema giustizia”. In questo contributo, alla luce del lavoro svolto per il progetto “Giustizia Smart: Strumenti e Modelli per ottimizzare il lavoro dei giudici” - Just Smart”, si vuole offrire un quadro delle tecnologie e degli usi della predizione automatica in ambito giuridico, per poi riflettere sulla permanente centralità dell’essere umano (anche e soprattutto) in ambito decisionale.

*In the last few years, following (first) the arrival and (later) the spread of artificial intelligence, legal scholarship has devoted more and more attention to the potential application of predictive algorithms for the overall improvement of the “justice system”. Based on the activities carried out within the project “Giustizia Smart: Strumenti e Modelli per ottimizzare il lavoro dei giudici” - Just Smart”, the present essay aims at providing the framework for the application of predictive technologies in the legal system, in order to ponder on the everlasting relevance of human beings also (and above all) in the judicial phase.*



## 1. Cenni introduttivi.

Il progresso tecnologico, anche dal punto di vista giuridico, pone nuove sfide e assicura opportunità, attraverso il ricorso a possibili strumenti destinati a rinnovare non soltanto, ad esempio, la professione forense ma anche l'esercizio della funzione giurisdizionale, nell'ottica della deflazione del contenzioso e di una rapida risoluzione dello stesso.

Il diritto di ciascun cittadino di essere parte di un processo garantista e celere va concretamente assicurato, tenuto anche conto che il principio di ragionevole durata del processo è stato riconosciuto e sancito dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU) all'art. 6, comma 1, ove si dispone, al riguardo, che "...ogni persona ha diritto a che la propria causa sia esaminata...entro un termine ragionevole".

Al contempo però sono note le criticità legate alle lungaggini processuali, al carico di lavoro degli uffici giudiziari, alle decisioni procrastinate nel tempo; censure tanto evidenti e manifeste che l'ingresso dell'intelligenza artificiale nel mondo degli affari di giustizia e nel giuridico, in genere, viene accolto con entusiasmo<sup>1</sup>. I ruoli degli operatori così mutano: non è più sufficiente conoscere solo elementi giuridici, ma diventano essenziali altresì gli elementi informatici e matematici.

La tecnologia prova dunque a irrompere sulla scena come un *deus ex machina*: il dio che parla o appare da una "macchina", calato sul palco mediante un apposito attrezzo, chiamato a risolvere intrecci e complicazioni per avviare verso l'epilogo la narrazione. Allo stesso modo, *mutatis mutandis*, la tecnologia intelligente interviene (o dovrebbe intervenire) a risolvere situazioni difficili.

In particolare, prescindendo dalle riforme in materia processuale, di cui a breve si dirà, la grande fiducia riposta nella tecnologia e, *in primis*, nell'intelligenza artificiale<sup>2</sup>, deve rinvenirsi nella ritenuta capacità di garantire la calcolabilità e la prevedibilità delle decisioni giudiziali, assicurando, in ultima analisi, l'erogazione di prestazioni più efficienti rispetto a quelle fornite dall'essere umano in un'ottica di uguaglianza fra i cittadini<sup>3</sup>. La necessità

di nuove regole ha caratterizzato, negli anni, l'atteggiamento restio di una parte della dottrina giuridica verso l'informatica, "forse per una sorta di timore reverenziale o forse di ritrosia nei confronti delle nuove tecnologie"<sup>4</sup>.

Le questioni sono assai numerose e i problemi che le nuove tecnologie pongono emergono con forza nella loro multiforme varietà<sup>5</sup>, mettendo alla prova sia le capacità di risposta del sistema, sia la tenuta delle tradizionali categorie concettuali<sup>6</sup>. Non è dunque difficile registrare posizioni tra loro anche molto distanti, le quali hanno tuttavia assunto ormai

M.G. LOSANO, *Giuscibertnetica. Macchine e modelli cibernetici nel diritto*, Torino, 1969.

<sup>4</sup> G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, in *Contr. e impr.*, 2020, II, 714.

<sup>5</sup> E. GABRIELLI - U. RUFFOLO, *Intelligenza Artificiale e diritto*, in *Giur. It.*, 2019, VII, 1657.

<sup>6</sup> *Ex plurimis* G. VETTORI, *Cercare la verità nel diritto. Primi appunti*, in *Questa rivista*, 2023, III, 412; ID., *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020; A. ASTONE, *Sistemi intelligenti e regole di responsabilità*, in *Questa rivista*, 2023, III, 485 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 *Questa rivista*, 2023, I, 32 ss.; I. RAPISARDA, *La privacy sanitaria alla prova del mobile ecosystem. Il caso delle app mediche*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, I, 184 ss.; S. TOMMASI, *Digital Services Act e Artificial Intelligence Act: tentativi di futuro da armonizzare*, in *Questa rivista*, 2023, II, 279 ss.; E. BATTELLI, *Questioni aperte in materia di contrattazione nelle piattaforme online*, in *Contratti*, 2022, V, 565 ss.; A. CARRATTA, *Prova algoritmica e processo civile*, in *SMART. La persona e l'infosfera*, Atti del convegno 30 settembre - 2 ottobre 2021 (a cura di) U. SALANITRO, Pisa, 2022, 225 ss.; A. D'ALESSIO, *La responsabilità civile dell'intelligenza artificiale antropocentrica*, in *Questa rivista*, 2022, II, 243 ss.; G. DI ROSA, *I robot medici*, in *Questa rivista*, 2022, I, 12 ss.; S. ORLANDO, *Regole di immissione sul mercato e «pratiche di intelligenza artificiale» vietate nella proposta di artificial intelligence act*, in *Questa rivista*, 2022, III, 346 ss.; E. BIVONA, *Smart contracts e "interferenze" con la disciplina sui contratti: il sistema dei rimedi alla prova degli algoritmi*, in *Questa rivista*, 2021, IV, 776 ss.; A. GORASSINI, *Il valore della cultura giuridica nell'era digitale*, in *Tecnologie e diritto*, 2021, II, 38; A. VIGLIANISI FERRARO, *Le nuove frontiere dell'intelligenza artificiale ed i potenziali. Rischi per il diritto alla privacy*, in *Questa rivista*, 2021, II, 393 ss.; P. PERLINGIERI, *Sul trattamento algoritmico dei dati*, in *Tecnologie e diritto*, 2020, I, 191; U. SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, VI, 1247; L. BREGGIA, *Algoritmi ed effettività delle tutele*, in *Questa rivista*, 2019, I, 24 ss.; A. PAJNO, M. BASSINI, G. DE GREGORIO, M. MACCHIA, F. P. PATTI, O. POLLICINO, S. QUATTROCOLO, D. SIMEOLI, P. SIRENA, *AI: profili giuridici. Intelligenza Artificiale: criticità emergenti e sfide per il giurista*, in *BioLaw Journal*, 27 novembre 2019, 205-235; M. BASSINI, O. POLLICINO, L. LIGUORI, *Sistemi di Intelligenza Artificiale, responsabilità e accountability. Verso nuovi paradigmi?*, in (a cura di) F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018, 333 ss.; G. SARTOR, *Cognitive automata and the law: Electronic contracting and the intentionality of software agents*, in *Artificial Intelligence and Law*, 2009, 17, IV, 253 ss.

\* Lo scritto costituisce un prodotto del Programma di ricerca di Ateneo UNICT 2020-2022, linea 2, "Nuovi beni, innovazione tecnologica e tecniche di tutela".

<sup>1</sup> I. COPPOLA, *Quando Cassandra entra nel mondo giuridico: la giustizia predittiva dal calcolo alla misurazione dei casi pratici*, in *Rivista di internet*, 15 marzo 2023.

<sup>2</sup> P. BIAVATI, *Elasticità e semplificazione: alcuni equivoci*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2019, 1163.

<sup>3</sup> L. VIOLA, *L'interpretazione della legge secondo modelli matematici*, I, 2<sup>a</sup> ed., Roma, 2018, 389 ss. In precedenza V. FROSINI, *Cibernetica, diritto e società*, XVI, Milano, 1973;





“toni da guerra di religione tra integrati sostenitori e apocalittici detrattori”<sup>7</sup>.

A prescindere dai facili entusiasmi che simili strumenti informatici possono generare, occorrerà verificare sino a che punto gli algoritmi decisionali siano in grado di rispondere a esigenze di prevedibilità, certezza, uguaglianza<sup>8</sup>. Già in un celebre scritto Calamandrei si domandava se nel sistema della legalità fosse vero che la sentenza del giudice potesse essere prevedibile<sup>9</sup>. Si tratta di un quesito sempre più attuale e al centro di un ampio dibattito<sup>10</sup>; resta fermo che il sistema multilivello derivante dall'intreccio di norme nazionali e sovranazionali e l'ampio ricorso a un diritto che si affida a principi e clausole generali a contenuto altamente flessibile ed espansivo, rendono non semplice l'agire dell'interprete e l'attività del giudicare<sup>11</sup>.

Si tratta quindi di accertare se e come tali strumenti informatici consentano il pieno rispetto dei valori del giusto processo, in particolare come essi si possano armonizzare con la previsione del giudice preconstituito per legge (art. 25 Cost.) e con l'obbligo motivazionale imposto dal dettato costituzionale (art. 111 Cost.).

## 2. Tentativi riformatori per una giustizia “smart”

Va anzitutto detto che, in risposta all'esigenza di erogare prestazioni “di giustizia” più efficienti, nel corso degli ultimi anni si sono susseguiti, a volte, invano, diversi interventi da parte del legislatore; tra i tanti, a mero titolo esemplificativo e non certo esaustivo, si ricordano la ormai risalente riforma del rito del lavoro (con la l. 11 agosto 1973, n. 533), la riforma dei procedimenti sommari (con la l. 18 giugno 2009, n. 69), la riforma della mediazione (con il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28)<sup>12</sup>; la legge 17 dicembre 2012, n. 221, poi, con cui è stata prevista l'istituzione dell'Ufficio per il processo presso le Corti di appello e i Tribunali ordinari, proprio con l'obiettivo del miglioramento del servizio giustizia

attraverso l'innovazione dei modelli organizzativi e assicurando un più efficiente impiego delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

Da ultimo, fra gli interventi di riforma del legislatore nazionale, non può non essere evidenziata l'intervenuta “Riforma Cartabia”, di cui al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie. La riforma, muovendo dalla premessa dei ritardi e dei disservizi che affliggono la giustizia civile in Italia, si propone, in concreto, di migliorare la situazione, riducendo la durata media dei processi civili fino al 40%, per adempiere a una precisa istanza delle istituzioni europee, attraverso tre tipologie di intervento: il potenziamento dell'ufficio per il processo, lo sviluppo della mediazione e delle altre forme di risoluzione alternativa delle liti e una significativa revisione del codice di procedura civile.

Il processo civile telematico, in realtà, è funzionante, sia pure in modo non completo, già dal 30 giugno 2014<sup>13</sup>. Tuttavia solo l'emergenza sanitaria dovuta alla pandemia da Covid-19 ha disvelato fino in fondo tutti i vantaggi del rito telematico, tanto che, per consentire una pur minima attività al Paese, paralizzato dal *virus*, i benefici derivanti dall'applicazione delle logiche digitali sono stati enfatizzati al loro massimo potenziale<sup>14</sup>.

Da qui il ricorso alle udienze *on-line*; con la trattazione scritta si è poi utilizzata l'architettura del *pct* ben oltre i propri limiti. Ciò che dunque fino al

<sup>7</sup> L. ARNAUDO – R. PARDOLESI, *Ecce robot. Sulla responsabilità dei sistemi adulti di intelligenza artificiale*, in *Danno e respons.*, 2023, IV, 409.

<sup>8</sup> E. GABELLINI, *Algoritmi decisionali e processo civile: limiti e prospettive*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2022, I, 61.

<sup>9</sup> P. CALAMANDREI, *Giustizia e politica: sentenza e sentimento*, ora in *Opere giuridiche*, I, Roma, 2019, 646.

<sup>10</sup> G. COSTANTINO, *La prevedibilità della decisione tra uguaglianza e appartenenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 646 ss.

<sup>11</sup> S. PATTI, *Le clausole generali nel diritto processuale civile*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2021, I, 25 ss.; N. LIPARI, *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2018, I, 5 ss.

<sup>12</sup> E. BATTELLI, *Giustizia predittiva, decisione robotica e ruolo del giudice*, in *Giust. civ.*, 2020, II, 283.

<sup>13</sup> Com'è noto, il concreto avvio della giustizia civile digitale si deve all'introduzione delle disposizioni in tema di esclusività del deposito mediante invio telematico di taluni atti, c.d. endoprocessuali: art. 16-bis, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221 e poi integrato dall'art. 1, comma 19°, punto 2, l. 24 dicembre 2012, n. 228. Il successivo d.l. n. 90 del 2014 (convertito dalla l. n. 114 del 2014) precisò poi che l'obbligo del deposito telematico avrebbe interessato esclusivamente i procedimenti iniziati davanti al tribunale ordinario a partire dal 30 giugno 2014; mentre per quelli avanti alle corti d'appello si sarebbe dovuto attendere l'anno successivo. Ancora il d.l. n. 83 del 2015 (convertito dalla l. n. 132 del 2015) ha ammesso, nell'ambito dei procedimenti civili contenziosi e di volontaria giurisdizione, innanzi al tribunale e alla corte d'appello, il deposito telematico di qualsiasi atto del processo, non solo endoprocessuale, così risolvendo le discrasie createsi nella giurisprudenza di merito in ordine alla validità del deposito telematico degli atti introduttivi del giudizio.

<sup>14</sup> B. BRUNELLI *Il processo civile telematico che verrà*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2021, IV, 957 ss.



giorno prima sembrava irrealizzabile è risultato fattibile<sup>15</sup>.

In realtà, a prescindere dagli interventi di riforma del legislatore in merito alle attività processuali, il dibattito in ordine al possibile ruolo del legislatore nella disciplina del progresso tecnologico è risalente; può farsi riferimento alla tutela del *software*<sup>16</sup>, alla protezione della *privacy*<sup>17</sup>, e ancora al documento informatico<sup>18</sup> e al commercio elettronico<sup>19</sup>.

Si tratta, peraltro, di un ambito che ha visto impegnate anche le istituzioni europee. È stata così redatta dalla *Commission européenne pour l'efficacité de la justice* (c.d. *Cepej*), istituita presso il Consiglio europeo, nel dicembre 2018, l'*Ethical Charter on the Use of Artificial Intelligence in Judicial Systems and their environment*.

La Carta etica, nonostante non abbia carattere vincolante, si pone l'obiettivo di guidare e orientare l'attività degli operatori pubblici o dei privati protagonisti della diffusione e dell'applicazione dell'intelligenza artificiale. In tale ottica, la carta individua cinque principi che devono guidare detti fruitori: *a)* il principio del rispetto dei diritti fondamentali della persona sia in fase di progettazione che in quella di attuazione di strumenti e servizi di

<sup>15</sup> L'intera disciplina degli istituti processuali speciali che hanno trovato applicazione durante le prime fasi dell'emergenza pandemica, a partire dal 9 marzo 2020, è stata racchiusa nell'art. 83, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, recante «*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da covid-19*», convertito con modificazioni dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, come poi modificato dal d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito con modificazioni dalla l. 25 giugno 2020, n. 70. Tutte le norme processuali contenute nell'art. 83 citato erano poi cadute — dopo qualche oscillazione mostrata dal legislatore urgente — il giorno 30 giugno 2020. Successivamente, è intervenuto il combinato disposto dell'art. 23, d.l. n. 137 del 2020, con l'art. 221, d.l. n. 34 del 2020 e, per effetto della proroga introdotta dal d.l. n. 105 del 2021, le disposizioni specificamente dettate per il processo civile, volte a potenziare gli strumenti del processo telematico e le attività giudiziarie da remoto, sono state ripristinate e confermate fino al 31 dicembre 2021.

<sup>16</sup> Il richiamo è a R. BORRUSO, *Computer e diritto. Problemi giuridici dell'informatica*, II, Milano, 1988, 389 ss.; altresì G. SANTINI, *La tutela giuridica della programmazione elettronica*, in *Giur. it.*, 1968, IV, 225-232.

<sup>17</sup> V. FROSINI, *La protezione della riservatezza nella società informatica*, in *Informatica e diritto*, 1981, I, 5-14, che riteneva imprescindibile l'esigenza di colmare con nuove disposizioni normative la lacuna in tema di protezione dei dati esistente all'epoca nel nostro ordinamento giuridico.

<sup>18</sup> F. STALLONE, *La forma dell'atto giuridico elettronico*, in *Contratto e impresa*, 1990, 756-778; L. MONTESANO, *Sul documento informatico come rappresentazione meccanica della prova civile*, in *Dir. inf.*, 1987, 23-31; F. PARISI, *Il contratto concluso tramite computer*, Padova, 1987.

<sup>19</sup> G. MIRABELLI, *I contratti di informatica: modelli, tipicità, collegamento*, in (a cura di) G. ALPA – V. ZENO ZENCOVICH, *I contratti di informatica. Profili civilistici, tributari e di bilancio*, Milano, 1987, 9-19.

intelligenza artificiale; *b)* il principio di non discriminazione; *c)* il principio di qualità e sicurezza in ordine al trattamento di decisioni e di dati giudiziari; *d)* il principio di trasparenza, imparzialità ed equità nelle metodologie di trattamento dei dati; *e)* il principio del «controllo da parte dell'utilizzatore», ovvero è necessario che quest'ultimo sia un attore informato e abbia il controllo delle proprie scelte.

L'impulso a queste iniziative è stato fornito dalla Risoluzione del Parlamento europeo, approvata nel febbraio 2017, recante «*Raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica*»<sup>20</sup>. Il Parlamento ha infatti invitato la Commissione a formulare una proposta di direttiva che individui norme civilistiche idonee a regolare in modo coerente e uniforme, su tutto il territorio dell'Unione, gli aspetti e le problematiche connesse all'impiego della robotica e delle intelligenze artificiali<sup>21</sup>.

Da ultimo, con il regolamento della Commissione Europea per la disciplina delle applicazioni di Intelligenza Artificiale COM (2021) 206 final, approvato il 21 aprile 2022, l'intero settore Giustizia si è dovuto confrontare con i diversi adempimenti previsti dal primo quadro normativo di settore. Figurano, infatti, tra le applicazioni di IA qualificate ad alto rischio anche quelle relative all'amministrazione della giustizia, così individuate dall'Annesso III del Regolamento: «*Amministrazione della giustizia e processi democratici: a) sistemi di AI destinati ad assistere un'autorità giudiziaria nella ricerca e interpretare i fatti e la legge e applicare la legge a un insieme concreto di fatti*»<sup>22</sup>.

La Proposta ha così manifestato la piena consapevolezza della elevata *rischiosità* del ricorso ai sistemi di IA nel settore della giustizia, espressamente osservandosi che «*Alcuni sistemi di IA destinati all'amministrazione della giustizia e dei processi democratici devono essere classificati come ad alto rischio, considerando il loro impatto potenzialmente significativo su democrazia, Stato di diritto, libertà individuali e diritto a un ricorso effettivo e ad un giusto processo. In particolare, per affrontare i rischi di potenziali pregiudizi, errori e opacità, è opportuno qualificare come sistemi di IA ad alto rischio quelli destinati all'assistenza nella autorità giudiziaria nella ricerca e interpretazione dei fatti e della legge e nell'applicazione della legge ad un in-*

<sup>20</sup> Parlamento europeo, Risoluzione 16 febbraio 2017, n. 2015/2013 (INL).

<sup>21</sup> N. F. FRATTARI, *Robotica e responsabilità da algoritmo. Il processo di produzione dell'intelligenza artificiale*, in *Contr. e impr.*, 2020, I, 460.

<sup>22</sup> M. SCIACCA, *Algoritmo e giustizia alla ricerca di una mite predittività*, in *Questa rivista*, 2023, I, 69 ss.



*sieme concreto di fatti*», sebbene con l'eccezione dei sistemi di IA relativi a «attività amministrative puramente accessorie che non incidono sull'effettiva amministrazione della giustizia in casi individuali, come l'anonimizzazione o pseudonimizzazione di decisioni giudiziarie, documenti o dati, comunicazione tra personale, compiti amministrativi o allocazione di risorse»<sup>23</sup>.

Il regolamento ha poi prescritto una serie di obblighi di *accountability* sia per i *provider* di applicazioni di IA sia per gli utenti. Gli obblighi riguardano tutto il ciclo di vita dell'applicazione di IA, a partire dalla configurazione dei data-set, elemento strategico in ogni settore ma soprattutto in quello della giustizia predittiva.

Significativa importanza assume altresì la recente approvazione, 14 giugno 2023, 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 metà del 2024. Il provvedimento, su cui si è raggiunto un accordo preliminare tra il 6 e il 9 dicembre 2023 tra Consiglio, Parlamento e Commissione UE, oltre infatti 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<sup>24</sup>.

### 3. Il ricorso all'intelligenza artificiale e il rapporto con l'amministrazione della giustizia civile

Nel mondo scientifico manca una definizione univoca e condivisa di intelligenza artificiale, poiché essa è il prodotto di molteplici abilità (adattamento all'ambiente, capacità di apprendimento, ecc.)<sup>25</sup>, tanto che si è soliti affermare che tale con-

cetto costituisce il punto di incontro di differenti discipline: la filosofia, l'economia, la medicina, la psicologia, la matematica, la linguistica<sup>26</sup>.

La commissione europea nella sua comunicazione sull'intelligenza artificiale propone di identificarla nei «sistemi che mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere specifici obiettivi»<sup>27</sup>. In altri termini, si può ritenere che detta espressione sintetizzi la possibilità che una macchina, in una certa misura, sia in grado di pensare o piuttosto sia idonea a imitare il pensiero umano<sup>28</sup>.

Un dato, tuttavia, appare certo, nel senso che (almeno in termini generali) i sistemi robotici, pur nella loro molteplice articolazione, traducono l'artificialità, ossia sono manifestazioni, a livelli differenti, della cosiddetta intelligenza artificiale, in contrapposizione all'umana naturalità<sup>29</sup>. La locuzione “intelligenza artificiale” risulta essere un «evidente ossimoro, nella misura in cui attribuisce all'“artificiale” qualcosa che è essenzialmente “naturale” in quanto è la prerogativa più gelosa della natura umana: l'intelligenza»<sup>30</sup>. In altri termini, la non appropriatezza della terminologia deriva dalla circostanza che «per ora, almeno, alle macchine manca, in senso assoluto, il cervello e, tra le molteplici sue declinazioni, la capacità di discernere, la sensibilità, la morale, il giudizio, l'equità, la discrezionalità»<sup>31</sup>. Proprio la tradotta diversità rispetto all'umano viene espressa, nella rappresentazione consegnata al mondo tecnologico attuale, sottolineando che i robot «sono rimasti agenti artificiali che svolgono alcuni compiti al posto nostro e lo fanno in maniera autonoma»<sup>32</sup>.

<sup>26</sup> E. PALMERINI, *Robotica e diritto: suggestioni, intersezioni, sviluppi a margine di una ricerca europea*, in *Resp. civ.*, 2016, VI, 1816 ss.

<sup>27</sup> Comunicazione della commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni - *L'intelligenza artificiale per l'Europa*, Bruxelles, 25 aprile 2018, [COM (2018) 237 final]. Tale definizione è il punto di partenza del paper “Una definizione di IA: principali capacità e discipline”, redatto dal gruppo indipendente di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale, istituito dalla commissione europea nel giugno 2018. Detto documento è reperibile in *digital-strategy.ec.europa.eu*.

<sup>28</sup> F. LAGIOIA - G. SARTOR, *L'intelligenza artificiale per i diritti dei cittadini: il progetto Claudette*, in *Ragion prat.*, 2020, I, 88 ss.

<sup>29</sup> Sul rapporto (sotto il profilo ontologico) tra naturale, artificiale e tecnologico, A.G. BIUSO, *Artificiale*, in *Dizionario di bioetica*, (a cura) di VITTONI, Catania 2012, 43 ss.

<sup>30</sup> G. DI ROSA, *Quali regole per i sistemi automatizzati “intelligenti”?*, in *Riv. di dir. civ.*, 2021, I, 824 ss.

<sup>31</sup> S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *F. amm.*, 2018, X, 1787.

<sup>32</sup> P. DUMOUCHEL - L. DAMIANO, *Vivere con i robot. Saggio sull'empatia artificiale*, Milano, 2019, 11; sul carattere origina-

<sup>23</sup> C. MORELLI, *Nuove regole europee per l'AI: impatto su giuristi e legal tech*, in *altalex.com*.

<sup>24</sup> G. GUZZARDI, *Il paradigma identitario nella società digitale*, in *Questa rivista*, 2023, III, 527.

<sup>25</sup> E. GABELLINI, *Algoritmi decisionali e processo civile: limiti e prospettive*, cit., 62 ss.





Com'è noto, l'intelligenza artificiale opera tramite algoritmi e cioè formule matematiche che consentono a una macchina (più propriamente un computer o un robot)<sup>33</sup> di mettere in correlazione fra loro grandi quantità di informazioni e dati (più in generale, a livello "macro", si parla di "big data")<sup>34</sup>, elaborandoli, aggregandoli e disaggregandoli fra loro, così come avviene nel cervello umano; il tutto ovviamente con elevati livelli di rapidità ed efficienza e a una velocità elevatissima, difficilmente eguagliabile da un essere umano<sup>35</sup>.

L'algoritmo, parola chiave dell'intelligenza artificiale, non è altro che una «sequenza di istruzioni che specifica una combinazione di azioni da compiere per risolvere un problema»<sup>36</sup>. L'affidabilità di esso dipende dalla qualità dei dati utilizzati<sup>37</sup> e dalla scelta delle procedure risolutive<sup>38</sup>. L'algoritmo arriverebbe così dove l'essere umano non riesce, metabolizzando gli elementi di fatto di innumerevoli decisioni assunte nel passato e prevedendo (almeno sul piano teorico) l'esito della controversia con un certo grado di accuratezza e senza il condizionamento di fattori morali e sociologici<sup>39</sup>.

Al contempo, *legal tech*, *smart technologies*, *cyber justice* sono concetti che ricorrono sempre più frequentemente nel mondo giuridico: l'applicazione della tecnologia digitale al diritto dimostra la crescente tensione verso una sorta di "giustizia predittiva", con lo scopo di rendere le conseguenze del fatto giuridico quanto più possibile prevedibili e di ridurre al minimo l'aleatorietà del diritto<sup>40</sup>. In particolare, scopo della giustizia predittiva è quello di rendere le conseguenze delle azioni umane prevedibili, categorizzandole con l'ausilio dei cc.dd. *big*

*data*, raccolte di dati che, per dimensioni e quantità, non sarebbero elaborabili da una mente umana e la cui analisi e combinazione consente di individuare indici di regolarità e ripetitività<sup>41</sup>.

Le tecniche di elaborazione delle decisioni giudiziali attualmente in essere non si pongono l'obiettivo di riprodurre il ragionamento giuridico, bensì di costruire dei modelli, predisposti sulle correlazioni individuate tra parole e/o parametri predefiniti, in grado di anticipare i probabili orientamenti giudiziari. È, dunque, chiaro che quando si parla di decisione algoritmica si è distanti da quanto è accaduto negli ultimi anni in materia di processo telematico; così come quando si discute di formazione giudiziale degli atti processuali e di standardizzazione dei provvedimenti del giudice e degli avvocati e anche dalle c.d. forme di *on line court*, la cui diffusione oggi conosce un ampio sviluppo e riconoscimento, come per esempio si verifica in Canada, dove *Civil Resolution Court* è parte integrante del sistema giustizia.

Quando si parla di decisione robotica si fa riferimento a qualcos'altro: da una parte, a strumenti volti ad automatizzare la ricerca giurisprudenziale (qualcosa di più della mera costruzione di archivi informatici giurisprudenziali), dall'altra, a veri e propri robogiudici, cioè sistemi di IA che instancabilmente applicano gli stessi elevati standard legali a ogni giudizio, senza cadere vittime di errori umani come pregiudizi, stanchezza o carenza di conoscenze aggiornate.

Ciò di cui adesso si discute in fase di sviluppo riguarda anche la possibile semplificazione di alcune fasi del processo civile, attraverso l'implementazione dell'utilizzo dell'algoritmo informatico. Il riferimento è, in particolare, alla possibile decisione, attraverso l'intelligenza artificiale, di buona parte delle eccezioni processuali abitualmente definite in prima udienza, o meglio oggi nelle verifiche preliminari di cui all'art. 171 *bis* c.p.c., come quelle relative all'incapacità di agire di un soggetto minore di età o il difetto di rappresentanza, le eccezioni di giudicato o di litispendenza. Non meno interessato è il piano probatorio: all'algoritmo potrebbe essere rimessa, in futuro, la valutazione delle prove dichiarative mediante applicativi di analisi del linguaggio o la scelta del consulente tecnico. Ben si presterebbe al ricorso a sistemi automatizzati anche la fase esecutiva di condanne pecuniarie, postulando, salve eccezioni, il compimento di mere attività amministrative; ad esempio, potrebbe affidarsi la selezione dei beni pignorabili a un algoritmo che

rio del termine e la successiva accezione moderna C. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'utilizzazione della tecnologia robotica nei rapporti civilistici*, in *Rass. d. civ.*, 2015, IV, 1236; altresì A. SANTOSUOSSO - C. BOSCARATO - F. CAROLEO, *Robot e diritto: una prima ricognizione*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2012, II, 494 ss.

<sup>33</sup> R. CINGOLANI - D. ANDREASCIANI, *Robots, macchine intelligenti e sistemi autonomi: analisi della situazione e delle prospettive*, in (a cura di) G. ALPA, *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, 44 ss.

<sup>34</sup> J. KAPLAN, *Intelligenza artificiale - Guida al futuro prossimo*, Roma, 2017, 52 ss.

<sup>35</sup> S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, cit., 1787.

<sup>36</sup> G. SARTOR, *L'informatica giuridica e le tecniche dell'informazione*, Torino, 2022, 135;

<sup>37</sup> P.L.M. LUCATUORTO, *Intelligenza artificiale e diritto: le applicazioni dei sistemi esperti*, in *Cyberspazio e diritto*, 2006, II, 222.

<sup>38</sup> A. HART, *Sistemi esperti: dall'ingegneria della conoscenza all'intelligenza artificiale*, Milano, 1998, 13 ss.

<sup>39</sup> F. BENATTI, *L'arbitrorobot: un futuro prossimo? (Profili sostanziali)*, in *Riv. dir. priv.*, 2021, I, 47 ss.

<sup>40</sup> C.V. GIABARDO, *Il giudice e l'algoritmo (in difesa dell'umanità del giudicare)*, in *giustiziainsieme.it*.

<sup>41</sup> In dottrina, G. CARULLO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, in *Dir. inf.*, 2021, II, 431 ss.; F. BRAVO, *Trasparenza del codice sorgente e decisioni automatizzate*, *ivi*, 2020, II, 693 ss.







segnali i beni più facilmente vendibili o liquidabili. Lo stesso dicasi rispetto alla quantificazione dei contributi e degli assegni di mantenimento nei procedimenti di separazione e divorzio. Inoltre, il ricorso all'intelligenza artificiale potrebbe essere d'ausilio al giudice sia in materia di consulenza tecnica sia in valutazione della prova scientifica; nel primo caso, in particolare, la robotica potrebbe aiutare il giudice a individuare la persona più adeguata per ricoprire l'ufficio di consulente, oppure nella delimitazione del quesito da deferire al consulente tecnico<sup>42</sup>. Al contempo, l'algoritmo potrebbe essere di ausilio al giudice nelle cause in cui viene richiesto un mero sforzo computazionale, come, esemplificando, nelle controversie in materia di previdenza assistenziale e nel calcolo dei danni alla salute nelle controversie risarcitorie.

### 3.1. Prime applicazioni in ambito giuridico

Facendo seguito a quanto ora rappresentato può confermarsi che, a livello sovranazionale, in questi ultimi decenni l'impiego di tecniche di intelligenza artificiale, soprattutto dei sistemi di *machine learning*, ha conosciuto un aumento esponenziale di sperimentazioni di natura ausiliaria o addirittura predittiva rispetto al settore degli affari legali e dell'assistenza legale<sup>43</sup>.

Solo a titolo esemplificativo, e senza alcuna pretesa di esaustività, si possono citare diverse esperienze. *Kyra Systems*, ad esempio, è un sistema integrato di software e IA mirato proprio sulla necessità seriale di *due diligence e*, attraverso una scansione continua degli aspetti contrattuali, mette in luce le eventuali criticità e i punti di forza estraendo contenuti di particolare rilievo da sottoporre a specifica analisi.

Specializzato in compravendite immobiliari, e progettato dall'Istituto tedesco per la IA, *Leverton* è, invece, un sistema capace di leggere ad altissima velocità i contratti, estraendone i contenuti basilari e ricomponendoli per creare nuovi contratti. Negli Stati Uniti una delle più celebri IA utilizzate in ambito legale è senza dubbio *ROSS* della IBM, la quale cura, oltre agli aspetti tipicamente forensi di analisi, studio e redazione di atti, anche gli aspetti organizzativi della *firm*.

Ulteriore esempio è il software francese *Prédic-tice*, grazie al quale avvocati, consulenti o compagnie assicurative sono in grado di conoscere le *chances* di successo di una causa, prevedendo le

probabilità di successo di un procedimento giudiziario e indicando agli avvocati in che modo è possibile ottimizzare la loro strategia processuale<sup>44</sup>. Ancora, l'Università di Edimburgo ha elaborato e reso applicativo un sistema denominato *ADVOKATE* (acronimo delle otto domande utilizzate con *input* per la valutazione della competenza ed affidabilità dei testimoni - tempo, distanza, visibilità, ostacoli, pregressa conoscenza con l'oggetto della testimonianza, particolari ragioni per cui il ricordo possa essersi fissato nella mente, tempo trascorso dal fatto, errori o discrepanze che si intende sostenere in giudizio).

Ci sono poi strumenti di inferenza statistica per prevedere l'esito di un giudizio. Simili meccanismi, peraltro, si stanno diffondendo anche nella giustizia arbitrale: a titolo esemplificativo, si può ricordare *ArbiLex*, un *software* che offre supporto ai contendenti per valutare i rischi e i probabili costi connessi a una procedura arbitrale. Il programma è strutturato secondo un sistema di inserimento e rielaborazione dei dati, ispirato al principio del *machine learning* e alla teoria dei giochi.

Diversamente tra i c.d. robogiudici rientrano i sistemi volti a calcolare, sulla base delle precedenti statuizioni e attraverso meccanismi probabilistici, l'esito di una controversia. Tra gli altri l'applicativo *Compas (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions)* è stato utilizzato per la determinazione del rischio di recidiva. Il calcolo compiuto dalla macchina aveva determinato l'irrogazione di una dura pena detentiva; ciò aveva indotto il sig. Loomis a ricorrere innanzi alla Corte suprema<sup>45</sup>, sostenendo l'illegittimità dell'utilizzo di *Compas*, poiché esso traeva origine da un algoritmo il cui funzionamento non era stato reso pubblico. I giudici, invece, ne hanno ritenuto legittimo l'uso precisando che esso, unitamente ad altre prove, non determina alcuna inosservanza dei principi regolatori del processo, tra cui il diritto di difesa<sup>46</sup>.

In Austria l'IA è già utilizzata nelle aule giudiziarie per effettuare una lettura rapida, per la classificazione e l'attribuzione degli atti, ricorsi e docu-

<sup>44</sup> C. MORELLI, *Giustizia predittiva: in Francia online prima piattaforma europea*, in *altalex.com*.

<sup>45</sup> 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016). Eric Loomis, 35 anni, è stato arrestato nel 2013 in ragione del suo coinvolgimento in una sparatoria nello Stato del Wisconsin. Benché non fosse stato ferito alcuno, il sig. Loomis venne condannato a diversi anni di prigione in virtù di una serie di capi di imputazione, tra cui la guida di un veicolo rubato. Il giudice di primo grado lo condannava a una pena detentiva alquanto elevata, fondando detta decisione, in parte, sull'elevato rischio di recidiva calcolato dal sistema *Compas*.

<sup>46</sup> J. TASHEA, *Riskassessment algorithms challenged in bail, sentencing and parole decisions*, in *ABA Journal*, 2017, in *abajournal.com*.

<sup>42</sup> E. FABIANI, *Intelligenza artificiale e accertamento dei fatti nel processo civile*, in *Il giusto processo civile*, 2021, I, 66 ss.

<sup>43</sup> M. SCIACCA, *Algoritmo e giustizia alla ricerca di una mite predittività*, cit., 72 ss.

menti e per effettuare un monitoraggio sull'attività dei tribunali.

Da ultimo vi è, poi, il caso dell'Estonia<sup>47</sup>, paese nel quale il Ministero della Giustizia alla fine del 2019 ha avviato un progetto pilota per l'impiego di IA per risolvere controversie di modesta entità (fino a 7.000 euro); il progetto prevede che le decisioni robotiche siano appellabili davanti a un giudice-persona.

### 3.2. Dalla teoria alla pratica. L'attuazione del progetto "Giustizia Smart: Strumenti e Modelli per ottimizzare il lavoro dei giudici" - Just Smart

La certezza del diritto, tema evidentemente connesso con la prevedibilità delle decisioni, è un principio e un valore, in stretta connessione con l'uguaglianza<sup>48</sup>.

Nel *common law* conoscere il diritto significa innanzitutto essere capaci di prevedere le decisioni dei giudici (e la loro successiva attuazione), cioè di formulare, come osservava Oliver Wendell Holmes "the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts."<sup>49</sup> Si tratta di una visione del diritto che sembra fare propria la prospettiva di una professione, quella dell'avvocato, pagato per consigliare se valga la pena di andare o resistere in giudizio.

In quest'ottica positivistico-realista, che riconduce il diritto a predizioni fattuali (previsioni concernenti il futuro comportamento dei giudici), la prevedibilità/predizione della decisione è non tanto un valore aggiunto, ma un aspetto centrale: "a body of dogma or systematized prediction which we call the law"<sup>50</sup>.

I cittadini, nel valutare la propria e l'altrui azione secondo il diritto, tengono in considerazione il fatto che possibili controversie daranno determinazioni coercitive da parte delle autorità competenti. La predizione che una possibile controversia su un certo tema sarebbe decisa dall'autorità competente in

un certo modo (per esempio, sanzionando un comportamento come illecito), induce le possibili parti ad assumere che il diritto corrisponda a tale predizione (per esempio, a considerare il comportamento illecito e, quindi, ad astenersene).

L'importanza dei precedenti trova conferma nel fatto che, nel tempo, la distanza tra *civil law* e *common law* si è arricchita di sfumature che la rendono meno netta rispetto al passato, così come la distanza e la distinzione tra "precedente" e "massima" delle sentenze della Corte di cassazione<sup>51</sup>. Come rilevato non può più essere sostenuta l'idea che la "massima" nel nostro diritto sia nettamente contrapposta al "precedente" e che il principio di diritto intercettato dalla massima sia estraneo alla logica del precedente, anzi "si può affermare che la massimazione, anche nel nostro ordinamento, crea il precedente. [...] In questa direzione si sono mosse le riforme processuali succedutesi dal 2006 al 2016<sup>52</sup>, valorizzando eminentemente la funzione nomofilattica della Cassazione e, in tal modo, accreditando il precedente di legittimità come regola 'forte' di decisione per controversie giudiziarie future e, dunque, di quella capacità a farsi proiezione tendenziale degli esiti del contenzioso in cui trova applicazione"<sup>53</sup>.

L'accessibilità della giurisprudenza è un problema che non trova compiuta soluzione nel nostro ordinamento, a differenza di quello che accade in Francia, ove è stato introdotto il principio, tramite la *loi pour une République numérique*, della generale pubblicazione gratuita di tutte le decisioni giudiziarie (art. 21)<sup>54</sup>. Infatti, benché oggi siano attive piattaforme di consultazione delle decisioni della Corte di Cassazione<sup>55</sup>, manca una pubblicazione ufficiale

<sup>51</sup> A. SANTOSUOSSO – G. SARTOR, *La giustizia predittiva: una visione realistica*, cit., 1764 ss.

<sup>52</sup> In particolare si pensi all'art. 360-bis, n. 1, c.p.c., sull'inammissibilità del ricorso per cassazione allorché questo non offra elementi per ripensare l'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità al quale il provvedimento impugnato si conforma; all'art. 363 c.p.c., sull'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, allorché il ricorso sia inammissibile o il provvedimento non ricorribile; all'art. 374, 3° comma, c.p.c., sull'obbligo, per le sezioni semplici, di rimettere il ricorso alle sezioni unite quando ritengano di non condividere un principio di diritto da queste ultime già enunciato; all'art. 384, 1° comma, c.p.c., sull'enunciazione del principio di diritto anche nei casi in cui non si provveda alla cassazione con rinvio.

<sup>53</sup> E. VINCENTI, *Massimazione e conoscenza della giurisprudenza nell'era digitale*, in *questioneigiustizia.it*, attuale Direttore del CED della Corte di Cassazione.

<sup>54</sup> *Loi n. 2016-1321 du 7 octobre 2016*, in *legifrance.gouv.fr*.

<sup>55</sup> Per una piattaforma gratuita si veda *italgiure.giustizia.it*. La raccolta della giurisprudenza della Corte viene compiuta dall'ufficio del massimario, che predispone periodicamente relazioni tematiche, reperibili anche sul sito *internet* della Corte, quindi liberamente accessibili, che danno conto dell'evoluzione

<sup>47</sup> M. LIBERTINI - M.R. MAUGERI - E. VINCENTI, *Intelligenza artificiale e giurisdizione ordinaria. Una ricognizione delle esperienze in corso*, in *Astrid Rassegna*, 2021, XVI, 4 ss.

<sup>48</sup> A. SANTOSUOSSO – G. SARTOR, *La giustizia predittiva: una visione realistica*, in *Giur. It.*, 2022, VII, 1763. Sull'effettività della tutela giurisdizionale v., tra gli altri, G. VETTORI, *Controllo giudiziale del contratto ed effettività delle tutele. Una premessa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, I, 151 ss.; ID., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 787 ss.; ID., *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Persone e mercato (Rivista on line)*, 15 ss.

<sup>49</sup> O. W. HOLMES, *The Path of Law*, in *Harvard Law Review*, 1897, VIII, 457-478.

<sup>50</sup> O. W. HOLMES, *The Path of Law*, cit., 458.





delle decisioni delle corti di merito, al momento lasciata alle sperimentazioni a livello locale.

In questo senso con il progetto “*Giustizia Smart: Strumenti e Modelli per ottimizzare il lavoro dei giudici*” - *Just Smart*, finanziato dal Ministero della Giustizia, progetto multidisciplinare che vede la collaborazione di giuristi, ingegneri, matematici e informatici, è stata creata una banca dati che raccoglie la giurisprudenza di merito del distretto della Corte di appello di Catania, per una più agevole conoscenza dell’orientamento locale e dunque quale ulteriore sistema deflattivo del contenzioso.

Durante lo sviluppo del progetto presso il Tribunale di Catania è, infatti, emerso che le attività dell’Ufficio per il processo erano in una fase iniziale del più ampio progetto che prevedeva, oltre le attività di redazione di bozze di provvedimenti e di supporto ai magistrati già avviate, anche attività future di monitoraggio, massimazione e catalogazione dei provvedimenti decisionali in linea con l’obiettivo primario del progetto di ricerca *Just Smart*.

L’attenzione del gruppo di ricerca multidisciplinare si è pertanto concentrata sulla massimazione dei provvedimenti, non solo elaborando un *vademecum* per gli addetti all’Ufficio per il processo che li possa guidare nell’espletamento di tale attività, ma soprattutto attraverso la già citata realizzazione di una banca dati da implementare con i provvedimenti resi dai giudici del distretto catanese, che gli stessi addetti all’UPP dovranno massimare secondo il disposto dell’art. 5, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 151 del 2022 che detta le norme sull’ufficio per il processo in attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, e della legge 27 settembre 2021, n. 134<sup>56</sup>.

giurisprudenziale sulle questioni nuove, nonché su questioni giuridiche indicate dal primo presidente.

<sup>56</sup> L’attività di massimazione, svolta dai componenti del gruppo di ricerca con competenze giuridiche, ha riguardato in concreto anzitutto i provvedimenti forniti dai giudici della VI sezione civile del Tribunale di Catania e, successivamente, i numerosi provvedimenti pervenuti dal giudice delegato dal CSM per la raccolta dei provvedimenti più rilevanti per la Corte d’appello di Catania. Se per le sentenze di legittimità della Suprema Corte di Cassazione il principio di diritto è stato, nella maggior parte dei casi, più facilmente rinvenibile, difficoltà maggiori si sono riscontrate per la massimazione dei provvedimenti di merito, sia per la ricostruzione della vicenda, vuoi sostanziale che processuale, sia per l’individuazione dell’enunciazione del principio che potrà servire ad uniformare la giurisprudenza locale. In questo senso sarebbe auspicabile che, nella logica della cooperazione tra magistrati e funzionari UPP ed avendo riscontrato nei provvedimenti analizzati diverse questioni di diritto, gli stessi magistrati condividano con gli UPP tecniche di redazione dei provvedimenti tali da favorire l’attività di massimazione, specie laddove gli stessi ravvisino nella propria decisione aspetti innovativi o tali da poter consolidare un certo orientamento a discapito di altri.

Lo scopo dell’attività compiuta è stato duplice, informativo e sistematico. Il primo fine vuole ambire, attraverso la massima, ad una più rapida conoscenza dei principi di diritto. In un contesto in cui è ingente il numero dei provvedimenti giurisdizionali, la massimazione si fa anche fonte di cognizione della giurisprudenza. Il secondo fine vuole mirare, attraverso la raccolta di un flusso costante di massime, ad organizzare un sistema di precedenti. La formazione della banca dati potrà così essere utilizzata per inserire i provvedimenti massimati e per esteso così da consentire ai magistrati di individuare più facilmente l’orientamento condiviso dalla sezione in relazione a casi concreti, oltre che agli avvocati, in senso deflattivo per il processo; ciò dovrebbe consentire di valutare meglio, ad esempio, l’opportunità dell’iscrizione a ruolo di cause destinate all’inammissibilità o all’improcedibilità secondo l’orientamento consolidato evincibile dalla banca dati della giurisprudenza locale o l’opportunità di impugnare un provvedimento qualora, dalla giurisprudenza del giudice d’appello, risulti che l’impugnazione sia destinata all’insuccesso.

Il gruppo di ricerca ha poi altresì ritenuto utile, per le attività degli addetti all’Ufficio per il processo, la predisposizione di due *check-list* ideate come strumento di supporto, nella redazione delle bozze dei provvedimenti, una per le cause “seriali” in materia di azioni di nunciazione<sup>57</sup>, l’altra per l’attività di controllo che il giudice è invitato a svolgere ai sensi del nuovo art. 171-*bis* c.p.c. introdotto dalla legge di riforma Cartabia<sup>58</sup>.

Non si tratta dunque di un progetto di giustizia predittiva, indirizzato all’utilizzo di sistemi di IA, essendosi piuttosto preferito fornire immediate utilità conoscitive agli *stakeholders* sugli orientamenti giurisprudenziali in una logica deflattiva del contenzioso e sui tempi di definizione delle controver-

<sup>57</sup> L’elenco delle verifiche attiene a dodici punti e, in particolare, alla verifica: del conferimento di procura, della sussistenza della giurisdizione del Giudice ordinario nel caso in cui la parte convenuta sia la Pubblica amministrazione, della competenza del giudice adito, della legittimazione ad agire, della legittimazione attiva, della legittimazione passiva, della qualificazione giuridica della fattispecie operata dalle parti, del termine decadenziale nell’azione di denuncia di nuova opera, dei presupposti per la proponibilità dell’azione di danno temuto, della mancata indicazione nel ricorso cautelare delle conclusioni di merito, della sussistenza dei presupposti della tutela cautelare, dell’applicazione dell’art. 614-*bis* c.p.c.

<sup>58</sup> Il nuovo art. 171-*bis* c.p.c., introdotto dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, sancisce una delle novità più importanti della riforma, ovvero l’invito rivolto al giudice ad anticipare quelle attività di controllo e correzioni di irregolarità processuali che, in precedenza, venivano svolte alla prima udienza di comparizione delle parti nell’ambito del giudizio ordinario di cognizione.

sie, oltre che su sistemi e modelli di ausilio ai magistrati e ai funzionari dell'Ufficio per il processo.

#### 4. Funzione giurisdizionale e persona umana

L'art. 102 Cost. fa chiaramente riferimento al giudice persona fisica (quale giudice naturale precostituito per legge) e richiede che la funzione giurisdizionale sia affidata a magistrati; l'art. 101 Cost., invece, vuole che i giudici siano soggetti solo alla legge, dovendosi pertanto escludere che possano essere vincolati all'esito dell'algoritmo predittivo.

Emerge così con chiarezza il tema centrale, rappresentato da ciò che forma oggetto della necessaria e insostituibile attività umana, ossia una valutazione critica preordinata ad assicurare una motivazione che non può essere soddisfatta esclusivamente dal ricorso a sistemi automatizzati operanti sulla base di regole predeterminate e una risultanza decisionale espressione di quella coscienza che costituisce il *proprium* distintivo (ancora oggi) dell'essere umano<sup>59</sup>.

Anche qualora si riuscisse a ottenere un effettivo, complessivo accesso alle decisioni giudiziarie<sup>60</sup>, bisognerebbe chiarire quali pronunce immettere nella macchina e, prima ancora, come inserire detto materiale nel sistema e cosa introdurre (testo integrale della sentenza, precedente, massima o eventualmente il principio di diritto). Tutto ciò, almeno allo stato attuale, influisce sull'ambito di attuazione della robotica. Al contempo non è possibile devolvere al giudizio della macchina tutte quelle valutazioni che presuppongono l'applicazione di concetti elastici o clausole generali o, ancora, che impongono il ricorso a un giudizio per valori. Si realizzerebbe, in altri termini, una vera e propria modifica sistemica transitandosi dall'utilizzo dell'algoritmo in termini di supporto a decisioni comunque assunte da parte di agenti umani all'utilizzo dell'algoritmo quale vero e proprio autonomo agente decisionale<sup>61</sup>.

Ci si chiede inoltre se l'intelligenza artificiale possa riuscire a garantire il medesimo standard qualitativo di ragionamento di quella umana<sup>62</sup>. Occorre piuttosto prendere atto della "incapacità" da parte

della macchina di "trasformare" i dati immessi, interpretandoli e, quindi, attivando un ragionamento logico che è tipico della mente umana in atti o contratti compiuti<sup>63</sup>. Altro rischio, sotto il profilo del possibile risultato discriminatorio, è quello della sostanziale codificazione, da parte delle cc.dd. macchine intelligenti, del passato, ingabbiando il ragionamento all'interno delle griglie ascrivibili al contesto storico e in sintonia con i tratti di indirizzo che hanno guidato la programmazione dell'algoritmo<sup>64</sup>. Infatti, nonostante la capacità delle macchine di imparare da sé stesse, attraverso il c.d. "machine learning", o addirittura di elaborare nuovi percorsi di apprendimento con il c.d. "deep learning", ciò che manca è proprio la capacità, tutta umana, di valutazione delle molteplici variabili imprevedibili o imprevedibili; difetta dunque il cosiddetto discernimento<sup>65</sup>.

Ecco perché, quando si discute di rischi specifici, in dottrina si richiamano quantomeno tre diversi ordini di problemi: a) la segretezza della logica sottesa al processo decisionale (c.d. *black box*)<sup>66</sup>; b) l'attitudine discriminatoria dell'algoritmo<sup>67</sup>; c) la svalutazione della persona umana, resa oggetto di processi decisionali interamente automatizzati.

Le considerazioni svolte suggeriscono di aderire alla prospettiva della centralità della persona anche rispetto all'innovazione digitale, per promuovere un "umanesimo tecnologico" che si espliciti altresì nel contrasto alle vecchie e nuove discriminazioni, «in un'ottica che sia moderna e al passo coi tempi, con-

<sup>59</sup> D. DI SABATO, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2017, II, 378.

<sup>60</sup> E. BATELLI, *Necessità di un umanesimo tecnologico: sistemi di intelligenza artificiale e diritti della persona*, in *Dir. di fam. e delle pers.*, 2022, III, 1099.

<sup>61</sup> Quando si parla di "machine learning" ci si riferisce ai diversi meccanismi che consentono a una macchina intelligente di migliorare le proprie capacità e prestazioni nel tempo. Essa, quindi, sarà in grado di imparare a svolgere determinati compiti tramite l'esperienza, perfezionando le proprie funzioni. Differente è il concetto di "deep learning" quale sistema di apprendimento che, utilizzando le architetture di reti neurali, elabora grandi set di dati e conduce a un risultato simile a quello cui potrebbe giungere l'uomo. Attraverso questo sistema la macchina impara con l'esempio.

<sup>62</sup> A. KROLL, *The Fallacy of Inscrutability*, in *Phil. Trans. R. Soc.*, 376 (2133), 2018; 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, V, 1210 ss.; J. H. SHAH, *Algorithmic Accountability*, in *Phil. Trans. R. Soc.*, 376 (2128), 2018; F. PASQUALE, *The black box society: The secret algorithms that control money and information*, Cambridge-London, 2015.

<sup>63</sup> A. CHANDER, *The Racist Algorithm?*, in *Michigan Law Rev.*, 115(6), 2017, 1023 ss.

<sup>59</sup> G. DI ROSA, *Quali regole per i sistemi automatizzati "intelligenti"?*, cit., 831.

<sup>60</sup> F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Riv. assoc. it. cost.*, 2020, I, 420.

<sup>61</sup> G. DI ROSA, *Quali regole per i sistemi automatizzati "intelligenti"?*, cit., 833.

<sup>62</sup> *Ex multis*, per richiamare alcuni termini delle questioni qui enunciate, R. BICHI, *Intelligenza artificiale e diritto - intelligenza artificiale tra "calcolabilità" del diritto e tutela dei diritti*, in *Giur. it.*, 2019, VII, 1773; N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, IV-V, 921 ss.; P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, 51 ss.







tro una falsa realtà (quella digitale) dominata dalla cultura dell'effimero e dello scarto»<sup>68</sup>.

Il compito di cui occorre essere consapevoli è duplice: da un lato, esplorare nuovi orizzonti dell'intelligenza; dall'altro, riscoprire la radice della nostra dignità e la ragione per cui non siamo riproducibili artificialmente. In tal senso spetta proprio al diritto introdurre principi e regole per questi "tempi nuovi", avendo sempre cura della nostra difettività: *"nel regolare l'intelligenza artificiale come nel garantire condizioni di vita dignitose, nell'impedire che l'uomo venga consegnato a decisioni algoritmiche come nel farsi carico dell'indigenza di chi soffre e che non ha neanche la forza di far risuonare la propria voce attraverso la maschera"*<sup>69</sup>.

<sup>68</sup> E. BATTELLI, *Necessità di un umanesimo tecnologico*, cit., 1120. Il pensiero si coglie ancor meglio nel Discorso del 25 novembre 2014 di Papa Francesco al Parlamento Europeo laddove si sofferma sulla cultura dello "scarto": "[l]'essere umano rischia di essere ridotto a semplice ingranaggio di un meccanismo che lo tratta alla stregua di un bene di consumo da utilizzare. [...] persistono fin troppe situazioni in cui gli esseri umani sono trattati come oggetti, dei quali si può programmare la concezione, la configurazione e l'utilità, e che poi possono essere buttati via quando non servono più, perché diventati deboli, malati o vecchi".

<sup>69</sup> A. PUNZI, *IL dialogo delle intelligenze tra umanesimo e tecnoscienza*, in *Questa rivista*, 2023, II, 163 ss.

## EVENTO E DANNO NELLA RESPONSABILITÀ PER TRATTAMENTO DI DATI PERSONALI

| 726 Di Giorgio Remotti

**SOMMARIO:** 1. Il caso, questioni pregiudiziali e risposte della Corte di giustizia. – 2. Il perimetro degli strumenti a protezione dell'interessato dal trattamento: l'architettura sistematica dei rimedi del RGPD alla luce delle funzioni. – 3. Danno antitrust e danno da violazione del RGPD nell'insegnamento della Corte di giustizia, tra discontinuità e persistenze. Il danno-conseguenza quale criterio selettivo del danno risarcibile. – 4. L'impatto della decisione sul sistema interno di responsabilità civile per danni non patrimoniali: tra letture restrittive ed estensive. – 5. L'iniuria qualificata nel sistema del RGPD. – 6. La serietà dell'offesa quale accertamento negativo (intrinseco) dell'effettiva lesione di un diritto inviolabile.

*ABSTRACT.* Con la decisione qui commentata, la Corte di giustizia prende posizione sulle condizioni di risarcibilità del danno non patrimoniale derivante da un illecito trattamento dei dati ex art. 82 RGPD, nonché sui criteri necessari alla commisurazione dell'obbligazione risarcitoria. Sono tre le questioni affrontate dalla Corte: se la violazione del RGPD sia di per sé sufficiente a far sorgere il diritto al risarcimento del danno; come si commisura il risarcimento; se il risarcimento possa essere condizionato al raggiungimento di un certo livello di gravità del pregiudizio. Muovendo dalle risposte offerte dalla Corte, che mostrano la portata attuale del risarcimento per l'illecito trattamento dei dati personali nel sistema del RGPD, lo studio affronta le tematiche dalla risarcibilità del danno in re ipsa e del danno bagatellare al fine di sondare l'impatto che questa decisione potrebbe determinare nel sistema domestico.

*In the commented decision, the Court of Justice takes a position on the conditions of the compensation of the non-material damage caused by data processing that infringes GDPR pursuant to art. 82, as well as the criteria necessary for determination of the amount of the compensation for damages. The Court is addressing three issues: if the infringement of GDPR is sufficient to cause compensation; how can non-material damages be calculated; if national legislation could make compensation contingent on achieving a certain level of seriousness. The essay analyzes the Court's responses, which demonstrate the current extent of compensation for the unlawful processing of personal data in the GDPR system.*



## 1. Il caso, questioni pregiudiziali e risposte della Corte di giustizia.

La Österreichische Post AG, il principale operatore postale austriaco, a partire dal 2017, ha proceduto alla raccolta di informazioni circa le affinità politiche della popolazione austriaca. A partire da tali dati, avvalendosi di un algoritmo, la Österreichische Post ha definito dei cd. “indirizzi di gruppi destinatari” sulla base di criteri sociodemografici, e li ha poi ceduti, dietro corrispettivo, a differenti organizzazioni al fine di consentire loro di effettuare invii pubblicitari mirati. Nell’ambito di tale attività, la Österreichische Post ha trattato dati che, per estrapolazione statistica, l’hanno indotta a dedurre un’elevata affinità da parte di un cittadino austriaco nei confronti di un determinato partito politico austriaco. Il cittadino, però, non aveva acconsentito al trattamento e, sebbene i suoi dati personali non fossero stati oggetto di trasferimento, egli lamentava un danno morale (un disagio interiore, un sentimento di umiliazione) derivante dall’erronea attribuzione di una determinata affinità politica. Questi, pertanto, ha proposto ricorso dinanzi al Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien diretto a: ingiungere alla Österreichische Post di cessare il trattamento dei dati personali in questione; condannare quest’ultima al versamento di un importo pari a 1.000,00 euro a titolo di risarcimento del danno ex art. 82 del Regolamento UE 2016/679 (d’ora in poi anche solo il “Regolamento” o “RGPD”), che egli affermava aver subito. Con decisione confermata in appello dall’Oberlandesgericht Wien, il giudice ha accolto la domanda inibitoria, ma non quella risarcitoria. Adito da entrambe le parti, l’Oberster Gerichtshof (il “giudice del rinvio”) ha rigettato il ricorso della Österreichische Post avverso l’inibitoria, ma trattenuto la questione inerente al ricorso proposto dal cittadino austriaco avverso il rigetto della domanda di risarcimento dell’appello. Tuttavia, stante la necessità di interpretare la normativa europea rilevante in materia, la Corte suprema austriaca ha deciso di sottoporre alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali: (i) se la mera violazione del Regolamento sia sufficiente a determinare il risarcimento del danno (prima questione); (ii) se il risarcimento possa essere condizionato al riscontro di un determinato grado di gravità del danno immateriale subito (terza questione); (iii) se, oltre ai principi di equivalenza ed effettività, il diritto UE contempli altri criteri ai fini della commisurazione del risarcimento (seconda questione).

Ai quesiti sollevati dal giudice del rinvio, dopo aver argomentato le ragioni per cui l’art. 82 del Regolamento rappresenterebbe una fattispecie di risarcimento denazionalizzata e, così affermando, la

primazia (*primauté*) del diritto UE (per cui, in assenza di rinvio agli ordinamenti degli Stati membri, la disposizione va interpretata uniformemente alla luce del solo diritto europeo)<sup>1</sup>, la Corte ha risposto: che la violazione del GDPR non determina di per sé sola un diritto al risarcimento occorrendo, invece, la sussistenza di tre condizioni cumulative: a) la violazione di una norma del GDPR; b) il verificarsi di un danno materiale o immateriale derivante dalla violazione; e quindi c) un nesso di causalità tra il danno e la violazione (quesito sub (i)); che, in ragione del principio di effettività, il diritto al risarcimento non può essere riservato ai soli danni immateriali che raggiungono una certa soglia di gravità (quesito sub (ii)); che spetta all’ordinamento del singolo Stato membro stabilire i criteri che consentono di calcolare l’entità del risarcimento nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività (quesito sub (iii)).

La decisione della Corte di giustizia in parola, si è avvertito in letteratura, potrebbe rappresentare sul piano europeo la ‘pietra angolare’ di una «dogmatica europea della responsabilità civile per la causazione di un danno non patrimoniale»<sup>2</sup>. Mentre, sul piano interno, la sentenza in esame (intervenuta, oltretutto, a meno di un anno di distanza dalle decisioni a Sezioni unite della Cassazione volte a dirimere il contrasto in ordine all’onere di allegazione e di prova che grava colui che lamenta un danno derivante da occupazione illegittima di un immobile di sua proprietà<sup>3</sup> ha dato nuovo vigore al (mai sopito)

<sup>1</sup> Cfr. punto 29 della sentenza Corte giust., 4 maggio 2023, C-300/21, *Österreichische Post*. Dopo aver rilevato l’incompletezza della disposizione di cui all’art. 82 RGPD alcuna dottrina (anche in ragione dello strumento del Regolamento scelto dal legislatore europeo) ha suggerito un’esegesi della disposizione all’interno del solo sistema di diritto dell’UE (v. G. NAVONE, *Ieri, oggi e domani della responsabilità civile da illecito trattamento dei dati personali*, in *NLCC*, 2022, 132 ss. e in particolare 155 ss.), ossia di «leggere la norma del GDPR nell’ottica rovesciata di una dogmatica europea, quale emergente dalla normativa dell’UE e dalla giurisprudenza della Corte giust.» così C. CAMARDI, *Note critiche in tema di danno da illecito trattamento dei dati personali*, in *Jus civile*, 2020, 789 ss.

<sup>2</sup> Così C. CAMARDI, *Illecito trattamento dei dati e danno non patrimoniale. Verso una dogmatica europea*, in *NGCC*, 2023, 1136; EAD., *Note critiche*, cit., 789 ss.; sul punto v. anche C. SCOGNAMIGLIO, *Danno e risarcimento nel sistema del Rgpd: un primo nucleo di disciplina eurolunitaria della responsabilità civile?*, in *NGCC*, 2023, 1150 ss.

<sup>3</sup> Ci si riferisce a Cass. S.U., 15 novembre 2022, nn. 33645 e 33659, in *Foro it.*, 2022, I, 3644 ss. con note di R. PARDOLESI, *Alla ricerca del danno da occupazione illecita (quando c’è ma non si vede): normalizzazione del danno in «re ipsa» (c’è ma non si dice)?*, *ivi*, c. 3652 e ss.; A. PALMIERI, *Danno da occupazione «sine titulo» di un immobile: una mediazione animata da buone intenzioni e dal retrogusto amaro di undercompensation*, *ivi*, c. 3662 e ss.; F. MEZZANOTTE, *«Eventi» «conseguenze» e «danno» nell’occupazione «sine titulo» di immobile*, *ivi*, c. 3666 e ss.; C. SALVI, *Teoria e pratica dell’occupazione abusiva*, *ivi*, c. 3675 e ss.; B. SASSANI e M. MAGLIULO, *«In re ipsa, tamen in re alia»*, *ivi*, c. 3678 e ss.; E in argomento v. anche C.



dibattito in tema di danno *in re ipsa*<sup>4</sup>, fornendo ulteriori spunti critici riguardo la (da alcuni ritenuta) crisi della distinzione tra danno-evento e danno-conseguenza<sup>5</sup>.

728 **2. Il perimetro degli strumenti a protezione dell'interessato dal trattamento: l'architettura sistematica dei rimedi del RGPD alla luce delle funzioni.**

Per trarre la conclusione secondo cui l'art. 82 RGPD deve essere interpretato nel senso che la violazione delle disposizioni del Regolamento sia condizione necessaria ma non sufficiente al sorgere del diritto al risarcimento in favore del danneggiato senza che rilevi alcuna soglia di gravità minima del danno subito, la Corte di Lussemburgo ha percorso il sentiero dell'esegesi letterale, sistematica e funzionale, nel solco tracciato dalle Conclusioni dell'avvocato generale<sup>6</sup>.

Posto che tali argomenti significano la portata attuale del risarcimento per l'illecito trattamento dei dati personali nel sistema del RGPD, se non segnano addirittura l'aurora di una dogmatica europea della responsabilità civile in materia di danno non patrimoniale, giova ora ripercorrerli brevemente.

Dall'esegesi del testo dell'art. 82 RGPD la Corte mediante l'interpretazione dichiarativa<sup>7</sup> rileva come

emerga «chiaramente che l'esistenza di un “danno” che sia stato “subito” costituisce una delle condizioni del diritto al risarcimento [...] la menzione distinta di un “danno” e di una “violazione” all'art. 82, paragrafo 1, del RGPD, sarebbe superflua se il legislatore dell'Unione avesse ritenuto che una violazione delle disposizioni del regolamento in parola possa essere sufficiente, da sola e in ogni caso, a dare fondamento a un diritto al risarcimento»<sup>8</sup>. Muovendo dall'argomento sistematico la Corte di giustizia mostra il carattere multilivello degli strumenti predisposti dal RGPD a protezione della persona per gli illeciti commessi dal titolare (o dal responsabile) del trattamento<sup>9</sup>. Il Regolamento appresta un armamentario alquanto differenziato a protezione dell'interessato dal trattamento. Precisamente, gli articoli 77 e 78 prevedono dei mezzi di ricorso nei confronti di un'autorità di controllo designata in caso di violazione del regolamento che prescindono dalla sussistenza di un effettivo pregiudizio, così rivelando *per differentiam* il *genus* dello strumento risarcitorio per il quale, invece, un danno è sempre richiesto. Dal che la Corte inizia a tracciare il perimetro tra i diversi strumenti di tutela nel sistema del RGPD anche attraverso il prisma delle funzioni dei rimedi. Segnatamente la Corte rileva che gli artt. 83 e 84 del RGPD prevedono la possibilità di infliggere ammende amministrative e sanzioni agli autori di una violazione delle norme di cui al Regolamento a prescindere dalla sussistenza di un danno in ragione di una finalità deterrente e afflittiva<sup>10</sup>. Questi strumenti, cioè, diversamente dal rimedio risarcitorio ex art. 82 RGPD rivestono una natura sanzionatoria e non riparatoria. Per conseguenza, secondo la Corte, sebbene tutti questi strumenti convergano sinergicamente nell'obiettivo di elevare la protezione dell'interessato, nel rispetto dell'architettura giuridica dei rimedi contenuti nel Regolamento, ciò non consente di assegnare ad un rimedio le funzioni di un altro<sup>11</sup>. Ne risulta che là dove la violazione del

SCOGNAMIGLIO, *Danno e risarcimento nel problema dell'occupazione abusiva di un immobile*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, 55 ss.; F. MEZZANOTTE, *Le Sezioni Unite sul danno da illegittima occupazione di un immobile*, in *Danno resp.*, 2023, 45 ss. Sulle ordinanze interlocutorie v. i commenti di M. FRANZONI, *Occupazione senza titolo. Danno in re ipsa?*, in *NGCC*, 2022, 880 ss.; G. PONZANELLI, *La falsa alternativa tra danno in re ipsa e danno conseguenza: in attesa delle Sezioni Unite*, *ivi*, 889 ss. Per una panoramica più ampia che prende spunto dalle sentenze che hanno generato il contrasto v. 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.

<sup>4</sup> Per una compiuta disamina della parabola della responsabilità civile per danni non patrimoniali v., tra i molti, E. NAVARRETTA e E. BUFANO, *Danni non patrimoniali*, in *Codice della responsabilità civile*, a cura di E. Navarretta, Milano, 2021, 1582 ss.

<sup>5</sup> Il riferimento va, da ultimo, a P. SIRENA, *Danno-evento, danno-conseguenza e relativi nessi causali. Una storia di superfezioni interpretative e ipocrisie giurisprudenziali*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, 68 ss.

<sup>6</sup> V. le *Conclusioni dell'avvocato generale* M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, del 6 ottobre 2022, C-300/21, *Österreichische Post*, par. 2 lett.: a), punto 39; c) punti da 47 a 50; e d) punti da 51 a 55.

<sup>7</sup> Più di preciso ci si riferisce al cd. argomento “letterale contestuale” e cioè alla «interpretazione che si limita ad applicare le regole semantiche e sintattiche della lingua [...] e che riflette dunque il contenuto concettuale del testo normativo, per sé stesso, senza riguardo ad altri elementi» così R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato Cicu-*

*Messineo-Mengoni*, continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2004, 145.

<sup>8</sup> Cfr. punti 32 e 34 della decisione Corte giust., 4 maggio 2023, C-300/21, *Österreichische Post*.

<sup>9</sup> V. C. CAMARDI, *Illecito trattamento dei dati e danno non patrimoniale*, *cit.*, 1139. Più in generale in argomento v. F. ZECCHIN, *Molteplicità delle fonti e tutela dei diritti. Il danno non patrimoniale nella lesione della proprietà e dei dati personali*, in *Eur. dir. priv.*, 2022, 517 ss.; e M. CARTABIA, *The Multilevel Protection of Fundamental Rights in Europe: the European Pluralism and the Need for a Judicial Dialogue*, in *The Protection of Fundamental Rights in Europe: Lessons from Canada*, a cura di Casonato, Trento, 2014, 81 s.

<sup>10</sup> Cfr. punti 39 e 40 della decisione Corte giust., 4 maggio 2023, C-300/21, *Österreichische Post*.

<sup>11</sup> V. le *Conclusioni dell'avvocato generale* M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, del 6 ottobre 2022, C-300/21, *Österreichische Post*, punti da 47 a 50.



Regolamento non causasse un danno individuale sarebbe illogico concedere accesso allo strumento risarcitorio ex art. 82 che, connotato da una funzione compensativa, necessità di un qualche nocumento effettivo. Tanto più considerato che nell'architettura del RGPD si prevedono altri strumenti volti a garantire il rispetto delle disposizioni dettate dal RGPD in tema di trattamento dei dati, come quelli sanzionatori stabiliti dagli artt. 83 e 84 che, rivestendo una funzione punitiva con finalità deterrente, coerentemente, prescindono dalla necessaria presenza di un pregiudizio effettivo. D'altronde, secondo la Corte, assicurare un risarcimento per violazioni che non determinano conseguenze dannose, significherebbe imprimere una curvatura sanzionatoria allo strumento risarcitorio inconciliabile con il dato positivo.

### 3. Danno *antitrust* e danno da violazione del RGPD nell'insegnamento della Corte di giustizia, tra discontinuità e persistenze. Il danno-conseguenza quale criterio selettivo del danno risarcibile.

Gli argomenti portati a sostegno della costruzione multilivello dei rimedi contenuti nel RGPD offerta dalla Corte nella decisione in commento, ad un primo sguardo, non paiono del tutto coincidenti con alcuni precedenti in tema di danno *antitrust* del medesimo giudice. E giova segnalare che il raffronto tra questa decisione e gli approdi maturati in tema di danno *antitrust* risulta tanto più necessario là dove si condivide l'idea che questa decisione ponga le basi per una dogmatica europea della responsabilità civile, posto che anche allora non erano mancati chi aveva intravisto in quelle decisioni un primo frammento di disciplina eurounitaria in materia.

Precisamente, in alcune pronunce intervenute prima dell'adozione della direttiva UE 2014/104<sup>12</sup>, nel tentativo di porre rimedio alla ritenuta debolezza del *public enforcement*, la Corte di giustizia era giunta ad affermare che «la piena efficacia dell'art. 85 del Trattato [oggi 101 TFUE] e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n.1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se fosse impos-

sibile per chiunque chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza»<sup>13</sup>. Con questa decisione la Corte apriva la via al *private enforcement* del diritto *antitrust* facendo leva sul principio di effettività<sup>14</sup>. La Corte stabiliva così una nuova ragione giuridica a fondamento del rimedio risarcitorio che, lungi dall'identificarsi con la lesione di una situazione giuridica soggettiva del danneggiato, si attestava su argomenti di matrice funzionale, e cioè nell'esigenza di perseguire più efficacemente gli interessi pubblicistici sottesi alle regole di concorrenza<sup>15</sup>. L'esigenza di rafforzare l'effetto utile delle regole di concorrenza sostenuto dalla Corte di giustizia implicava in sede di trasposizione domestica dell'argomento di attribuire all'ingiustizia del danno una declinazione alquanto originale, per cui l'antigiuridicità della condotta produttiva di un danno sarebbe fonte dell'obbligazione risarcitoria posto che «il disvalore del comportamento giustifica, secondo tradizione, anche una qualificazione di ingiustizia del danno»<sup>16</sup>. L'argomento non ha persuaso la dottrina più attenta che, al contrario, evidenziava come «l'illiceità dell'intesa a monte non si traduce nell'ingiustizia del danno a valle, a meno di identificare con l'ingiustizia l'antigiuridicità di una condotta»<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Così Corte giust., 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage e Crehan*, cit., punto 26.

<sup>14</sup> Più precisamente, la Corte richiamava il principio di effettività declinandolo «nella formula di effetto utile dell'effetto diretto» così C. DE MENECH, *Sanzioni civili e danno antitrust*, in *AIDA*, 2020, 279; in argomento v. P. ROTT, *The Court of Justice's Principle of Effectiveness and its Unforseeable Impact on Private Law Relationship*, in *The Involvement of EU Law Relationships*, a cura di D. Leckzyhiewicz e S. Weatherill, Oxford, 2013, 18. Più in generale sul principio di effettività v. anche G. VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Ann. Enc. dir.*, vol. X, Milano, 2017, 381 s.; e per una panoramica evolutive del principio nel nostro ordinamento v. D. IMBRUGLIA, *Effettività della tutela: una casistica*, in *PeM*, 2016, 62 ss.

<sup>15</sup> Il punto è segnalato da J. DREXL, *Consumer Actions after the Adoption of the EU Directive on Damage Claims for Competition*, in *AIDA*, 2015, 128.

<sup>16</sup> Così M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguiti a violazioni di norme antitrust*, in *Danno e resp.*, 2004, 933 ss.; e v. anche Id., *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust*, *ivi*, 2005, 237 ss.

<sup>17</sup> Così C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, in *Danno e resp.*, 2004, 1166, dove l'a. risponde ad alcune critiche mosse da Libertini (nel lavoro citato alla nota che precede) alle tesi già espresse da Id., *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, *ivi*, 469 ss.; in argomento v. anche A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996, 321 ss.; G. GUIZZI, *Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancora da esplorare*, in *Foro it.*, 2004, I, pp. 479 ss.; G. VETTORI, *Consumatori e mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, II, 330 ss.

<sup>12</sup> Ci si riferisce, in particolare, alle decisioni Corte giust., 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage e Crehan*, in *Racc.*, 2001, I-6297 ss.; per alcuni i commenti v. G. ROSSI, *"Take Courage"!* *La Corte giust. apre nuove frontiere per la responsabilità del danno da illeciti antitrust*, e di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: «chi è causa del suo mal ... si lagni e chiedi i danni»*, in *Foro it.*, IV, 2002, 75 ss.; nonché di A. DI MAJO, *Il risarcimento da adempimento del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 791 ss.; e Corte giust., 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, in *Racc.*, 2006, I-6619 ss.



Ora nella decisione in commento, sebbene si riconosca la “complementarità” in funzione dell’incentivo al rispetto delle prescrizioni contenute nel RGPD<sup>18</sup>, diversamente, si distingue nettamente (sia attraverso l’argomento sistematico sia teleologico) il piano del *private enforcement* da quello del *public enforcement*<sup>19</sup>. Il riconoscimento di un diritto al risarcimento in favore del soggetto leso da un trattamento illecito non si legittima, cioè, in ragione dell’esigenza di rafforzare l’effetto utile delle regole di condotta che il regolamento impone al titolare (ed eventualmente al responsabile) del trattamento, ma riposa nella considerazione per cui posto che l’attività di raccolta e gestione di dati implica dei «rischi per i diritti e le libertà delle persone fisiche [che, giustappunto] possono derivare da trattamenti di dati personali suscettibili di cagionare un danno fisico, materiale o immateriale»<sup>20</sup>, là dove quel danno si verifichi (e cioè quando sussiste «un nesso di causalità tra la violazione di cui trattasi e il danno subito dall’interessato»<sup>21</sup>), allora, solo in presenza di un danno effettivo conseguente al trattamento illecito il diritto al risarcimento ex art. 82 RGPD in favore del danneggiato deve ritenersi fondato.

Ad un più attento sguardo, però, non mancano profili persistenti nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

In primo luogo, tutte le decisioni esaminate convergono nel negare che il diritto al risarcimento possa sorgere in assenza di conseguenze pregiudizievoli nella sfera della vittima<sup>22</sup>. Vale a dire che nel diritto europeo la risarcibilità del danno-evento non trova riconoscimento, posto che, in generale, un tale risarcimento rivelerebbe una curvatura funzionale afflittiva che nel diritto proprio dell’Unione

«ha carattere eccezionale»<sup>23</sup>, e, più in particolare, non trova riconoscimento all’interno dell’art. 82 RGPD.

In secondo luogo, nelle decisioni della Corte di giustizia sembra persistere la mancanza di un criterio selettivo dei diritti la cui lesione può produrre il diritto al risarcimento in capo al danneggiato; criterio che nell’ordinamento domestico è rappresentato, *in primis*, dall’ingiustizia del danno<sup>24</sup>.

Precisamente, è stato osservato in dottrina che la decisione in esame peccherebbe di un certo schematicismo<sup>25</sup>, ossia di un eccesso di generalizzazione, posto che i presupposti del diritto al risarcimento (cioè la violazione di una norma del RGPD; il verificarsi di un danno materiale o immateriale derivante dalla violazione; e un nesso di causalità tra danno e violazione) stabiliti dalla Corte non consentirebbero di distinguere tra le possibili violazioni delle diverse norme del RGPD quelle che ammettono, a seconda dell’interesse protetto da queste ultime, il sorgere dell’obbligazione risarcitoria. Detto altrimenti, dai presupposti fissati dalla Corte di giustizia per determinare la sussistenza o meno di un diritto al risarcimento non può selezionarsi la violazione in relazione alla natura del diritto dell’interessato che viene leso dal comportamento del titolare (o del responsabile) irrispettoso delle norme di condotta di cui al regolamento.

Da quanto osservato deriva che non esisterebbe nella sistematica dell’Unione europea del danno, (quantomeno) da violazione delle norme del RGPD, un criterio selettivo dei pregiudizi risarcibili, se non quello causale, per cui alla violazione di una norma del RGPD deve seguire causalmente un danno-conseguenza quale elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità.

Per circoscrivere l’area del danno risarcibile, la Corte di giustizia sembra cioè ricorrere al solo criterio causalistico (sia per determinare, come di consueto, il *quantum*, o meglio, quali danni-conseguenza siano risarcibili in quanto susseguenti ad un fatto illecito, la violazione di una norma del RGPD, sia per determinare l’*an* del risarcimento)<sup>26</sup>.

<sup>18</sup> Cfr. punto 40 della decisione Corte giust., 4 maggio 2023, C-300/21, *Österreichische Post*.

<sup>19</sup> In particolare, sebbene si riconosca che lo strumento risarcitorio ha una funzione indiretta di rafforzamento dell’effettività delle norme di condotta contenute nel RGPD, resta fermo che «la funzione risarcitoria e quella punitiva sono separate: la seconda è svolta dalle sanzioni pecuniarie che possono essere inflitte dalle autorità di controllo [...]. Non spetta invece alle autorità di controllo statuire sul diritto al risarcimento» così le *Conclusioni dell’avvocato generale M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA*, del 6 ottobre 2022, C-300/21, *Österreichische Post*, punto 47.

<sup>20</sup> Cfr. considerando 75 del RGPD. Cfr. anche punto 37 della decisione Corte giust., 4 maggio 2023, C-300/21, *Österreichische Post*.

<sup>21</sup> Cfr. punto 37 della decisione in commento.

<sup>22</sup> V. Corte giust., 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, cit., punto 94. Sul punto, v. anche Corte giust., 4 ottobre 1979, C-238/78, *Ireks-Arkady/Consiglio e Commissione*, in *Racc.*, 2955, punto 14; Corte giust., 21 settembre 2000, cause riunite C-441/98 e C-442/98, *Michailidis*, in *Racc.*, 2000, I-7145, punto 31, Corte giust., 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage e Crehan*, cit., punto 30.

<sup>23</sup> Così le *Conclusioni dell’avvocato generale M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA*, del 6 ottobre 2022, C-300/21, *Österreichische Post*, punto 38, soggiungendo al punto 39 la conclusione lapidaria per cui «l’RGPD non consente di prevedere un risarcimento di carattere punitivo».

<sup>24</sup> D’altronde l’ingiustizia del danno è un criterio fissato dall’art. 2043 c.c. la cui effettiva portata è stata oggetto di una elaborazione dogmatica interna che non trova riscontro nell’ordinamento europeo. In tema v. U. SALANITRO, *Illecito trattamento dei dati personali e risarcimento del danno nel primo della Corte giust.*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 430.

<sup>25</sup> L’osservazione è di C. CAMARDI, *Illecito trattamento dei dati e danno non patrimoniale*, cit., 1139 s.

<sup>26</sup> Guardando al danno non patrimoniale la soluzione offerta dalla Corte nella decisione in esame potrebbe indurre, data





E per di più in ragione del principio di effettività estenderebbe il perimetro del risarcimento anche al cosiddetto danno bagatellare, seppur sempre, vale la pena rilevare, attraverso il filtro dell'effettiva dimostrazione (allegazione e prova) della sussistenza di un danno-conseguenza.

Segnatamente, secondo parte della dottrina, il criterio adottato dalla Corte di giustizia per innescare il diritto al ristoro del danno derivante da trattamento illecito dei dati personali (per cui l'obbligazione risarcitoria si innesca solo in presenza di un danno-conseguenza causalmente discendente dalla violazione di una qualsiasi norma del RGPD) non risulterebbe idoneo ad effettuare una selezione razionale dei danni risarcibili (o meglio, dei diritti alla cui lesione segue il diritto al risarcimento).

Precisamente, secondo questo indirizzo, la scelta di rimettere al solo criterio causalistico l'insorgere dell'obbligazione risarcitoria avrebbe risvolti iniqui: se la violazione riguardasse una disposizione del RGPD posta a presidio della circolazione dei dati o inerente al rapporto tra titolare e interessato non lesiva di un diritto fondamentale, ma produttiva di conseguenze dannose allora si avrebbe il risarcimento, persino quando il danneggiato fosse un soggetto terzo differente dall'interessato; se, invece, la trasgressione attenesse a una norma posta a presidio di diritti fondamentali e la violazione pur ledendo direttamente tali diritti dell'interessato non producesse conseguenze dannose dimostrabili, allora, non si avrebbe alcun risarcimento.

Dall'interpretazione del dato positivo effettuata dalla Corte di giustizia, secondo questa lettura della dottrina, l'art. 82 RGPD si comporterebbe quindi come una sorta di norma a portata generale che rimetterebbe di volta in volta al giudice l'apprezzamento se dalla violazione di una regola del RGPD derivi un danno effettivo, senza però

l'ontologica difficoltà (che talvolta si fa impossibilità) per il danneggiato di fornire concreta evidenza delle conseguenze pregiudizievoli patite, a riconoscere una dimensione retributiva della sanzione risarcitoria, ossia un risarcimento della lesione *in re ipsa*. Ciò che a livello interno, proprio con riguardo alla violazione dei dati personali sotto l'impero dell'art. 15 del d.lgs. 196/2003 è sempre stata esclusa dalla giurisprudenza, *ex multis*, v. Cass., 5 settembre 2014, n. 18812, in Foro it., 2015, I, c. 119 con nota di A. PALMIERI. Sul punto v. però quanto osservato da una opinione della dottrina per cui il ricorso a presunzioni giurisprudenziali, in particolare, che si realizza mediante il ricorso a massime d'esperienza che sottendono una regolarità causale (generale), non implica che il risarcimento non guardi alle conseguenze e, in chiave funzionale, alcuna deviazione dalla dimensione riparatoria del risarcimento. La tesi è di N. RIZZO, *Persona, moneta, proprietà: causalità, presunzioni, danno*, in *Storia Metodo Cultura nella scienza giuridica. Il danno tra risarcimento e sanzione*, Napoli, 2023, 242. Sulla nozione di regolarità causale v. N. RIZZO, *La causalità civile*, Torino, 2023, 227 ss.

concedere al medesimo giudice la possibilità di vagliare se quel danno-conseguenza leda una situazione giuridicamente protetta.

Per ovviare a questo problema, secondo la dottrina in parola, basterebbe riconoscere che la lesione di un diritto della persona mediante violazione di una regola di condotta stabilita dal RGPD a presidio di interferenze o offese altrui sia di per sé sufficiente a determinare l'insorgenza di un danno non patrimoniale risarcibile senza che occorra per il soggetto leso fornirne prova. Ciò che, attingendo dal lessico giuridico domestico, rappresenterebbe il cd. risarcimento del "danno *in re ipsa*".

La soluzione, secondo i suoi sostenitori<sup>27</sup>, non comprometterebbe la logica compensativa del rimedio risarcitorio posto che «la condotta illecita che produce lesione del diritto della persona è danno evento e al tempo stesso danno conseguenza, perché la natura del diritto leso, il valore personale non patrimoniale, postula che l'ordinamento debba garantire la sua integrità a fronte di condotte illecite interferenti e non – come per gli altri diritti individuali patrimoniali – a fronte di perdite patrimoniali; le quali peraltro nemmeno sono concepibili rispetto ad un valore primario ed inviolabile: salvo che non si voglia negare la distinzione tra persona e mercato»<sup>28</sup>.

Non solo. La teoria della risarcibilità del danno *in re ipsa* consentirebbe di superare due ipocrisie in cui incorre la giurisprudenza. Precisamente: nella prima incorrerebbe la Corte di giustizia, là dove afferma la risarcibilità del danno bagatellare, atteso che, come osservato in dottrina, nel riconoscere l'iscrizione del danno bagatellare all'art. 82 RGPD «si refluiscie nella teorica del danno *in re ipsa*»<sup>29</sup>;

<sup>27</sup> La tesi della risarcibilità *in re ipsa* del danno per la lesione di diritti fondamentali è stata riproposta, tra gli altri, da G. ALPA, *op. cit.*, 6 ss.; P. SIRENA, *op. cit.*, 68 ss.; G.M. RICCIO, *Responsabilità da illecito trattamento dei dati personali*, in *NGCC*, 2004, 473 ss.

<sup>28</sup> Così C. CAMARDI, *Illecito trattamento dei dati e danno non patrimoniale*, cit., 1144. L'incommensurabilità della persona al patrimonio trova espressione già in un passo del Digesto (D. 40, 7, 9, 2 – Ulpiano): *Libertas autem pecunia lui non potest nec reparari potest*. In argomento *ex multis* v. K. LARENZ e C.W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band II/2, *Besonderer Teil*, 13<sup>e</sup> auf., München, 1994, 591; A. NICOLUSSI, *Danno non patrimoniale in Europa*, in *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, diretto da S. Patti, a cura di S. Delle Monache, Torino, 2010, 74 ss.; C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 105 s.; C. SALVI, *La responsabilità civile*, 3<sup>e</sup> ed., Milano, 2019, 40 s.; C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 1154 s.

<sup>29</sup> Così S. PAGLIANTINI, *Un altro palcoscenico della "guerra" tra le Corti: il danno (immateriale) bagatellare dell'art. 82 GDPR*, in *Foro It.*, 2023, 288; e nello stesso senso A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Mai futile il danno non patrimoniale da violazione della privacy*, *ivi*, 284. In ambito domestico, guardando alle richieste di risarcimento ex art. 15 d.lgs. n. 196/2003 la Cassazione ha più volte escluso il risarcimento del danno baga-



nella seconda cascherebbe, invece, la Cassazione che, ammettendo il ricorso alla prova presuntiva a favore della vittima di un danno non patrimoniale, consente il risarcimento di conseguenze dannose che in realtà non esistono.

| 732

#### 4. L'impatto della decisione sul sistema interno di responsabilità civile per danni non patrimoniali: tra letture restrittive ed estensive.

Non è questa la sede per prendere posizione su di un tema tanto complesso qual è quello insito nella proposta dottrinale per cui dovrebbe ritenersi bastevole all'insorgere dell'obbligazione risarcitoria la lesione del diritto alla persona mediante violazione di una norma contenuta nel RGPD, ossia della risarcibilità *in re ipsa* del danno non patrimoniale.

Ai nostri fini è sufficiente constatare che la decisione in commento nega espressamente la risarcibilità del danno *in re ipsa*, così come la dottrina largamente maggioritaria<sup>30</sup> e, ancor di recente, sul piano interno, la Cassazione a più riprese<sup>31</sup>. Anzi, sul punto può rilevarsi una sostanziale coincidenza tra

tellare cfr. Cass., 31 dicembre 2020, n. 29982; e Cass., 20 agosto 2020, n. 17383; Cass. 11 gennaio 2016, n. 222.

<sup>30</sup> Riguardo al superamento delle tesi che ritengono *in re ipsa* il danno non patrimoniale, tra i molti, v. G. PEDRAZZI, *La beffa (esistenziale) e il danno (non patrimoniale)*, in *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U.*, 11 novembre 2008, nn.26972/3/4/5, Milano, 2009, 321 e 323 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni Unite*, ivi, 462; e A. D'ADDA, *Le funzioni del risarcimento del danno non patrimoniale, in Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, cit., 146 che evidenzia come «il danno non patrimoniale è oramai, definitivamente, “danno conseguenza che deve essere allegato e provato”, e pertanto “va disattesa” ogni sovrapposizione tra danno ed evento nonché “la variante” per la quale nel caso di offesa alla persona “il danno sarebbe *in re ipsa*”».

<sup>31</sup> Oltre alle celebri decisioni del 2003 (per i riferimenti v. *infra* nota 41), e alle note decisioni di S. Martino I (v. *infra* nota 45), ancor di recente la Cassazione ha rigettato la tesi della risarcibilità del danno *in re ipsa* nel campo dell'occupazione *sine titulo* di beni immobili v. Cass., 25 maggio 2021, n. 14268; Cass., 24 aprile 2019, n. 11203. Sebbene sia da segnalare una recente decisione Cass. S.U., 15 novembre 2022, n. 33645 in cui si assiste ad una soluzione di compromesso per cui ammessa, in linea teorica, la nozione di danno *in re ipsa* essa viene immediatamente stemperata finendo per approdare sul rassicurante terreno fatto di allegazione del pregiudizio, prova presuntiva, liquidazione in via equitativa. Per un primo commento alle ordinanze di rimessione v. G. PONZANELLI, *op. cit.*, 889 ss. In argomento v. C. SCOGNAMIGLIO, *Danno e risarcimento nel problema dell'occupazione abusiva di un immobile*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, 54 ss.; G. ALPA, *op. cit.*, 6 ss. Ed anche guardando al danno non patrimoniale da violazione della riservatezza, già sotto la vigenza del cd. “codice della *privacy*” (D.lgs. 20 giugno 2003, n. 196) la Cassazione escludeva la risarcibilità del danno *in re ipsa*, ex multis, v. Cass. 26 settembre 2013, n. 22100, in *Giust. Civ. Mass.* 2013.

gli indirizzi interpretativi prevalenti formati nelle due giurisprudenze.

Un rilievo, però, merita di essere segnalato. Le opinioni della dottrina, poc'anzi accennate, seguono (e ribattono) le riflessioni della sentenza e delle conclusioni dell'avvocato generale che, sebbene non espressamente, lasciano trasparire il seguente ragionamento: il danno-conseguenza non può mai essere un danno normativo, giacché il danno normativo riveste giocoforza valenza punitiva. Tuttavia, come rilevato da un'opinione della dottrina «nel caso del danno morale, l'asse della sanzione civile si sposta innegabilmente sul momento della lesione della situazione oggettiva tutelata, ma c'è un aspetto che ha a che fare con la causalità generale che impedisce alla sanzione di prendere la via della retribuzione, tenendola ancorata alla dimensione riparatoria: la forte correlazione eziologica tra lesione di un diritto inviolabile e la sofferenza individuale patita dal soggetto che la subisce spiegabile sulla base della scienza che studia questi fenomeni e, prima ancora, percepita nel sentire comune tanto da essere oggetto di una massima di esperienza»<sup>32</sup>. Quanto osservato trova concreto riscontro mediante il ricorso da parte del giudice ad una presunzione giurisprudenziale circa la sussistenza di un pregiudizio derivante dalla lesione che deriva dalla violazione di una norma<sup>33</sup>. Si tratta di una presunzione mediante la quale però non si ricava il fatto ignoto (cioè il danno-conseguenza) attraverso un ragionamento inferenziale che muove da un fatto noto provato dal danneggiato, bensì da una massima d'esperienza che rivela una “regolarità causale”, che così diviene la base di una regola che disciplina la fattispecie. Resta però ferma la possibilità per il danneggiante di offrire la prova contraria (della cd. regolarità individuale<sup>34</sup>). Ne risulta che «la sanzione risarcitoria rappresenta la reazione al normale prodursi, a seguito della lesione del diritto, proprio delle conseguenze che definiscono questa voce di danno»<sup>35</sup>. Il risarcimento mira, dunque, pur sempre alle conseguenze della lesione, sebbene, osserva questa opinione, elevando la regolarità causale a regola giuridica si trasforma il danno normale in danno normativo, ma ciò non significa, dalla specola funzionale, che il risarcimento non mantenga la propria dimensione riparatoria senza trasmutarsi in un danno punitivo, ciò che la Corte, nella decisione in commento, in-

<sup>32</sup> Così N. RIZZO, *Persona, moneta, proprietà*, cit., 242.

<sup>33</sup> Sulla nozione di presunzione giurisprudenziale v. S. PATTI, *Prove*, in *Commentario del Codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna, 2015, p. 632 ss.

<sup>34</sup> V. N. RIZZO, *La causalità*, cit., 227 e 289 ss.

<sup>35</sup> Così N. RIZZO, *Persona, moneta, proprietà*, cit., 242; e v. anche 254.





tende escludere là dove pretende la prova delle conseguenze derivanti dalla lesione.

Resta, però, il problema dell'adeguatezza del criterio causale a delimitare lo spazio della tutela apprestata dalla responsabilità civile, atteso che nel ragionamento della Corte di giustizia: manca l'aggancio ad un criterio selettivo delle situazioni giuridicamente rilevanti; e nemmeno parrebbe potersi fare ricorso al criterio della gravità della lesione per cui in ragione del principio di tolleranza si giunge a negare la risarcibilità del cd. "danno bagatellare".

La questione assume particolare rilievo in vista della necessaria applicazione da parte del giudice interno della fattispecie ex art. 82 RGPD.

La costruzione della Corte, seppur convergente con gli approdi maturati dalla giurisprudenza nazionale in tema di danno non patrimoniale all'esito di negare la risarcibilità del danno-evento, come visto, risulta difforme nel percorso ermeneutico là dove: non conosce la clausola di ingiustizia del danno; e ammette la risarcibilità di qualsiasi conseguenza dannosa derivante dalla violazione di una norma del RGPD a prescindere dalla condizione per cui il danno subito dall'interessato abbia raggiunto una certa consistenza.

Dato l'effetto vincolante dell'interpretazione del diritto eurounitario delle decisioni della Corte di giustizia, occorre ora interrogarsi circa le ricadute che la sentenza in commento può portare al nostro sistema di responsabilità civile. Precisamente, come osservato in dottrina<sup>36</sup>, si aprono qui due possibili vie: la prima conduce a limitare lo spettro operativo della decisione in parola alla sola esegesi dell'art. 82 RGPD, quindi, esclusivamente con riguardo al danno discendente dalla violazione del RGPD; la seconda, al contrario, giunge ad estenderne l'efficacia oltre il danno per trattamento illecito dei dati personali e, quindi, all'intero perimetro del danno non patrimoniale.

La prima opzione pare trovare sostegno negli stessi argomenti addotti dalla Corte nella decisione in esame, là dove si evidenzia che in ragione dell'assenza di un rinvio espresso al diritto degli Stati membri, il significato e la portata della norma di cui all'art. 82 RGPD deve essere interpretata alla luce del solo diritto dell'UE (trattandosi, quindi, di nozioni autonome denazionalizzate)<sup>37</sup>. Si delinee-

rebbe, quindi, un sottosistema autonomo di responsabilità civile, per cui quando la richiesta di risarcimento di un danno deriva dall'applicazione dell'art. 82 RGPD il giudice interno, nel perimetrare l'area del risarcimento, non potrebbe fare ricorso né al criterio dell'ingiustizia del danno né a quello della gravità della lesione, ma limitarsi alla verifica della sussistenza dei tre criteri cumulativi indicati dalla Corte: della violazione di una norma del GDPR; della sussistenza di un danno-conseguenza; e di un nesso causale<sup>38</sup>. Così, resterebbe fermo che per tutte le domande di risarcimento di un danno governate da regole diverse da quelle contenute nel RGPD il giudice interno, nel delimitare l'area dell'obbligazione risarcitoria (sia sotto il profilo della selezione delle situazioni giuridiche rilevanti; sia sotto quello della gravità della lesione), sarebbe chiamato ad applicare i consueti canoni di cui agli artt. 2043 e 2059 c.c.

Per quanto tale opzione ermeneutica possa ritenersi "plausibile", non meno "credibile" risulta la lettura opposta<sup>39</sup>, per cui deve riconoscersi un effetto espansivo della decisione in commento sull'intera gamma delle ipotesi di risarcimento di danni non patrimoniali, posto che, alternativamente, si assisterebbe ad «una disparità di trattamento nella prospettiva del risarcimento, tra ipotesi di danno non patrimoniale discendenti dalla violazione di norme diverse, o dalla lesione di situazioni giuridiche soggettive differenti, che potrebbe forse attingere la soglia del dubbio di legittimità costituzionale»<sup>40</sup>.

Da questa specola la ricostruzione offerta dalla Corte di giustizia nella decisione in commento potrebbe presentare ricadute di non poco momento sul sistema interno di responsabilità civile, in particolare in punto di danno non patrimoniale: e ciò per l'assenza, in un modello così congegnato, tanto del filtro dell'*iniuria*, quanto di quello della serietà della lesione.

della decisione Corte giust. 4 maggio 2023, C-300/21, *Österreichische Post*.

<sup>38</sup> Cfr. punto 32 della decisione Corte giust. 4 maggio 2023, C-300/21, *Österreichische Post*.

<sup>39</sup> Precisamente S. SICA, op. loc. ult. citt. sottolinea, per un verso, la "plausibilità" della tesi per cui il risarcimento ex art. 82 RGPD dovrebbe ritenersi un sistema a sé stante; ma pure, per converso, la "credibilità" di un necessario collegamento con la disciplina ex artt. 2043 e ss. c.c. in tema di illecito aquiliano.

<sup>40</sup> Così C. SCOGNAMIGLIO, op. cit., 1156; sul punto v. anche quanto osservato da S. PAGLIANTINI, *Un altro palcoscenico della "guerra" tra le Corti: il danno (immateriale) bagatellare dell'art. 82 GDPR*, in *Foro. It.*, 2023, 286 ss. e in particolare 292.

<sup>36</sup> V. C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 1156. In argomento v. anche S. SICA, sub *Art. 82*, in *Codice della privacy e data protection*, a cura di R. D'Orazio, G. Finocchiaro, O. Pollicino, e G. Resta, Milano, 2021, 892.

<sup>37</sup> Atteso che il significato e la portata dei termini di cui all'art. 82 RGPD, e in particolare di "danno materiale o immateriale" e di "risarcimento del danno" devono essere interpretate «come nozioni autonome del diritto dell'Unione», cfr. punti 29 e 30

## 5. L'iniuria qualificata nel sistema del RGPD.

Iniziamo dal primo problema: ossia, dalla mancanza nella costruzione ermeneutica della Corte di giustizia di un filtro capace di limitare alle sole lesioni di talune situazioni giuridicamente rilevanti l'accesso alla tutela risarcitoria dei danni non patrimoniali.

Sul piano interno, com'è noto, allo scopo di estendere l'area del risarcimento del danno non patrimoniale oltre l'illecito penale, la Cassazione a partire dalle note cinque sentenze del 2003<sup>41</sup>, e la Corte costituzionale con la decisione n. 233 dello stesso anno<sup>42</sup>, hanno iniziato a percorrere la via, già suggerita da una parte della letteratura<sup>43</sup>, di valorizzare il raccordo tra la previsione di cui all'art. 2059 c.c. (in luogo dell'art. 2043 c.c.) e l'art. 2 Cost<sup>44</sup>.

A partire da quelle decisioni, come meglio affinate dalle cd. decisioni di San Martino del 2008<sup>45</sup>, nel nostro ordinamento la risarcibilità del danno non patrimoniale è assoggettata al cd. "principio di tipicità progressiva" (o evolutiva). Si viene cioè a delineare il cd. "carattere bipolare" del sistema risarcitorio per cui se il danno patrimoniale è governato dalla generica clausola dell'ingiustizia, quello non patrimoniale è assoggettato al più rigido criterio della cd. "iniuria qualificata" e cioè alla necessità di una «offesa agli interessi protetti dall'art. 2

Cost., per conseguire i danni non patrimoniali al di fuori delle previsioni tipizzate dal legislatore»<sup>46</sup>.

Nel sistema del RGPD si assiste alla presenza di un catalogo di fattispecie illecite e una norma "sanzionatoria" in senso lato (l'art. 82 RGPD) che ricollega al perfezionamento di quelle fattispecie la risarcibilità del danno immateriale (ciò che possiamo serenamente tradurre col più familiare sintagma: "danni non patrimoniali"<sup>47</sup>; quindi, assumendo la prospettiva del nostro ordinamento, l'art. 82 RGPD pare integrare la riserva di legge di cui all'art. 2059 c.c. in maniera non dissimile da quanto avviene mediante il richiamo all'art. 185 c.p., il quale, analogamente, ammette la risarcibilità del danno non patrimoniale a fronte della realizzazione di fatti illeciti, sia pure avvertiti di più intensa gravità, integrando questi ultimi una fattispecie criminosa.

Se quanto affermato è vero, si comprende che non è necessario alcun filtro selettivo delle lesioni risarcibili, posto che, nel sistema del RGPD la meritevolezza di tutela risulta già oggetto di valutazione da parte del legislatore, in simmetria con quanto sul piano interno il legislatore effettua per il tramite dell'art. 2059 c.c. e 185 c.p. A meno di ritenere imprescindibile la lesione di un diritto soggettivo inviolabile, per considerare fondata una domanda di risarcimento del danno non patrimoniale da violazione del RGPD<sup>48</sup>. In effetti, non tutte le norme del RGPD sono poste direttamente a presidio di diritti inviolabili. La Corte di giustizia nella decisione in commento prevede che «la nozione di "danno" e, più specificamente, nel caso di specie, la nozione di "danno immateriale", ai sensi dell'art 82 del RGPD, devono ricevere, tenuto conto della mancanza di qualsiasi riferimento al diritto interno degli Stati membri, una definizione autonoma ed uniforme, propria del diritto dell'Unione»<sup>49</sup>, soggiungendo che il «considerando 146, terza frase, di tale regolamento invita espressamente a interpretare il concetto di danno [...] in modo tale da rispecchiare "pienamente gli obiettivi del regolamento"»<sup>50</sup>. L'art.1 RGPD, rubricato "oggetto e finalità", dopo aver indicato che il regolamento «stabilisce le norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché norme relative alla libera circolazione di tali dati» al par. 2 prevede che «il regolamento protegge i diritti e le libertà

<sup>41</sup> Si tratta di Cass., 31 maggio 2003, n. 8828; Cass., 31 maggio 2003, n. 8827; Cass., 12 maggio 2003, n. 7281; Cass., 12 maggio 2003, 7283; reperibili in *Foro it.*, 2003, I, 2272 ss., con commento di E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*. A queste decisioni si aggiunge Cass., 12 maggio 2003, n. 7282 inedita poiché coincidente con la sentenza n. 7283 dello stesso anno. Per un commento alle sentenze nn. 8827 e 8828 v. anche F.D. BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La corte di Cassazione e il danno alla persona*, in *Danno resp.*, 2003, 816 ss.

<sup>42</sup> Si tratta di Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Foro it.*, 2003, I, 2201, commentata da E. NAVARRETTA, *La Corte costituzionale e il danno alla persona «in fieri»*. In argomento v. anche il saggio di C. CASTRONOVO, *Il danno alla persona tra essere e avere*, in *Danno resp.*, 2003, 237 ss.

<sup>43</sup> V. G.B. FERRI, *Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, 155 ss.; E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Giappichelli, Torino, 1996, 320 ss.; EAD., *Il danno alla persona e la Corte costituzionale. (Come rivalutare l'art. 2059 c.c. senza indebolire il danno alla salute)*, in *Resp. civ. prev.*, 1996, 1132 ss.; EAD., *Il danno esistenziale risarcito ex art. 2059 c.c. e l'adeguamento della norma alla Costituzione*, ivi, 2003, 190 ss.; A. JANNARELLI, *Il danno non patrimoniale: le fortune della "doppiezza"*, in *Danno resp.*, 1999, 718.

<sup>44</sup> Per una panoramica dell'evoluzione giurisprudenziale v. E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale*, cit., 3 ss.

<sup>45</sup> V. Cass. S.U., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, in *Danno resp.*, 2009, 19 ss.

<sup>46</sup> Così E. NAVARRETTA, *Il danno non patrimoniale*, cit., 25.

<sup>47</sup> V. S. PATTI, *Il risarcimento del danno immateriale secondo la Corte giust.*, in *NGCC*, 2023, 1146.

<sup>48</sup> Per questa opinione v. E. PALMERINI, *Responsabilità da trattamento illecito dei dati personali*, in *Codice della responsabilità civile*, cit., 2482 ss. Sul punto v. le considerazioni di cui *infra* alla nota 51.

<sup>49</sup> Cfr. punto 44 decisione Corte giust. 4 maggio 2023, C-300/21, *Österreichische Post*.

<sup>50</sup> Cfr. punto 47 decisione ult. cit.



fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali», e al par. 3 che «la libera circolazione di dati personali nell'unione non può essere invitata né vietata per motivi attinenti alla protezione persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali».

Dal quadro normativo considerato emerge, dunque, che il Regolamento contempla due ordini di disciplina: la prima posta a tutela dei diritti fondamentali tendenzialmente inviolabili; la seconda a presidio della circolazione dei dati e così del relativo mercato.

Ciò significa che alcuni diritti attengono all'attività di raccolta, gestione e trattamento dei dati, e perciò guardano al titolare o al responsabile del trattamento, per i quali il regolamento stabilisce il cd. “*accountability principle*” (o principio di responsabilizzazione) al fine di: per un verso, calmierare il rischio che l'attività di raccolta ed elaborazione di dati pone per i diritti delle persone; ma, per converso, incentivare l'attività di trattamento dei dati e quindi la formazione del relativo mercato interno assicurando l'esonero della responsabilità degli operatori attraverso il rispetto dei principi e l'adesione alle regole di condotta fissate dal regolamento (ex art. 82 parr. 2 e 3 i titolari e responsabili del trattamento sono esonerati da responsabilità se dimostrano di aver adempiuto agli obblighi del regolamento o se dimostrano che l'evento dannoso non è a loro imputabile).

Altri diritti, invece, sono posti a tutela delle libertà fondamentali, guardano ai soggetti interessati dal trattamento, e mostrano i caratteri dei diritti costituzionali fondamentali correlati all'identità e alla dignità della persona, perciò da considerarsi tendenzialmente inviolabili che trovano, oltretutto, pieno riconoscimento negli artt. 7 e 8 CEDU.

Il problema è dunque apparente posto che il regolamento considera sussistente l'illecito solo all'esito di un bilanciamento tra i due obiettivi (di incentivo alla circolazione dei dati da un lato, e di presidio dei diritti inviolabili dall'altro, sottesi ai due diversi ordini di disciplina).

Dall'angolo visuale interno, condizionare la risarcibilità del danno non patrimoniale alla necessaria lesione di un diritto inviolabile si risolverebbe in un'autentica eterogenesi dei fini<sup>51</sup>. L'aggancio tra

l'art. 2059 c.c. e l'art. 2 Cost. è diretto ad estendere l'area del risarcimento del danno non patrimoniale oltre le ipotesi tipiche predeterminate dal legislatore, non per limitare il perimetro di operatività dell'obbligazione risarcitoria a solo quelle che determinano una lesione dei diritti inviolabili.

## 6. La serietà dell'offesa quale accertamento negativo (intrinseco) dell'effettiva lesione di un diritto inviolabile.

Passiamo, quindi, a esaminare la seconda questione problematica più sopra evidenziata, e cioè quella per cui secondo la Corte di giustizia non è condizione di risarcibilità del danno immateriale ex art. 82 RGPD il raggiungimento di una soglia minima di gravità della lesione.

Da questo profilo la decisione della Corte appare abbastanza sorprendente. Sul terreno della responsabilità civile per danni non patrimoniali il necessario raggiungimento di una soglia minima di gravità della lesione può dirsi un principio condiviso in tutte le esperienze dei principali ordinamenti europei (oltreché al cd. principio di tolleranza che si ricava dal nostro dettato costituzionale, si pensi anche all'esclusione dei cd. *Bagatelschäden* in Germania<sup>52</sup>, piuttosto che alla condizione di risarcibilità

2059 c.c., che ancora al carattere fondamentale dell'interesse leso la conseguenza della risarcibilità; per un altro verso, non in linea con la configurazione più tradizionale che assegnava rilevanza alla riprovevolezza della condotta, implicita nella condanna penale, ovvero in ipotesi più sporadiche, a circostanze singolari». Questi argomenti non persuadono né se si assume un angolo visuale “interno”, né dalla prospettiva europea. Sul piano interno: in primo luogo si è già accennato al fatto che la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. adempie al compito di estendere l'area del risarcimento dei danni non patrimoniali (consentendone, oltretutto, una lettura “evolutiva” capace di abbracciare nuove ipotesi di lesione) e non a restringerne il perimetro tra le fattispecie espressamente previste dalla legge; in secondo luogo non pare corretto che tutte le ipotesi in cui il legislatore ha sancito la risarcibilità del danno non patrimoniale siano di particolare “riprovevolezza” (o quantomeno che lo siano in misura maggiore di un trattamento illecito di dati personali), basti pensare all'ipotesi ex art. 89 c.p.c. per il caso di espressione sconvenienti o offensive contenute in scritti difensivi in procedimenti giudiziari quando tali espressioni non riguardino l'oggetto della causa (o lo riguardino ex art. 598 c.p.c.). Sul piano europeo, basti osservare che l'art. 82 RGPD è una disposizione che deve trovare applicazione uniforme all'interno dell'UE (i termini dell'enunciato normativo assumono significati autonomi denazionalizzati), assoggettare l'insorgere dell'obbligazione risarcitoria ex art. 82 alle coordinate specifiche in cui è ammesso il risarcimento dei danni non patrimoniali distillate dalla giurisprudenza interna implicherebbe un'applicazione difforme nei diversi Stati membri.

<sup>52</sup> Per una panoramica dell'applicazione nei diversi sistemi europei del criterio della serietà dell'offesa v. C. VON BAR, *Germaneuropäisches Deliktsrecht*, II, München, 1999, 166 ss. Nel-

<sup>51</sup> *Contra* v. E. PALMERINI, op. cit., 2484, secondo cui «dal punto di vista sistematico, intendere [...] la norma speciale [art. 82 RGPD] come pura destinataria del rinvio previsto dall'art. 2059 c.c. senza agganciarla alle coordinate specifiche in cui ora è ammesso il risarcimento dei danni non patrimoniali, via via distillate dalla giurisprudenza, non garantirebbe equilibrio e ragionevolezza al sistema complessivo [...]» e prosegue evidenziando che aderendo alla lettura che vede l'art. 82 RGPD quale disposizione di rinvio dell'art. 2059 «ci troveremmo dunque, per un verso, al di fuori della lettura costituzionale dell'art.

del danno non patrimoniale inscritta nella formula, espressa dalla dottrina, per cui “*la perturbation excède le seuil du supportable*” in Francia<sup>53</sup>), nonché nella stessa giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>54</sup>.

Invero a ben guardare l’affermazione della Corte di giustizia è assai meno dirompente di quanto possa apparire a prima vista. Difatti, là dove essa afferma che l’art. 82 RGPD «osta a una norma o una prassi nazionale che subordina il risarcimento di un danno immateriale [*rectius* non patrimoniale...] alla condizione che il danno subito dall’interessato abbia raggiunto un certo grado di gravità», intende significare che non può colorarsi di valenza positiva il giudizio di gravità dell’offesa già intrinseco alla valutazione dell’effettiva lesione di un diritto inviolabile. Detto altrimenti, se per un verso, non deve ritenersi incompatibile con il diritto UE la condizione di risarcibilità del danno non patrimoniale per cui la lesione raggiunga una certa soglia (trattandosi, nel caso di specie, di una violazione di un diritto inviolabile), per converso, nulla esclude la valenza negativa per cui deve escludersi l’offesa irrisoria. Questo giudizio negativo è volto unicamente ad escludere che offese di rilevanza irrisoria siano capaci di determinare una lesione di valori particolarmente elevati quali sono quelli inviolabili, ciò che pretende un accertamento (non positivo, ma) negativo della gravità. Ne risulta che il filtro selettivo, che nel nostro ordinamento si ricava dal principio di tolleranza e dalla nozione stessa di inviolabilità, porta solo all’esclusione dal perimetro del risarcimento di offese irrisorie incapaci di ledere valori inviolabili che comportano danni bagatellari<sup>55</sup>.

In conclusione, nei limiti che si sono segnalati (ossia di: ritenere che l’art. 82 RGPD possa essere destinatario del rinvio dell’art. 2059 c.c.; negare che il riconoscimento di un danno normativo implichi necessariamente che il risarcimento non guardi alle conseguenze della lesione e quindi riverberi gioco-forza finalità punitive; e riconoscere la valenza, non positiva ma, solo negativa del giudizio di serietà della lesione) la decisione in esame non presenta

profili di intollerabile tensione con il modello interno di risarcimento del danno non patrimoniale.

| 736

Evento e danno nella responsabilità per trattamento di dati personali  
(Giorgio Remotti)



la giurisprudenza tedesca *ex multis* v. AG Diez, 7 novembre 2018, 8 C 130/18, in *K&R*, 2019, 284.

<sup>53</sup> V. A. SERIAUX, *Droit des Obligations*, Paris, 2 éd., 1998, 122.

<sup>54</sup> V. Corte giust. (Grande sezione), 23 ottobre 2012, cause riunite C-581/10 e C-629/10, *Nelson e a.*, punto 51.

<sup>55</sup> Questa interpretazione pare suffragata dall’affermazione della Corte per cui «rimane nondimeno il fatto che l’interpretazione così accolta non può essere intesa nel senso che implica che una persona interessata da una violazione del RGPD, che abbia subito conseguenze negative, sia dispensata dal dimostrare che tali conseguenze costituiscono un danno immateriale, ai sensi dell’art. 82» Cfr. punto 50 della decisione in commento.



to di interessi che – in assenza di un apposito ed idoneo intervento da parte degli stessi contraenti – porterebbe in modo ineluttabile a realizzare una vicenda traslativa immobiliare<sup>49</sup>.

Escluso, in virtù di ciò che abbiamo appena evidenziato, che, almeno in questo caso, la ricostruzione della disciplina in tema di forma del contratto (atipico) di mutuo dissenso sia ricostruibile sulla base di un procedimento di mera riconduzione al tipo negoziale di cui il rapporto-base risulta essere espressione, verrà da chiedersi in virtù di quale operazione ermeneutica sia dato ricavare tale regola.

Che il principio di simmetria riscontrata nell'individuo caso qui preso in esame sia frutto di un procedimento di interpretazione estensiva<sup>50</sup> ovvero di applicazione in via analogica<sup>51</sup> delle rilevanti norme in tema di forma è questione cui non pare semplice fornire una risposta netta<sup>52</sup>. Se chiara è la

---

scorta del fatto che l'intero procedimento di formazione contrattuale, compresi gli atti prenegoziali e preparatori, vede l'applicazione delle prescrizioni di forma previste per il contratto da concludere (si riferiscono queste voci in particolare alla giurisprudenza sul patto di opzione e a indici normativi quali l'art. 1392 c.c. in tema di forma della procura e l'art. 1399 c.c. in tema di ratifica del contratto stipulato da *falsus procurator*). Sul punto, per tutti, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9<sup>a</sup> ed., Napoli, rist. 1997, p. 216. Ma condivisibilmente, in senso critico, v. S. SICA, *Atti che devono farsi per iscritto. Art. 1350, cit.*, p. 338; G. ORLANDO, *Mutuo dissenso*, cit., pp. 341-342, il quale pone in serio dubbio la configurabilità di una categoria unitaria degli "atti accessori" a prescindere dalla loro funzione specifica.

<sup>49</sup> G. CAPOZZI, *Il mutuo dissenso nella pratica notarile*, cit., p. 642; M. LIPARI, *La forma del negozio risolutorio di contratto preliminare formale, Nota a Cass. 06 giugno 1988*, in *Giust. civ.*, 1989, p. 1191, il quale evidenzia che sarebbe difficilmente spiegabile il fatto che l'ordinamento tuteli la serietà e l'importanza del momento in cui l'impegno viene assunto disinteressandosi poi del momento in cui lo stesso viene ad essere posto nel nulla.

<sup>50</sup> Nel senso dell'interpretazione estensiva si sono espresse le Sezioni Unite nella citata sentenza n. 8878 del 1990 sulla base del principio "*ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio*".

<sup>51</sup> Sull'inquadramento dei contorni del procedimento analogico in ambito giuridico, N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, 1938 (ried. a cura di P. Di Lucia, Milano, 2006); L. GIANFORMAGGIO, *Analogia*, in *Dig. disc. priv.*, I, Torino, 1987, pp. 133 ss. In termini generali, si veda anche N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 70, ove si pone in evidenza la progressiva perdita da parte dello strumento analogico di quella specialità strutturale che allo stesso era stato assegnato dal *Code Napoléon* e si sottolinea l'impossibilità, nell'attuale panorama giuridico, di distinguere in modo netto dove finisce l'*analogia legis* e dove inizia l'*analogia iuris* (procedimenti che, invece, l'art. 12 Preleggi pretenderebbe vedersi applicati in via successiva).

<sup>52</sup> R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., p. 440; V. VELLUZZI, *La distinzione tra analogia giuridica e interpretazione estensiva*, in M. MANZIN, P. SOMMAGGIO (a cura di), *Interpretazione giuridica e retorica forense*, Milano, 2006, pp. 133 ss.; D. CANALE, G. TUZET, *Sulla distinzione tra analogia e interpretazione estensiva nel ragionamento giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2014, pp. 149

distinzione tra le due sul piano definitorio, altrettanto spesso non può dirsi quando dall'astrazione si passa all'esame del caso concreto dal momento che entrambe queste operazioni ermeneutiche finiscono per risultare strumenti di integrazione di una disciplina, in qualche modo, "lacunosa" (ci sia consentito il virgolettato)<sup>53</sup>.

Tornando alle ragioni che depongono nel senso della necessità di una estensione del vincolo di forma al negozio solutorio, si pensi poi al problema della certezza del diritto insita nella difficoltà di provare che una dichiarazione a struttura debole possa risolvere una dichiarazione a struttura forte<sup>54</sup>. Problema che si dimostra ancora più evidente in considerazione della possibilità per le parti di ricorrere alla tutela in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto a norma dell'art. 2932 c.c. con richiesta da parte del contraente non inadempiente all'Autorità giudiziaria di provvedere alla costituzione con sentenza degli effetti del contratto definitivo non concluso<sup>55</sup>.

Si è detto che tra le funzioni del requisito di forma previsto dall'art. 1350 n. 1 c.c. vi è anche quello di conferire all'atto negoziale certezza ed univocità. Certezza con riferimento non solo al profilo della causa e dell'oggetto sul quale la manifestazione di volontà finisce per cadere, ma anche circa l'effettivo raggiungimento di una intesa delle parti concretamente qualificabile come "accordo" rilevante ai sensi dell'art. 1321 c.c. nonché il preciso frangente temporale in cui questo è raggiunto.

Come traspare anche dai vari passaggi della pronuncia della Suprema Corte dello scorso febbraio

---

ss.; G. TUZET, *Analogia e ragionamento giuridico*, Roma, 2020, pp. 41 ss.

<sup>53</sup> Lacunosità qui qualificabile come "assiologica", seguendo la classificazione proposta da R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, Milano, 2011, pp. 127 ss.

<sup>54</sup> Osservano R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2017, p. 711 che "Lo scritto necessario alla validità del negozio è necessario anche per la prova. Le parti non possono provare per confessione o per testi che il negozio fu concluso per iscritto. Quando si parla di forma necessaria per la validità si menziona la parte per il tutto", chiosando che coglierebbe maggiormente nel segno "parlare di forma doppiamente necessaria per la validità e per la prova". Ma si veda anche E. FAZIO, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Milano, 2011, p. 45 ed *ivi* il richiamo a H. KÖTZ, S. PATTI, *Diritto europeo dei contratti*, Milano, 2006, p. 152.

<sup>55</sup> Problema che pare essere chiaramente avvertito da E. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 290, ove l'Autore giustifica la previsione dell'art. 1351 c.c. con la necessità di "evitare che venga elusa la norma concernente la forma del contratto definitivo, data la virtuale equipollenza scaturente dalla possibilità di esecuzione in forma specifica". Si vedano inoltre, tra gli altri, F. MESSINEO, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 173; S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, 4<sup>a</sup> ed., Torino, 1963, p. 277 e, da ultimo, G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., p. 404.

## EFFETTO REALE MEDIATO E FORMA DEL MUTUO DISSENSO DI PRELIMINARE IMMOBILIARE

Di Francesco Fantechi

| 737

**SOMMARIO:** *1. Il problema alla base della pronuncia Cass., sez. II, 14 febbraio 2022, n. 4714 ed il decisum della Suprema Corte. – 2. Sul discusso principio di “libertà delle forme”. – 3. Volontà risolutoria e previsioni di forma ad substantiam. – 4. Effetto reale mediato e forma vincolata del mutuo dissenso di preliminare immobiliare.*

*ABSTRACT.* La pronuncia della Corte di Cassazione n. 4714/2022 in tema di forma del mutuo dissenso di contratto preliminare immobiliare ci consente di sviluppare alcune riflessioni di ordine generale sulla portata del riconosciuto principio di libertà delle forme alla luce delle ragioni giustificative delle disposizioni prescriventi vincoli formali ad substantiam.

*The ruling of the Court of Cassation no. 4714/2022 regarding the formal requirement of the consensual termination of a preliminary contract concerning immovable properties allows us to develop some general reflections on the extent of the recognized principle of freedom of forms in the light of the justifications of the rules prescribing formal constraints.*



**1. Il problema alla base della pronuncia Cass., sez. II, 14 febbraio 2022, n. 4714 ed il *decisum* della Suprema Corte.**

Il problema della forma da sempre divide. Lo testimonia la pronuncia della Suprema Corte di Cassazione n. 4714 del 14 febbraio 2022 in tema di mutuo dissenso di contratto preliminare di permuta immobiliare.

Con scrittura privata, una persona fisica ed una impresa edile addivenivano alla stipula di un contratto preliminare di permuta col quale la prima si impegnava a trasferire un terreno con l'obbligo per la seconda di provvedere a trasferire una costruzione da realizzarsi sul medesimo.

Successivamente il proprietario del terreno agiva in giudizio per sentire dichiararsi la risoluzione del preliminare adducendo che la controparte non si era di fatto adoperata per ottenere le necessarie autorizzazioni amministrative ai fini della realizzazione del fabbricato. Rinvenendo nella scrittura un valido contratto preliminare, il Tribunale accerta l'inadempimento della convenuta condannando la stessa al pagamento della prevista penale.

Aderendo alla prospettazione della appellante impresa edile, la Corte d'Appello di Firenze riformava la pronuncia di prime cure rilevando che tra le parti erano intercorse trattative volte a sostituire il contratto preliminare di permuta con un contratto di compravendita avente ad oggetto il medesimo terreno. Il Giudice di secondo grado, in particolare, dichiarava risolto per mutuo dissenso il preliminare attribuendo rilievo al fatto che, in epoca successiva alla conclusione di quest'ultimo, l'impresa edile aveva formulato una proposta di acquisto del terreno; proposta che, seppur rifiutata dal proprietario del terreno, doveva ritenersi indice della volontà delle parti di porre nel nulla lo stipulato contratto preliminare.

L'impresa edile propone quindi ricorso per Cassazione sulla base di tre distinti motivi.

In via prioritaria, la Seconda Sezione della Suprema Corte ritiene doversi rigettare il terzo motivo di ricorso, con il quale la ricorrente aveva dedotto la nullità della sentenza perché viziata da ultrapetizione in violazione dell'art. 112 c.p.c., in quanto la domanda di accertamento della risoluzione per mutuo consenso non sarebbe mai stata proposta in primo grado. Dopo aver evidenziato che la risoluzione consensuale del contratto è un fatto oggettivamente estintivo dei diritti nascenti dal negozio bilaterale desumibile dalla volontà manifestata dalle parti, afferma infatti la Corte che "laddove le parti abbiano allegato in giudizio di non avere interesse alla permanenza degli effetti del contratto, la risoluzione consensuale può essere oggetto di accertamento

d'ufficio da parte del giudice anche in sede di legittimità, ove non vi sia necessità di effettuare indagini di fatto"<sup>1</sup>.

Il Collegio passa poi ad esaminare congiuntamente i primi due motivi di ricorso, con i quali si deduceva rispettivamente la violazione e falsa applicazione degli artt. 1350 e 1351 c.c. (in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3) per avere la Corte di merito ritenuto che il contratto preliminare di permuta fosse stato risolto per mutuo dissenso in assenza di un atto avente forma scritta *ad substantiam* pur avendo lo stesso ad oggetto diritti reali immobiliari ed il difetto di motivazione della sentenza (ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5) in quanto, con la proposta di acquisto del terreno oggetto del preliminare non seguita da accettazione per iscritto da parte del proprietario dello stesso, non vi sarebbe stata manifestazione della volontà delle parti di risolvere il precedente vincolo contrattuale.

I due motivi sono ritenuti fondati.

La Seconda Sezione osserva che, per costante giurisprudenza, la risoluzione consensuale di un contratto riguardante il trasferimento o la costituzione di diritti reali immobiliari è soggetta al requisito della forma scritta *ad substantiam* non solo quando il contratto da risolvere sia definitivo (e quindi rientri nella espressa previsione dell'art. 1350 c.c.) ma anche quando si tratti di contratto preliminare sottolineando che la ragione dell'assoggettamento del preliminare alla forma di cui all'art. 1351 c.c. va ravvisata nell'incidenza, sia pure mediata, che lo stesso spiega su diritti reali immobiliari, in quanto con esso le parti assumono l'obbligo di concludere il definitivo.

La risoluzione del contratto preliminare, a detta della Corte, necessita quindi il rispetto dei requisiti della forma di cui all'art. 1350 c.c. (come espressamente richiesta dall'art. 1351 c.c.) perché impedisce il verificarsi degli effetti immobiliari derivanti dall'adempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto preliminare<sup>2</sup>.

Se infatti, in via generale, il mutuo consenso di un contratto può risultare anche da un comportamento tacito concludente, qualora si tratti di contratti per i quali è richiesta la forma scritta ai fini della validità, analoga forma deve essere osservata per la

<sup>1</sup> Prosegue la Suprema Corte evidenziando che, in armonia con tale principio, la consolidata giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che la risoluzione consensuale del contratto non costituisce oggetto di eccezione in senso proprio, bensì una mera difesa; ragione per cui non è configurabile nel caso di specie un vizio di ultrapetizione. Sul punto, la pronuncia richiama i precedenti: Cass., 20 giugno 2012, n. 10201; Cass., 24 maggio 2007, n. 12075 e Cass., 21 novembre 2006, n. 24802.

<sup>2</sup> Qui il richiamo al principio di diritto espresso nella sentenza Cass., 26 giugno 2015, n. 13290.



risoluzione consensuale. Di talché osserva la Cassazione che l'efficacia estintiva del contratto non poteva evincersi dal mero comportamento delle parti che, nelle more della conclusione del definitivo, avevano avviato trattative per la vendita del terreno oggetto del preliminare, essendo invece necessario che la volontà di eliminare lo stipulato preliminare di permuta risultasse con un atto scritto idoneo a rendere manifesta tale intenzione in modo inequivoco.

Accogliendo il primo e il secondo motivo di ricorso, la Suprema Corte cassa quindi la sentenza impugnata rinviando alla Corte d'Appello di Firenze in diversa composizione.

## 2. Sul discusso principio di “libertà delle forme”.

Muovendo dalla concezione della assoluta signoria della volontà negoziale (frutto anche delle concezioni giusnaturalistiche e che trova la sua massima espressione nel *Code Civil* francese<sup>3</sup>), la dottrina tradizionale ha da sempre ritenuto esistente nell'ambito della teoria generale del negozio giuridico il principio di “libertà della forma”<sup>4</sup>. Se il contratto doveva considerarsi unicamente quale espressione dell'autonomia privata, una eventuale limitazione della stessa conseguente alla prescrizione di determinati vincoli di forma doveva necessariamente considerarsi come eccezione alla regola generale della forma libera.

Nell'ambito del Codice civile italiano del 1942, ad avviso della dottrina largamente maggioritaria, questo principio troverebbe la sua consacrazione nell'art. 1325 n. 4 c.c., il quale – nel prevedere che la forma è requisito essenziale del contratto solo quanto prescritta dalla legge a pena di nullità – imporrebbe di ritenere che in tutti gli altri casi la forma

del contratto è libera. La conseguenza, secondo la tradizionale dottrina, è che le disposizioni atte a prescrivere una determinata forma sarebbero da considerarsi norme aventi carattere eccezionale, con la conseguente impossibilità di una loro applicazione in via analogica posto il divieto in tal senso espresso dall'art. 14 disp. prel. c.c. e pure di una loro interpretazione in senso estensivo.

La vigenza del principio di libertà delle forme da una trentina di anni a questa parte è stata messa in discussione da una parte della dottrina maggiormente legata al positivismo giuridico, la quale evidenzia l'assenza di una norma che esprima in modo esplicito la vigenza del sopramenzionato principio<sup>5</sup>. In termini estremamente sommari, si sostiene che l'art. 1325 n. 4 c.c. non avrebbe un valore prescrittivo, bensì semplicemente *descrittivo* della struttura del contratto in generale. Lungi dall'esprimere un preciso principio in tema di forma, detta disposizione si limiterebbe a porre unicamente una regola: quella che aggiungerebbe il requisito del *vestmentum* formale solo per quelle fattispecie contrattuali con riferimento alle quali la legge prescrive tale elemento sotto pena di nullità. Si tratterebbe, insomma, più che di una norma, di un frammento di norma destinato necessariamente ad integrarsi di volta in volta con la disciplina prevista per le singole figure contrattuali. Corollario di questa intuizione sarebbe allora l'esistenza di due diverse “tipologie” di contratto: i) le fattispecie cc.dd. “deboli”, con riferimento alle quali il legislatore ritiene requisiti necessari (ma anche sufficienti), ai fini della validità, gli elementi dell'accordo, dell'oggetto e della causa; e ii) le fattispecie contrattuali “forti”, con riferimento alle quali, invece, è richiesto un requisito ulteriore di carattere rafforzativo della struttura, ossia la forma<sup>6</sup>.

Il principio generale di libertà delle forme, ad avviso di tale dottrina, non avrebbe dunque alcun fondamento positivo, con la conseguenza che le norme statuenti vincoli di forma *ad substantiam* sarebbero suscettibili di applicazione analogica e interpretazione estensiva al pari di qualsiasi altra norma non avente natura eccezionale.

Detta tesi è stata oggetto di vivaci critiche, argomentate facendo leva ora sul carattere squisita-

<sup>3</sup> R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente “non qualificato” nel mercato finanziario*, Milano, 1996, 2 ss., che pone in evidenza il progressivo superamento delle forme negoziali come generale caratteristica dei moderni sistemi giuridici, in antitesi con il formalismo contrattuale tipico dell'epoca anteriore alle moderne Codificazioni.

<sup>4</sup> Sia pure con varietà di sfumature, in letteratura: A. PALAZZO, *Forme del negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv.*, VIII, Torino, 1992, 443; F. MESSINEO, *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, III.1, Milano, 1988, 115; A. DE CUPIS, *Sul contestato principio di libertà delle forme*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, II, 205; B. GRASSO, *La forma tra “regola” ed “eccezione” (a proposito di un libro recente)*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, II, 52; O. PROSPERI, *Forme complementari e atto recettizio*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, I, 198; M. GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 989 ss.; A. LISERRE, *Formalismo legale e testamento*, Milano, 1966, 17; A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Padova, 1949, 17.

<sup>5</sup> Il riferimento è chiaramente a Natalino Irti, il quale ha offerto tale lettura a partire dall'elegantissimo volume (dal titolo particolarmente evocativo) N. IRTI, *Idola Libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, poi ripresa negli scritti successivi: ID., *Del falso principio di libertà delle forme*, in *Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, 449 ss.; ID., *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, 137 ss.

<sup>6</sup> Nel caso di fattispecie deboli, in buona sostanza, non avremmo tanto un contratto a forma libera quanto piuttosto un contratto con riferimento al quale il requisito formale non assume rilevanza.





mente strutturale della forma<sup>7</sup>, ora sostenendo che le norme non sono mai descrittive ma sempre animate da una matrice prescrittiva<sup>8</sup>.

A prescindere da questi argomenti (che pure sarebbe opportuno approfondire), a noi pare che tale raffinata lettura non risulti persuasiva proprio nel suo segmento iniziale, cioè nel considerare un “vuoto”, un “neutro”, la mancata presenza di una disposizione che sancisca in modo esplicito la vigenza del principio generale in discussione. L’assenza di un enunciato legislativo, infatti, non implica necessariamente una sorta di indifferenza dell’ordinamento, ma – al contrario – ben può indicare uno spazio normativo ulteriore ricavabile logicamente dal precetto legislativo stesso<sup>9</sup>. Si tratta, in buona sostanza, di una norma inespressa a mezzo della quale l’ordinamento intende in genere esonerare i privati dall’assunzione di impegni formali nella loro attività di autoregolamentazione di propri interessi, con quanto comporta in termini di celerità della circolazione dei beni e di risparmio in tempi di attività giuridica e costi transattivi<sup>10</sup>.

L’assunto portato avanti dalla tradizionale dottrina in base al quale le norme prescriventi vincoli di forma debbano essere considerate come eccezionali in quanto “eccezioni alla regola di libertà” (e pertanto di stretta interpretazione) risulta a nostro avviso criticabile per almeno due ordini di ragioni.

Anzitutto, stabilire un rapporto regola-eccezione a livello normativo significa osservare che alcuni modelli di regolazione trovano applicazione in via *residuale*. Ma questa residualità non restituisce automaticamente la natura di “eccezionalità giuridica”, che invece andrebbe dimostrata. Dimostrazione

<sup>7</sup> Si vedano, *ex multis*, A. DE CUPIS, *Sul contestato principio di libertà delle forme*, cit., 206-207; B. GRASSO, *La forma tra «regola» ed «eccezione»*, cit., 50; M. MESSINA, *“Libertà di forma” e nuove forme negoziali*, Torino, 2004, 84.

<sup>8</sup> In tal senso, su tutti, B. GRASSO, *La forma tra «regola» ed «eccezione»*, cit., 51; G. BERTI DE MARINIS, *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, Napoli, 2013, 27-28.

<sup>9</sup> E. DICIOTTI, *L’individuazione di norme espresse e inesprese tramite l’interpretazione teleologica della legge*, in *Analisi e diritto*, 2013, 250-251. Sulla deduzione di una norma permissiva mediante l’impiego di un argomento a contrario a partire da un precetto avente carattere imperativo, v. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l’interpretazione*, Milano, 1993, 431.

<sup>10</sup> Su tale esigenza di carattere politico-economico, si veda quanto osservato da G. LA ROCCA, *Il problema della forma contrattuale*, Torino, 2017, 21 nell’illustrare il fondamento delle disposizioni di cui agli artt. 1325 n. 4 e 1341 c.c.

Peraltro, il principio di libertà delle forme è stato consacrato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e risulta chiaramente affermato in tutti i più recenti tentativi diretti ad armonizzare la disciplina dei contratti a livello europeo. Sul punto, S. PAGLIANTINI, *Della forma del contratto*, in *Comm. cod. civ. Gabrielli, Dei contratti in generale. II: artt. 1360-1386 c.c.*, Torino, 2011, 11 ss.

che richiede un confronto della regola residuale non tanto (o meglio: non solo) con la regola che si reputa generale, ma anzitutto dal raffronto della prima con il sistema nel suo complesso<sup>11</sup> e, in particolare, con tutte le previsioni dell’ordinamento che si pongono in dialogo con la stessa in quanto vertenti sul medesimo problema giuridico.

In secondo luogo (ma è questo un argomento da prendere in considerazione in combinato con il primo), è necessario comprendere il significato e la ragione d’essere di tali previsioni. Soltanto dopo aver verificato attentamente la *ratio* (*rectius: le rationes*) delle previsioni particolari in tema di forma è possibile pronunciarsi sulla natura – eccezionale o meno – delle prescrizioni di forma.

Sul punto torneremo nell’analizzare il contenuto della pronuncia giurisprudenziale in commento.

### 3. Volontà risolutoria e previsioni di forma *ad substantiam*.

I contorni dell’istituto attorno al quale ruota la pronuncia della Suprema Corte di Cassazione in commento sono noti. Per mutuo dissenso (o risoluzione consensuale) si intende quel contratto avente come specifica finalità quella di sciogliere consensualmente un precedente negozio giuridico.

Si tratta di evidente espressione dell’autonomia negoziale cui il legislatore fa espresso riferimento all’art. 1321 c.c., il quale definisce il contratto quale accordo di due o più parti volto – oltre che a costituire o regolare – anche ad estinguere tra loro un rapporto giuridico di tipo patrimoniale ed all’art. 1372, comma 1, c.c.<sup>12</sup>, ove, dopo aver espresso il principio in base al quale il contratto ha forza di legge tra le parti (c.d. principio di vincolatività), si stabilisce che esso non può essere sciolto che per mutuo consenso nonché per le altre cause ammesse dalla legge.

<sup>11</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, 133, ove si osserva che “Il formalismo moderno in particolare non può non essere in sintonia con i valori dell’ordinamento e in funzione della loro attuazione. In questo senso il tema delle forme è il più idoneo per una verifica del metodo giuridico, purché non si abbia la pretesa di individuarlo nelle sole norme sulla forma in una separatezza che rischia di attribuire al formalismo sempre e soltanto una valenza negativa”.

<sup>12</sup> In termini pressoché analoghi disponeva l’art. 1123 del Codice civile del 1865, ove si prevedeva che i contratti “*non possono essere revocati che per mutuo dissenso o per cause autorizzate dalla legge*”. Disposizione a sua volta chiaramente ispirata al testo dell’art. 1134 del *Code civil* francese nella sua versione antecedente alla *réforme* del 2016.

Trattasi dunque di uno strumento contrattuale<sup>13</sup> avente finalità eliminativa di un rapporto giuridico previamente costituito tra le parti<sup>14</sup>.

Chiaro l'inquadramento generale della figura negoziale, altrettanto non può dirsi con riferimento alla sua disciplina, la quale, in assenza di una sua individuazione a livello normativo, è sostanzialmente demandata agli interpreti, ai quali spetta il compito – in verità di non agile soluzione – anzitutto di individuarne il modo di operare nonché i suoi profili più propriamente strutturali.

Difficoltà che traspare, ove più ove meno, in tutti i contributi dedicati all'istituto in parola<sup>15</sup> e che sconta un interrogativo di fondo che attiene in modo specifico alla sua natura ed in particolare alla sua qualificazione come contro-negozio (*contrarius actus*) ovvero come negozio demolitivo-ripristinatorio dotato di causa propria<sup>16</sup>.

Venendo più specificamente al tema che qui ci occupa, la questione della forma del mutuo dissenso rievoca in modo forte il generale dibattito sul requisito formale con riferimento alla (eterogenea) categoria dei negozi cc.dd. *di secondo grado*, ossia di quei negozi volti a modificare, risolvere, conformare o accertare un altro negozio previamente posto in essere<sup>17</sup>.

*Nulla quaestio* naturalmente per l'ipotesi in cui il contratto da risolvere non necessiti di forma solenne, nel qual caso il mutuo dissenso non sarà soggetto a vincoli di forma e potrà risultare anche da fatti concludenti che lascino intendere in modo inequivoco la volontà delle parti di rimuovere il negozio primario dal mondo giuridico<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> Per una illustrazione circa le differenze tra revoca, recesso e mutuo dissenso, v. G. CHINÉ e A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, Molfetta, 2020, 1348; A. ALAMANNI, *La modifica del contratto: l'identità e gli effetti*, Torino, 2018, 72, nota 94.

<sup>14</sup> Sul piano degli effetti del negozio in parola, si vedano: F. GALGANO, *Degli effetti del contratto. Artt. 1372-1405*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Roma, 1993, 23 ss.

<sup>15</sup> Sul punto, D. ACHILLE, *La risoluzione per mutuo dissenso*, Napoli, 2013, 9.

<sup>16</sup> Per una ricostruzione circa le varie posizioni: G. CAPOZZI, *Il mutuo dissenso nella pratica notarile*, in *Vita not.*, 1993, 636 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. Artt. 1372-1373*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, 1998, 51 ss.; L.P. ORIANI, *Il mutuo dissenso*, in P. Fava (a cura di), *Il contratto*, Milano, 2012, 2009 ss.; G. ORLANDO, *Mutuo dissenso. Contributo per una teoria della causa di «neutralizzazione» degli atti giuridici*, Napoli, 2016, *passim*. La questione assume particolare rilievo pratico, tra le altre cose, con riferimento al requisito di forma del mutuo dissenso di donazione.

<sup>17</sup> Il conio di tale locuzione è da ascrivere ad Emilio Betti, il quale fa rientrare in tale categoria tutti quei “negozi diretti a modificare, risolvere o estinguere un negozio precedentemente posto in essere” (così E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, 248 ss.).

<sup>18</sup> La dottrina maggioritaria propende per la forma libera del negozio risolutorio anche con riferimento ai casi di forma volontaria ex art. 1352 c.c., salvo espressa previsione di una forma

Il problema si pone invece allorché l'atto solutorio finisca per incidere su un negozio con riferimento al quale la legge richiede il rispetto di un determinato requisito di forma *ad substantiam*. La domanda è, in breve, la seguente: nel caso di negozio formale, perché sia valido, l'atto di risoluzione consensuale posto in essere dalle parti deve rivestire la medesima forma prevista con riferimento al negozio presupposto oppure vi è una maggiore autonomia strutturale?

Sul punto il dibattito ancora oggi vede contrapposti orientamenti diversi.

Un primo indirizzo interpretativo esclude l'estensione della forma vincolata prevista dalla legge per un negozio al contratto di mutuo dissenso incidente sullo stesso<sup>19</sup>. Tale esito è giustificato considerando l'autonomia strutturale del negozio di mutuo dissenso e muovendo dal carattere eccezionale delle disposizioni prevedenti vincoli formali *ad substantiam*<sup>20</sup>, le quali non potrebbero essere applicate oltre i casi espressamente previsti dalla legge alla luce del divieto di applicazione analogica (e pure di interpretazione estensiva) stabilito dall'art. 14 disp. prel. c.c. Ragioni ostative all'estensione del vincolo formale sarebbero le medesime per le quali la legge ritiene di porre quale regola generale quella della libertà di forma: la libertà di manifestazione della volontà negoziale (quale corollario della preminenza dell'autonomia privata) e la necessità di assicurare la speditezza dei traffici giuridici, nonché un risparmio in termini di attività giuridiche e costi transattivi.

Opposto alla lettura appena esposta è l'orientamento che ritiene operante un principio di c.d. “perfetta simmetria” di forma tra negozio di base e negozio di secondo grado. Ad avviso di tale orientamento – che in giurisprudenza trova ampio

vincolata anche per il mutuo dissenso da parte degli stessi contraenti. Sul punto, *ex multis*, D. ACHILLE, *La risoluzione per mutuo dissenso*, cit., 122 ss. Ma *contra* F. VENOSTA, *La forma degli atti preparatori e revocatori*, cit., 294 ss.

<sup>19</sup> Di tale avviso, tra gli altri, G. MIRABELLI, *Delle obbligazioni. Dei contratti in generale*, IV, in *Comm. cod. civ.*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 1980, 257 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 274, 452; M.E. LA TORRE, *La forma dei negozi risolutori*, in *Giust. civ.*, 1962, I, 154; R. SANDULLI, *Forma del negozio risolutorio di un preliminare di vendita immobiliare*, in *Giust. civ.*, 1967, I, 432; A. TORRENTE, *La forma del negozio risolutorio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, 625 ss.; A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, cit., 154 ss.

<sup>20</sup> Nel senso del carattere eccezionale dei vincoli di forma, oltre agli Autori citati nella precedente nota, si vedano *ex multis*: M. GIORGIANNI, *Forma degli atti*, cit., 1003 ss.; D. BARBERO, *Sistema di diritto privato*, I, Torino, 1965, 358 ss.; A. DE CUPIS, *Sul contestato principio di libertà delle forme*, cit., 205 ss.; B. GRASSO, *La forma tra «regola» ed «eccezione»*, cit., 52 ss.; A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, cit., 122 ss.



riscontro<sup>21</sup> – le norme che prevedono vincoli di forma non sarebbero affatto eccezionali, in quanto costituirebbero ordinaria espressione di un principio a tenore del quale, quando per la formazione di un determinato contratto è richiesta dalla legge una forma particolare, questa stessa forma deve ritenersi implicitamente richiesta per tutti gli atti preparatori, integrativi, modificativi ed estintivi di quel contratto; conclusione “avvalorata dal rilievo che gli atti, per i quali il vincolo di forma è esplicitamente richiesto dalla legge, non presentano caratteri peculiari che giustifichino come soltanto per essi debba osservarsi la stessa forma del contratto a cui accedono, ond’è che l’estensione del vincolo ai casi non contemplati si impone per ragioni di logica coerenza”<sup>22</sup>.

A fondare il principio di simmetria formale sarebbero anzitutto esigenze di certezza dei traffici giuridici, oltre che la valorizzazione del nesso di strumentalità-dipendenza tra negozio secondario e negozio di base.

Se il primo orientamento (che riconosce il principio di libertà delle forme come rigido ed assoluto) è da respingere in quanto lesivo delle ragioni sostantive estrapolabili dal tessuto normativo, non poche perplessità suscita anche il secondo indirizzo sopra esposto, il quale finisce per cadere nell’eccesso opposto predicando ad oltranza la necessità del rispetto di un determinato requisito di forma per tutti i negozi secondari soltanto perché incidenti su contratti formali.

Maggiormente persuasivo appare invece il tentativo ermeneutico di risolvere il problema dell’estensione o meno del precetto di forma ai negozi di secondo grado in base ad una attenta analisi funzionale dei *vestimenta* formali, da condursi tenendo in debita considerazione il profilo effettuale della fattispecie negoziale concretamente posta in essere in prima battuta<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Si tratta, invero, di giurisprudenza il più delle volte di carattere tratlazio, nella quale si procede a decidere la *quaestio iuris* sulla base del mero richiamo a precedenti giurisprudenziali omettendo di porre in correlazione lo specifico atto negoziale con le *rationes* ispiratrici della disciplina in punto di forma del contratto.

<sup>22</sup> In questi termini, F. CARRESI, *Il contratto*, XXI.1, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, Milano, 1987, 369-370 (così argomentando, l’Autore pare peraltro affermare una netta sovrapposibilità tra la forma *ad substantiam* avente fonte legale e forme volontarie ai fini della validità imposte dai contraenti ai sensi dell’art. 1352 c.c.); P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1996, 308 nonché G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., 148; G. SCOGNAMIGLIO, *Osservazioni sulla forma dei negozi revocatori*, in *Temi nap.*, I, 1961, 433, i quali parlano della piena simmetria rispettivamente come principio “di piana intuizione” e “di logica generale”.

<sup>23</sup> A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, 322; E. GABRIELLI e F. PADOVINI, *Recesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 43 ss.

Si ritiene, insomma, che il punto di partenza ai fini della risoluzione del problema di cui si discetta debba consistere nell’esame delle molteplici (e talvolta eterogenee) *rationes* alla base delle singole previsioni legislative in tema di forma e nella successiva messa in relazione delle stesse con il sistema civilistico complessivamente inteso nonché con i profili peculiari delle figure negoziali che individualmente vengono in rilievo<sup>24</sup>.

Alla luce di questa lettura “teleologica” delle norme prevedenti vincoli formali, al negozio di secondo grado sarà da applicarsi la forma vincolata prevista per il negozio presupposto nei casi in cui il primo finisca in concreto per realizzare uno degli effetti tipici in considerazione dei quali l’ordinamento richiede doversi prescrivere una determinata forma ai fini della manifestazione della volontà. Ciò significa che il particolare *vestmentum* è da ritenersi imposto ogniqualvolta, individuata la natura, l’atto non sarebbe immaginabile senza quel precipuo risultato giuridico che la legge ritiene dover presidiare, alla luce degli interessi che coinvolge, con forme solenni<sup>25</sup>.

Si tratta allora di verificare la necessità o meno di estensione di una previsione di forma in base ad un giudizio di equivalenza assiologica che, tuttavia, non sempre risulta agevole cogliere, dal momento che il più delle volte una medesima disposizione di legge è espressione non di una, bensì di un fascio di funzioni e che taluni interessi che l’assetto normati-

<sup>24</sup> Si veda quanto osservato, anche alludendo agli indici normativi ascrivibili al fenomeno del c.d. *neoformalismo*, con riferimento al problema dell’estensione del vincolo formale da G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, 4ª ed., Milano, 2021, 423-424: “L’analisi della legislazione extracodicistica evidenzia la sua utilità non solo per confermare la pluralità di funzioni perseguite dal vincolo formale e la conseguente impossibilità di ricondurre tutte le previsioni di forma ad un’esclusiva ed evanescente esigenza di «certezza» o di «protezione», il cui richiamo – ove non adeguatamente circostanziato attraverso una puntuale disamina delle concrete caratteristiche della singola previsione – non potrebbe assicurare un’adeguata valutazione delle conseguenze rimediali della violazione del precetto. Essa si rivela altresì necessaria per evidenziare che le molteplici esigenze poste a fondamento della prescrizione di forma condizionano la sua estensione e, dunque, impongono di rispondere diversamente in ordine all’identificazione del reale oggetto del precetto normativo”. In termini analoghi S. SICA, *Atti che devono farsi per iscritto. Art 1350*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, 2003, 14; U. BRECCIA, *La forma*, in *Tratt. contratto Roppo*, I, *Formazione*, Milano, 2006, 508; N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 174, il quale, dopo aver evidenziato l’imprescindibile nesso tra forma e contenuto, conclude nel senso dell’impossibilità tanto di una assoluta riaffermazione del dogma di libertà della forma quanto di una sua indifferenziata confutazione.

<sup>25</sup> R. NICOLÒ, *La relatio nei negozi formali*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, 125; A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, cit., 322; P. VITUCCI, *Applicazione e portata del principio di tassatività delle forme solenni*, in *Studi in onore di Michele Giorgianni*, cit., 820 ss.





vo nel suo complesso intende tutelare non sono neppure chiaramente esplicitati ma soltanto fatti trasparire.

L'operazione fondamentale richiesta all'interprete<sup>26</sup> è dunque anzitutto quella di selezionare (o, meglio, "inventare") le *rationes* e gli interessi rilevanti ai fini di offrire una soluzione al problema della forma dell'individuo negozio solutorio che si confaccia alle logiche del sistema civilistico nel suo complesso.

#### 4. Effetto reale mediato e forma vincolata del mutuo dissenso di preliminare immobiliare.

Esaurita questa digressione, torniamo adesso alla questione di diritto alla base della pronuncia in commento, ossia al problema della forma del mutuo dissenso di contratto preliminare immobiliare. Il tema è da sempre dibattuto, anche se la giurisprudenza pare avere trovato una continuità di soluzione a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione con sentenza del 1990<sup>27</sup>, le quali hanno risolto la questione nel senso di ritenere necessaria la forma vincolata anche per la risoluzione consensuale del preliminare di contratto definitivo formale<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Con riferimento al ruolo dell'interprete, E. DICIOTTI, *L'individuazione di norme espresse e inesprese*, cit., 254 ss., ove si sostiene che "l'interpretazione giuridica, complessivamente considerata, non è un'attività conoscitiva, poiché necessariamente richiede all'interprete scelte pratiche, giustificabili sulla base di giudizi di valore" (così alla pagina 258). Si veda inoltre G. PINO, *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, in *Riv. fil. dir.*, 2013, 77 ss.

<sup>27</sup> Cass., Sez. Un., 28 agosto 1990, n. 8878, in *DeJure* e commentata in *Giust. civ.*, 1991, I, 945 ss., con nota di M. COSTANZA, *Scioglimento convenzionale di preliminare immobiliare: forma scritta o verbale?*; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, 194 ss., con nota di F. REGINE, *Forma e risoluzione consensuale del contratto, con particolare riferimento al preliminare di compravendita immobiliare*. In senso conforme la giurisprudenza successiva, tra cui: Cass., 4 giugno 1993, n. 6232, in *Giust. civ. mass.*, 1993, 987; Cass., 29 gennaio 1994, n. 928, in *Vita not.*, 1994, 1351; Cass., 30 gennaio 1995, n. 1092, in *Giust. civ. mass.*, 1993, 229; Cass., 23 dicembre 1995, n. 13104, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 880; Cass. 15 maggio 1998, n. 4906, in *Giust. civ. mass.*, 1993, 1046; Cass. 14 novembre 2000, n. 14730, in *Contr.*, 2001, 221; Cass., 11 ottobre 2002, n. 14524, in *Giust. civ. mass.*, 2002, 1787; Cass., 26 giugno 2015, n. 13290, in *DeJure*; Cass., 22 febbraio 2018, n. 4313, in *Guida al dir.*, 21, 69; Cass., 23 novembre 2018, n. 30446, in *DeJure*.

<sup>28</sup> Nel senso della forma libera per il mutuo dissenso di preliminare immobiliare, a titolo esemplificativo: Cass., 27 ottobre 1962, n. 3072, in *Giur. it.*, 1963, I, 1860; Cass., 22 marzo 1967, n. 668, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, 254; Cass., 19 gennaio 1980, n. 459, in *Riv. not.*, 1980, 525; Cass., 28 maggio 1983, n. 3692, in *Giust. civ. mass.*, 1983, 1308; Cass., 16 febbraio 1986, n. 7551, in *Giust. civ. mass.*, 1986, 2162; Cass., 6 giugno 1988, n. 3816, in *Giust. civ.*, 1989, I, 1183.

Ci dice l'art. 1351 c.c. che il contratto preliminare deve avere la stessa forma prevista dalla legge per il contratto definitivo, stabilendo dunque una regola di forma *per relationem*. Onde comprendere se tale vincolo di forma valga anche per i contratti volti a risolvere lo stipulato preliminare è però utile fare un ulteriore passo indietro.

Si è inquadrato il più delle volte la risoluzione consensuale come contratto *atipico*. Si tratta tuttavia, a ben vedere, di una atipicità *sui generis*. Vero è che nel Codice non è dato rinvenire una disciplina *ad hoc* per tale figura contrattuale, ma è pure chiaro che l'accedere il mutuo dissenso ad un previo negozio è un dato del quale non si può assolutamente non tenere debitamente in conto. E proprio questo suo "incidere", in termini effettuali, su un precedente atto negoziale risulta un profilo assolutamente centrale nella ricostruzione della disciplina in concreto applicabile.

L'elemento formale certamente non fa eccezione a quanto appena evidenziato, con l'aggiunta che il problema della forma del negozio di mutuo dissenso non può essere condivisibilmente risolto prescindendo da un attento scrutinio delle funzioni delle disposizioni prescriventi precisi *vestimenta*.

Nel caso di specie, permuta immobiliare, il referente normativo in tema di forma è l'art. 1350 n. 1 c.c., ove si prevede che debbono farsi per atto pubblico o per scrittura, sotto pena di nullità, "*i contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili*".

Come risulta dalla stessa formulazione letterale, al pari dei numeri da 2 a 5 dello stesso articolo, si tratta in modo piuttosto evidente di una norma sulla forma prevista in precipua funzione dell'effetto, e ciò a prescindere dal particolare tipo contrattuale utilizzato<sup>29</sup>.

Le principali funzioni del formalismo previsto da tale precetto sono note. In via di prima approssimazione, possiamo dire che l'imposizione di *vestimenta* formali ai fini della validità del contratto serve a: i) richiamare l'attenzione e la serietà del contraente sulla valenza del negozio posto in essere; ii) a responsabilizzarlo in considerazione della portata giuridica e delle conseguenze economiche che discendono dell'atto negoziale che questi va a porre in essere; iii) nello stesso tempo a fissare il contenuto della dichiarazione conferendogli certezza ed univocità (anche in ordine alla natura e al momento

<sup>29</sup> Cfr. F. DI GIOVANNI, *Il tipo e la forma. Aspetti dell'interferenza tra qualificazione e requisiti del contratto*, Padova, 1992, 27-28. Osservano R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, Milano, 2017, 738 che con il gruppo di regole di cui ai numeri da 1 a 6 e 11 dell'art. 1350 c.c. "il legislatore voleva certo riferirsi a tutti i contratti che producono una vicenda di rapporto reale immobiliare".



della conclusione del negozio); iv) a rendere facilmente conoscibile alle stesse parti il loro regolamento di interessi, grazie alla costante disponibilità della formula documentale<sup>30</sup>.

Riscontrato, nel caso di specie, il legame della previsione di forma con la realizzazione di un determinato risultato giuridico (e comunque in considerazione dell'incidenza dell'atto negoziale su determinate tipologie di diritti), viene da chiedersi se, almeno in simile ipotesi, non sia più corretto discorrere di norme aventi carattere *speciale*<sup>31</sup>, ossia di disposizioni che la legge ritiene meritevoli di un trattamento deviante dalla regola generale alla luce di precise circostanze<sup>32</sup> (qui, appunto, di natura effettuale).

Pur dandosi l'esistenza di un generale principio di libertà delle forme, verrebbe insomma da escludere che tutti i dati normativi di diverso segno, solo perché deroganti al modello generale, debbano ritenersi giuridicamente eccezionali nell'accezione di cui all'art. 14 delle Preleggi. Con la conseguenza che "quando ve ne sia il motivo" le singole disposizioni legali che impongono l'atto pubblico o la scrittura privata possono vedere estesa la loro portata<sup>33</sup> a mezzo di interpretazione in senso estensivo ovvero di applicazione in via analogica.

Fatto il passo indietro, proviamo adesso a farne due in avanti.

Ad avviso della menzionata pronuncia delle Sezioni Unite del 1990, l'art. 1350 mostrerebbe, ac-

canto al principio di libertà delle forme, l'esistenza di un altro principio in base al quale "per i contratti più importanti (cioè quelli destinati ad incidere in modo più penetrante e durevole sul patrimonio e sugli interessi dei soggetti) è sempre richiesta la forma solenne"<sup>34</sup>. A questi contratti – sottolinea il Supremo Consesso – devono ritenersi equiparati, sotto il profilo della forma, i contratti che incidono in via solamente mediata sui diritti reali immobiliari (come, appunto, il contratto preliminare), aggiungendo che pure il mutuo dissenso di preliminare immobiliare non fa eccezione a tale principio, dal momento che impedisce quelle innovazioni dei diritti reali che altrimenti sarebbero destinate a realizzarsi.

Più voci della dottrina e della giurisprudenza hanno criticato l'argomentazione approntata dalle Sezioni Unite<sup>35</sup>. In particolare, non convince il fatto che in entrambe le ipotesi (preliminare e mutuo dissenso di preliminare) esisterebbe una "volontà contrattuale che deve manifestarsi in modo uniforme sebbene in opposta direzione". Si osserva che tale argomento è contraddittorio. Evidenzia infatti questa dottrina che è difficile riconoscere uniformità laddove una delle due volontà risulta contraria all'altra. In altri termini, le due situazioni non sarebbero affatto omogenee<sup>36</sup>, giacché una serve a preparare il trasferimento immobiliare, mentre l'altra a neutralizzare questa preparazione della circolazione immobiliare, sottolineando anche che in tal caso il mutuo dissenso è volto a sciogliere un contratto ad effetti obbligatori e che l'effetto reale mai si realizzerà proprio per via della risoluzione consensuale dalle parti posta in essere.

A coloro, poi, che si sono espressi nel senso di riconoscere come operante il principio di simmetria formale tra contratto risolutorio e contratto-base

<sup>30</sup> Non volendo eccedere, ci limitiamo qui a richiamare: C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2019, 248; A. LISERRE, *Forma degli atti*, cit., 2-3; G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, 165; F. CARRESI, *Il contratto*, cit., 370 ss.; F. ADDIS, *La forma*, in G. Amadio, F. Macario (a cura di), *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, I, Bologna, 2014, 621-622.

<sup>31</sup> Di tale avviso A. GENTILI, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del "mandato fiduciario" immobiliare*, in *Corr. Giur.*, 2020, 604, ove l'Autore sostiene che l'art. 1350 c.c. è una norma valida "per una casistica", in quanto "esprime un principio esteso (tra l'altro) a tutti gli atti con cui si dispone di immobili". Nello stesso senso, già F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 2010, 242 ss.; F. VENOSTA, *La forma degli atti preparatori e revocatori*, cit., 294 ss.

<sup>32</sup> Su questi temi, si vedano anche S. ZORZETTO, *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Pisa, *passim*, e, da ultimo, A. ZOPPINI, *Diritto privato generale, diritto speciale, diritto regolatorio*, in *Ars interpretandi*, 2021, 2, 37 ss.

<sup>33</sup> Cfr., sul punto, R. SACCO, *Le forme in genere*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, 10.2, Torino, 2018, 270, ove l'Autore, pur rinvenendo la vigenza del principio di forma libera, osserva che "Questo principio non implica che le norme che impongono una forma siano eccezionali e come tali soggette ad una interpretazione stretta. Quando ve ne sia il motivo, le singole disposizioni legali che impongono l'atto pubblico o la scrittura privata possono subire un'interpretazione estensiva". Si veda anche E. Tosi, *Forma informativa nei contratti asimmetrici. Contributo allo studio della forma funzionale nei contratti asimmetrici, bancari e di investimento*, Milano, 2018, 42 ss.

<sup>34</sup> Così le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella pronuncia n. 8878 del 1990 (punto 2 della motivazione della sentenza). Cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, 13; P. RESCIGNO, *Introduzione al Codice civile*, Roma-Bari, 1991, 104.

<sup>35</sup> In senso contrario all'impostazione seguita dalle Sezioni Unite, in tempi più risalenti, V. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, 186 ss., motivando sulla base del diverso schema causale della revoca rispetto al rapporto presupposto. Più di recente, l'impostazione delle Sezioni Unite è stata criticata, tra gli altri, da F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 19<sup>a</sup> ed., Napoli, 2019, 885; G. ORLANDO, *Mutuo dissenso*, cit., 344 ss.; F. VENOSTA, *La forma degli atti preparatori e revocatori*, cit., 200 ss.; E. MOSCATI, *La forma del contratto*, in *Tratt. dir. civ. Lipari-Rescigno*, III.2, Milano, 2009, 390.

<sup>36</sup> Con riferimento al recesso, T. MONTECCHIARI, *La forma degli atti giuridici unilaterali*, Milano, 1998, 146 ss., la quale tuttavia, argomentando sul problema del recesso da contratto solenne, riconosce un diverso atteggiarsi del problema della forma dei negozi di secondo grado incidenti su un contratto preliminare (si veda, in particolare, *ivi*, nota 110).

giustificandolo sulla base della necessità di tutelare i terzi (i quali potrebbero essere pregiudicati dall'esistenza di un "indice di apparenza fallace" quale può essere un documento scritto<sup>37</sup>) la dottrina orientata nel senso di negare l'estensione del vincolo di forma al mutuo dissenso di preliminare ha replicato osservando anzitutto che la mera esistenza di una traccia scritta relativa alla risoluzione intervenuta *inter partes* non comporta di per sé la sua conoscenza da parte dei terzi e, soprattutto, evidenziando che la tutela di questi ultimi è assicurata non tanto dalla vigenza di vincoli formali, bensì dal principio di relatività degli effetti del contratto e dal fatto che, in difetto di pubblicità, la tutela del terzo in buona fede è sufficientemente garantita dalla inopponibilità nei suoi confronti dello scioglimento del contratto<sup>38</sup>, senza che vi sia la necessità di invocare l'invalidità dell'atto negoziale<sup>39</sup>.

La soluzione che ritiene il mutuo dissenso di preliminare solenne sottratto alla forma vincolata però non convince.

Anzitutto, è lo stesso art. 1351 c.c. a fissare un "principio di simmetria formale tra contratto preliminare e definitivo", esprimendo una astratta valutazione legale di corrispondenza delle esigenze formali tra preliminare e definitivo<sup>40</sup>.

Detta valutazione, tuttavia, non riposa tanto sul carattere della mera accessorialità o del mero collegamento tra il contratto definitivo ed il preliminare che lo precede, bensì sul fatto che quest'ultimo (pur mantenendo una sua autonomia strutturale) viene a collocarsi all'interno di una sequenza negoziale funzionalizzata alla produzione di un determinato risultato giuridico finale, che nel caso in esame è l'effetto traslativo di diritti reali immobiliari. Precisando però che il primo segmento di detta sequenza si presenta già come autosufficiente regolamento d'interessi fonte di diritti ed obblighi tra le parti, con il definitivo che, in assenza di un ulteriore intervento dell'autonomia negoziale<sup>41</sup>, "rileva esclusi-

vamente come adempimento delle obbligazioni assunte con il primo"<sup>42</sup>.

Conseguenza di questa giuridicizzazione sul piano strutturale della connessione preliminare-definitivo<sup>43</sup> è che ogni questione di forma negoziale attinente al preliminare e alle sue vicende (comprese quella modificativa ed eliminativa) va impostata e risolta avendo riguardo al *suo* corrispondente contratto definitivo<sup>44</sup>.

Sulla scorta di tale dato, al pari della recente pronuncia della Cassazione in commento riteniamo che ad imporre la comunicazione del requisito formale al mutuo dissenso sia proprio il profilo funzionale di quest'ultimo, il quale finisce per incidere autonomamente sul diritto reale immobiliare dedotto nel contratto volto a preparare la sua circolazione<sup>45</sup>.

A militare nel senso dell'estensione del requisito di forma anche al mutuo dissenso è quindi direttamente il suo peculiare risultato effettuale, "di per sé ripristinatorio della precedente posizione giuridica delle parti"<sup>46</sup>, col conseguente venir meno dello *ius ad rem* che dal preliminare (sia pur mediamente) promana<sup>47</sup>.

Preso atto di quanto appena osservato, pare difficile negare la necessità di una responsabilizzazione del consenso<sup>48</sup> per la rimozione di un regolamen-

<sup>42</sup> In questi termini Cass., 18 novembre 1987, n. 8486, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 1988, 537 ss., con nota di R. DE MATTEIS, riportata da L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, 48-49 ed *ivi* i richiami a G. PALERMO, *Il contratto preliminare*, Padova, 1991, 166 ss.; S. SATTÀ, *L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Foro it.*, 1950, IV, 73; E. CAMILLERI, *Dal preliminare ai preliminari: la frammentazione dell'istituto e la disciplina della trascrizione*, in *Contr. impr.*, 1999, 98 ss.

<sup>43</sup> Cfr. S. MEUCCI, *La forma del negozio solutorio*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 376; L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, cit., 48 ss.

<sup>44</sup> Così A. LUMINOSO, *Mutuo dissenso*, cit., 329-330.

<sup>45</sup> Cfr. T. MONTECCHIARI, *La forma degli atti giuridici unilaterali*, Milano, 1998, 147-148, nota 110, ove si precisa che "la forma non dipende [tanto] dal «tipo» di negozio che si vuol risolvere, ma dagli «effetti concreti» che produrrà il medesimo negozio negativo". La stessa Autrice, tuttavia, argomentando sul problema del recesso da contratto solenne, riconosce un diverso atteggiarsi del problema della forma dei negozi di secondo grado incidenti su un contratto preliminare (sul punto, si vedano *ivi*, 146 ss.).

<sup>46</sup> Così D. ACHILLE, *La risoluzione per mutuo dissenso*, cit., 112, che ravvisa nel negozio solutorio le medesime ragioni che giustificano il formalismo del contratto risolto.

<sup>47</sup> *Ius ad rem* che V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, 215 descrive "tanto più colorato di «realità» in quanto il preliminare sia trascritto".

<sup>48</sup> Ad avviso di parte della dottrina e della giurisprudenza, la considerazione qui svolta pare trovare un conforto anche sulla scorta del fatto che l'intero procedimento di formazione contrattuale, compresi gli atti prenegoziali e preparatori, vede l'applicazione delle prescrizioni di forma previste per il contratto da concludere (si riferiscono queste voci in particolare alla giurisprudenza sul patto di opzione e a indici normativi quali

<sup>37</sup> Così F. VENOSTA, *La forma degli atti preparatori e revocatori*, cit., 262 ss., il quale rinviene nella tutela dei terzi l'unica ragione per la quale è da ritenersi assoggettato al vincolo di forma il negozio risolutorio di un contratto solenne.

<sup>38</sup> L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, 34 ss.; G. ORLANDO, *Mutuo dissenso*, cit., 351 ss.

<sup>39</sup> Quest'ultimo argomento meriterebbe un approfondimento a parte. Riteniamo tuttavia che al problema oggetto del presente scritto possa essere offerta una risposta anche a prescindere dall'eventuale rilievo del profilo della tutela dei terzi.

<sup>40</sup> In questi termini, A. LUMINOSO, *Mutuo dissenso*, cit., 329.

<sup>41</sup> Intervento che può ben avvenire anche in sede di stipulazione del contratto definitivo. Sui rapporti tra preliminare e definitivo, v. G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., 703 ss.



to di interessi che – in assenza di un apposito ed idoneo intervento da parte degli stessi contraenti – porterebbe in modo ineluttabile a realizzare una vicenda traslativa immobiliare<sup>49</sup>.

Escluso, in virtù di ciò che abbiamo appena evidenziato, che, almeno in questo caso, la ricostruzione della disciplina in tema di forma del contratto (atipico) di mutuo dissenso sia ricostruibile sulla base di un procedimento di mera riconduzione al tipo negoziale di cui il rapporto-base risulta essere espressione, verrà da chiedersi in virtù di quale operazione ermeneutica sia dato ricavare tale regola.

Che il principio di simmetria riscontrata nell'individuo caso qui preso in esame sia frutto di un procedimento di interpretazione estensiva<sup>50</sup> ovvero di applicazione in via analogica<sup>51</sup> delle rilevanti norme in tema di forma è questione cui non pare semplice fornire una risposta netta<sup>52</sup>. Se chiara è la distinzione tra le due sul piano definitorio, altrettanto spesso non può dirsi quando dall'astrazione si passa all'esame del caso concreto dal momento che

l'art. 1392 c.c. in tema di forma della procura e l'art. 1399 c.c. in tema di ratifica del contratto stipulato da *falsus procurator*). Sul punto, per tutti, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9<sup>a</sup> ed., Napoli, rist. 1997, 216. Ma condivisibilmente, in senso critico, v. S. SICA, *Atti che devono farsi per iscritto*, cit., 338; G. ORLANDO, *Mutuo dissenso*, cit., 341-342, il quale pone in serio dubbio la configurabilità di una categoria unitaria degli "atti accessori" a prescindere dalla loro funzione specifica.

<sup>49</sup> G. CAPOZZI, *Il mutuo dissenso nella pratica notarile*, cit., 642; M. LIPARI, *La forma del negozio risolutorio di contratto preliminare formale*, *Nota a Cass. 06 giugno 1988*, in *Giust. civ.*, 1989, 1191, il quale evidenzia che sarebbe difficilmente spiegabile il fatto che l'ordinamento tuteli la serietà e l'importanza del momento in cui l'impegno viene assunto disinteressandosi poi del momento in cui lo stesso viene ad essere posto nel nulla.

<sup>50</sup> Nel senso dell'interpretazione estensiva si sono espresse le Sezioni Unite nella citata sentenza n. 8878 del 1990 sulla base del principio "ubi eadem legis ratio, ibi eadem dispositio".

<sup>51</sup> Sull'inquadramento dei contorni del procedimento analogico in ambito giuridico, N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, 1938 (ried. a cura di P. Di Lucia, Milano, 2006); L. GIANFORMAGGIO, *Analogia*, in *Dig. disc. priv.*, I, Torino, 1987, 133 ss. In termini generali, si veda anche N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 70, ove si pone in evidenza la progressiva perdita da parte dello strumento analogico di quella specialità strutturale che allo stesso era stato assegnato dal *Code Napoléon* e si sottolinea l'impossibilità, nell'attuale panorama giuridico, di distinguere in modo netto dove finisca l'*analogia legis* e dove inizi l'*analogia iuris* (procedimenti che, invece, l'art. 12 Preleggi pretenderebbe vedersi applicati in via successiva).

<sup>52</sup> R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., 440; V. VELLUZZI, *La distinzione tra analogia giuridica e interpretazione estensiva*, in M. MANZIN, P. SOMMAGGIO (a cura di), *Interpretazione giuridica e retorica forense*, Milano, 2006, 133 ss.; D. CANALE, G. TUZET, *Sulla distinzione tra analogia e interpretazione estensiva nel ragionamento giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2014, 149 ss.; G. TUZET, *Analogia e ragionamento giuridico*, Roma, 2020, 41 ss.

entrambe queste operazioni ermeneutiche finiscono per risultare strumenti di integrazione di una disciplina, in qualche modo, "lacunosa" (ci sia consentito il virgolettato)<sup>53</sup>.

Tornando alle ragioni che depongono nel senso della necessità di una estensione del vincolo di forma al negozio solutorio, si pensi poi al problema della certezza del diritto insita nella difficoltà di provare che una dichiarazione a struttura debole possa risolvere una dichiarazione a struttura forte<sup>54</sup>. Problema che si dimostra ancora più evidente in considerazione della possibilità per le parti di ricorrere alla tutela in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto a norma dell'art. 2932 c.c. con richiesta da parte del contraente non inadempiente all'Autorità giudiziaria di provvedere alla costituzione con sentenza degli effetti del contratto definitivo non concluso<sup>55</sup>.

Si è detto che tra le funzioni del requisito di forma previsto dall'art. 1350 n. 1 c.c. vi è anche quello di conferire all'atto negoziale certezza ed univocità. Certezza con riferimento non solo al profilo della causa e dell'oggetto sul quale la manifestazione di volontà finisce per cadere, ma anche circa l'effettivo raggiungimento di una intesa delle parti concretamente qualificabile come "accordo" rilevante ai sensi dell'art. 1321 c.c. nonché il preciso frangente temporale in cui questo è raggiunto.

Come traspare anche dai vari passaggi della pronuncia della Suprema Corte del febbraio 2022 presa in esame, risulta evidente il problema in termini di certezza dei rapporti giuridici e sulla circolazione dei beni che sussisterebbe ove si ammettesse che un contratto avente risvolti patrimoniali significativi

<sup>53</sup> Lacunosità qui qualificabile come "assiologica", seguendo la classificazione proposta da R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, Milano, 2011, 127 ss.

<sup>54</sup> Evidenziano R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 711 che "Lo scritto necessario alla validità del negozio è necessario anche per la prova. Le parti non possono provare per confessione o per testi che il negozio fu concluso per iscritto. Quando si parla di forma necessaria per la validità si menziona la parte per il tutto", chiosando che coglierebbe maggiormente nel segno "parlare di forma doppiamente necessaria per la validità e per la prova". Ma si veda anche E. FAZIO, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Milano, 2011, 45 ed *ivi* il richiamo a H. KÖTZ e S. PATTI, *Diritto europeo dei contratti*, Milano, 2006, 152.

<sup>55</sup> Problema che pare essere chiaramente avvertito da E. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., 290, ove l'Autore giustifica la previsione dell'art. 1351 c.c. con la necessità di "evitare che venga elusa la norma concernente la forma del contratto definitivo, data la virtuale equipollenza scaturente dalla possibilità di esecuzione in forma specifica". Si vedano inoltre, tra gli altri, F. MESSINEO, *Contratto preliminare*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 173; S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, 4<sup>a</sup> ed., Torino, 1963, 277 e, da ultimo, G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., 404.



come il trasferimento di un diritto immobiliare possa essere risolto sulla base di contegni spesso difficilmente oggettivabili ed accertabili quali l'avvio di una trattativa. Contegno che, peraltro, non necessariamente è da ritenersi espressione di una volontà eliminativa della precedente intesa contrattuale<sup>56</sup>, ben potendo almeno uno dei contraenti avviare trattative continuando tuttavia a confidare sulla permanenza dell'accordo previamente raggiunto per il caso in cui l'attività di confronto prenegoziale con la controparte non finisca per dare vita ad un nuovo regolamento d'interessi chiaramente sostitutivo del precedente<sup>57</sup>.

Il diverso atteggiarsi del requisito di forma rispetto alla regola generale di libertà si fonda quindi sull'esigenza – ricavabile dallo spirito della legge – che la volontà negoziale estintiva di un contratto volto a spiegare (sia pure in via soltanto mediata) un effetto traslativo di diritti reali immobiliari risulti “da un documento che non lasci dubbi stila volontà di entrambe le parti di sciogliere il contratto sì da rivelare il completo disinteresse delle parti all'attuazione del contratto e il mutuo consenso alla cessazione dello stesso”<sup>58</sup>.

E pare che proprio le problematiche sopra illustrate (tra loro strettamente connesse) abbiano indotto il legislatore ad introdurre una norma come l'art. 1351, unica disposizione del Codice originariamente dedicata al contratto preliminare e riguardante, appunto, proprio (ed unicamente) la forma che esso deve rivestire.

Una qualche conferma ci è offerta dalla stessa Relazione al Codice civile<sup>59</sup>, ove si legge che “ulteriore valido argomento per legittimare la soluzione accolta [cioè la simmetria di forma tra preliminare e relativo contratto definitivo] è dato dal fatto che il nuovo Codice autorizza la realizzazione in forma specifica dell'obbligo di contrattare di cui all'art.

2932”<sup>60</sup>. Riferimento che sembra mettere in seria discussione quelle letture che negano che tra le ragioni giustificative del precetto in parola vi sia il suo collegamento sistematico con la tutela dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre.

Del resto, se pure è vero che tale forma di tutela giudiziaria non è prerogativa esclusiva dei contratti formali, risulta chiara – anche alla luce di quanto sopra osservato – la particolare delicatezza che questo nesso a carattere rimediabile presenta allorché il definitivo è volto a produrre effetti particolarmente significativi per le parti sul piano patrimoniale quali la traslazione di un diritto reale immobiliare.

Delicatezza della quale il legislatore pare aver tenuto conto e che costituisce uno degli argomenti – sovente neppure chiaramente esplicitati – che induce ancora oggi la giurisprudenza quasi unanime (tra cui, da ultimo, la pronuncia Cass. n. 4714/2022 qui in commento) a ritenere operante in questi casi l'estensione del vincolo formale al negozio di risoluzione consensuale. In una prospettiva che non ridimensiona né sminuisce il riconosciuto principio di libertà delle forme negoziali, ma che lo contestualizza alla luce di altri principi (normativi) ricavabili dal sistema e delle esigenze di tutela che essi sottendono<sup>61</sup>.

<sup>56</sup> Nel caso di specie, infatti, neppure si poteva parlare di contratto verbale logicamente incompatibile con la volontà previamente espressa col preliminare di permuta, dal momento che la successiva offerta di acquisto del terreno oggetto di preliminare da parte della società ricorrente era stata rifiutata dall'altra parte.

<sup>57</sup> Osserva la Cassazione nella pronuncia in commento che nel caso di specie “La Corte di merito ha erroneamente tratto il convincimento che l'offerta di acquisto del terreno oggetto del preliminare da parte della società ricorrente, rifiutata dal promittente venditore manifestasse l'intento di risolvere per mutuo consenso il contratto preliminare senza accertare se detta proposta facesse espresso riferimento alla volontà di risolvere il contratto preliminare, anche in caso di rifiuto del promittente venditore, non essendo il comportamento delle parti, successivo alla conclusione del contratto, idoneo a tale fine”.

<sup>58</sup> Passaggio tratto dalla pronuncia in commento.

<sup>59</sup> Relazione del Guardasigilli al testo definitivo del Codice civile, n. 617.

<sup>60</sup> Come noto, il Codice civile italiano del 1865 non disciplinava il contratto preliminare. Ciononostante, la prassi degli affari vedeva un ampio impiego della contrattazione preliminare specialmente con riferimento a negozi aventi ad oggetto beni immobili. Sul punto si richiamano i contributi di G. LA ROCCA, *Un secolo di teorie sul contratto preliminare*, in *IlCaso.it*, 21 dicembre 2014, 9 ss. e M. FARINA, *Contrattazione preliminare e autonomia negoziale*, Napoli, 2017, 31 ss.

<sup>61</sup> Cfr. N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., 69; S. MEUCCI, *La forma del negozio solutorio*, cit., 382.





# Osservatorio









